

GIURISPRUDENZA ITALIANA

edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Aprile 2021

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Mariano Protto
Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Mantenimento del figlio maggiorenne
economicamente non indipendente

I limiti della prova testimoniale

Litisconsorzio necessario tra I.N.P.S. e datore di
lavoro per contributi non versati

Il captatore informatico nelle indagini penali

Percorsi di giurisprudenza

Il controllo individuale del socio nella S.r.l.

Dottrina e attualità giuridiche

La querela: un istituto tra diritto e processo penale

Poste Italiane s.p.a. - spedizione in abb. post. - D.L. 353/2003 conv. in L. 27/2/2004, n. 469 art. 1, comma 1, DCB/M - ISSN 1125-3029



• La pandemia e l'interesse del minore

In punto di diritto.

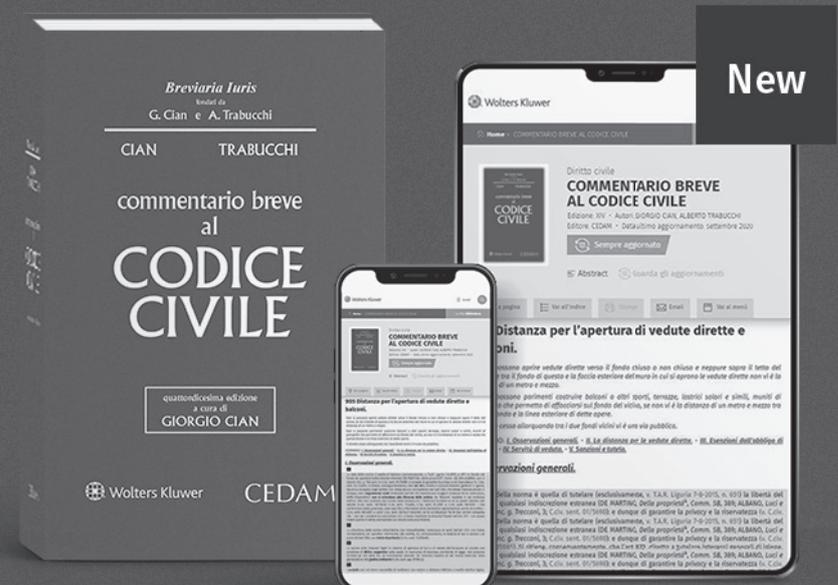


Wolters Kluwer e CEDAM presentano

Breviaria Iuris 3.0

L'essenza del diritto, commentato dall'eccellenza dei giuristi italiani, ora in digitale e aggiornato quando davvero serve.

Scopri di più su info.wolterskluwer.it/breviaria-iuris



New

1444H ISBN

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

CEDAM

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Salvatore Boccagna - Guido Bonfante - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Elena D'Alessandro - Marco Dell'Utri - Madia D'Onghia - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Antonella Marandola - Michel Martone - Enrico Minervini - Marcella Negri - Stefano Pagliantini - Stefano Petitti - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Riscato - Alberto A. Romano - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Gianluca Sicchiero - Antonio Vallini - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Nicolò Amore - Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Laura Baccaglini - Giovanni Barrocu - Andrea Barenghi - Ettore Battelli - Riccardo Bencini - Angelo Bertolotti - Davide Bianchi - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Mia Callegari - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Marta Cenini - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Donatello Cimadomo - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Maria Di Sarli - Amalia Diurni - Margherita Dominici - Chiara Fanuele - Emanuela Fiata - Elena Fregonara - Giorgio Frus - Giulia Garesio - Filippo Giunchedi - Federica Godio - Lucia Iandolo - Silvia Ingegnatti - Claudia Irti - Katia La Regina - Emanuele La Rosa - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Gaetano Galluccio Mezio - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Luciano Olivero - Antonello Olivieri - Massimo Francesco Orzan - Luca Paladini - Maria Lucia Passador - Paolo Patrito - Luca Penasa - Barbara Petrazzini - Fabrizio Piraino - Pier Francesco Poli - Federico Riganti - Pier Francesco Poli - Rossella Rivaro - Carmela Robustella - Rita Rolli - Alberto Ronco - Natalia Rombi - Marco Russo - Riccardo Russo - Fabrizia Santini - Luisa Saponaro - Roberto Senigaglia - Marina Spiotta - Marcello Stella - Leonardo Suraci - Marco Torre - Andrea Francesco Tripodi - Davide Turrone - Vincenzo Verdicchio - Diego Volpino - Angelo Zampaglione

Recentissime

Daniele Amoroso - Claudio Contessa - Francesco Antonio Genovese - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Nicolò Abriani - Annarosa Adiutori - Luigi Balestra - Angelo Barba - Roberto Bartoli - Amedeo Bassi - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - David Brunelli - Vincenzo Calandra Buonaura - Alberto Cadoppi - Lucia Calvosa - Piera Campanella - Guido Canale - Francesco Caprioli - Lisia Carota - Angelo Castagnola - Giuseppe Cataldi - Maria Cristina Cataudella - Gino Cavalli - Roberto Calvo - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Alessandro Ciatti - Silvia Cipollina - Nicola Cipriani - Carlotta Conti - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Donatella Curtotti - Domenico Dalfino - Giovanni D'Amico - Marco De Cristofaro - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Francesco Delfini - Maria Valeria Del Tufo - Pierpaolo Dell'anno - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Marcello Di Filippo - Adolfo di Majo - Rocco Favale - Angelo Federico - Fiorenzo Festi - Franco Fichera - Valeria Fili - Leonardo Filippi - Luigi Fiorillo - Giovanni Flora - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Novella Galantini - Paolo Gallo - Alberto Gargani - Pietro Gargiulo - Domenico Garofalo - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Andrea Giussani - Enrico Gagnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Sergio Lorusso - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Maria Riccarda Marchetti - Marino Marinelli - Enrico Marzaduri - Fabiana Massa Felsani - Maria Rosaria Mauro - Agostino Meale - Emanuele Menegatti - Elena Merlin - Fabio Merusi - Vincenzo Mongillo - Paolo Montalenti - Salvatore Monticelli - Paolo Morozzo della Rocca - Paolo Moscarini - Mario Notari - Iliaria Pagni - Michele Papa - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pelissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Federico Maria Putaturo Donati - Gabriele Racugno - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Alessandra Rossi - Giuseppe Ruffini - Carlo Ruga Riva - Laura Salvaneschi - Davide Sarti - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Alessandro Spena - Marco Spolidoro - Alberto Stagno d'Alcontres - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Francesco Vergine - Giovanna Visintini - Tiziana Vitarelli - Giuseppe Zonarone

Procedura di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista *Giurisprudenza Italiana*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Domenica Distefano presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano.

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

Per informazioni in merito a contributi e articoli telefonare al seguente numero: 02.82476881.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonella Loporchio

Passaggio registro SICID n. 1297/18 n. 3 del 17 gennaio 2018. Registro stampa già n. 321/1948.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

REDAZIONE

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari.

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.

Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a:
domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
Via Ostiense, 131/L - Palazzo Argonauta - Corpo C1 - 6° piano - 00154 Roma, Italy.

Telefono: 199.100.120

(costo massimo € 0,1449 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.) è utile indicare il codice cliente.

ABBONAMENTO 2021

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 305,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 295,00 + IVA 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 610,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 295,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, oppure a mezzo PEC all'indirizzo: contact@wkicert.it.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/giurit, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167

INTESASANPAOLO - AG. ROMA

intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IBAN IT32K0306905070615222314167

Importante: indicare la causale del versamento

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail:

servizio.clienti@wolterskluwer.com

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	Sottotetto e presunzione di appartenenza Cassazione civile, Sez. VI-2, 26 febbraio 2021, n. 5441	771
	Licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni Cassazione civile, Sez. L, 23 febbraio 2021, n. 4896	772
	Revocatoria di cespiti aziendali Cassazione civile, Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4863	773
	Servitù di elettrodotto: bene inciso suscettibile di utilizzazione intermedia Cassazione civile, Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4839	775
	Causa illecita per mercato di voto Cassazione civile, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4701	777
	Privacy Cassazione civile, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4690	779
	Provvigione Cassazione civile, Sez. VI-2, 19 febbraio 2021, n. 4644	780
	Ristrutturazione dei debiti Cassazione civile, Sez. VI-1, 18 febbraio 2021, n. 4270	782
	Condominio: esclusione negoziale della vendita delle parti comuni Cassazione civile, Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1610	782
Cassazione penale	Cautela carceraria, prognosi di condanna non superiore a tre anni, rilevanza in fase esecutiva Cassazione penale, Sez. V, 8 febbraio 2021 (ud. 20 gennaio 2021), n. 4948	784
	Pluralità di eventi nel delitto di atti persecutori e termine per la querela Cassazione penale, Sez. V, 1° febbraio 2021 (ud. 24 novembre 2020), n. 3781 ...	787
	Arresti domiciliari con autorizzazione al lavoro e delitto di evasione Cassazione penale, Sez. VI, 29 gennaio 2021 (ud. 12 gennaio 2021), n. 3600	788
Consiglio di Stato	Emergenza Covid e legittimità dei DPCM sulla chiusura delle attività economiche Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 884 (decreto)	789
	Danno da affidamento procedimentale c.d. "mero" Consiglio di Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448	790
	Concorso straordinario per insegnanti e q.l.c. Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 604	792
	Responsabilità per danno ambientale e compiti della curatela fallimentare Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 gennaio 2021, n. 3	793
Corti Europee	Sull'applicabilità della Direttiva 2014/24/UE alle federazioni sportive nazionali Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19	795
	La Corte riconosce il diritto al silenzio quale corollario degli artt. 47 e 48 della Carta Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19	796
	Prove estorte mediante trattamenti inumani e degradanti e diritto ad un equo processo Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 26 gennaio 2021, ricorsi n. 73313/17 e 20143/19	797
	La repressione penale dell'accattonaggio (passivo) viola la dignità umana Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, 19 gennaio 2021, ricorso n. 14065/2015	800

Diritto Civile

Consenso informato e diritto di autodeterminazione	Cassazione civile, Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469	803
	L'autodeterminazione sanitaria del Testimone di Geova quale espressione di libertà religiosa , di Federico Papini, Lucio Marsella, Cristina Mosencaia	
Giurisdizione	Cassazione civile, Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (ordinanza interlocutoria) La Corte di cassazione a sezioni unite garante dell'ordinamento giuridico multi-livello? , di Eugenio Picozza	810
Diritto al mantenimento	Cassazione civile, Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183	827
	Sui limiti al mantenimento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente , di Massimo D'Auria	
Fideiussione – Tutela del consumatore	Cassazione civile, Sez. VI-1, 16 gennaio 2020, n. 742 (ordinanza)	834
	Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo di Davide Melano Bosco	

Indici

Affidamento condiviso – Diritto di visita	Tribunale Busto Arsizio, 3 aprile 2020 (decreto)	839
	La pandemia e l'interesse del minore , di Giusy Cosco	
Diritto Processuale Civile		
Protezione internazionale	Cassazione civile, Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 21584	845
	Note sull'obbligo di audizione dello straniero nel procedimento per la protezione internazionale ex art. 35-bis del D.Lgs. n. 25/2008 , di Chiara Cariglia	
Impugnazione delle sentenze	Cassazione civile, Sez. un., 29 settembre 2020, n. 20445 (ordinanza)	853
	L'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione , di Francesco Fiore	
Prova testimoniale civile	Cassazione civile, Sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723	862
	Sulla rilevabilità dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale di Alberto Ronco	
Esecuzione forzata	Tribunale monocratico Barcellona Pozzo di Gotto, G.E., 13 gennaio 2021	871
	La sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore all'esame della Consulta , di Vito Amendolagine	
Diritto Commerciale		
Società cancellate	Corte costituzionale, 8 luglio 2020, n. 142	876
	La Consulta salva l'ultrattività "fiscale" delle società cancellate. Verso l'ultrattività "civile"? , di Luca Boggio	
Il Fallimento	Cassazione civile, Sez. I, 21 ottobre 2020, n. 22955	888
	Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere di Guido Bonfante	
Amministrazione straordinaria, interessi e prescrizione	Cassazione civile, Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11983	896
	Amministrazione straordinaria, interessi e prescrizione: un difficile puzzle operativo , di Federico Riganti	
Sovraindebitamento	Tribunale Lecco, Sez. civile, 16 gennaio 2021 (decreto)	898
	Prime applicazioni della novellata L. n. 3/2012 , di Marina Spiotta	
Società – Scissione non proporzionale – Scissione asimmetrica	Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 21 settembre 2020	902
	A scissione "estrema" ... art. 2506-bis, 4° comma, c.c. , di Rossella Guercio	
Diritto d'autore	Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa A, 23 aprile 2020 .	906
	La bambina e il lupo: qualche nota sull'autorialità nella fotografia di Carlo Eligio Mezzetti	
Diritto del Lavoro		
Litisconsorzio necessario e contributi previdenziali	Cassazione civile, Sez. lav., 21 settembre 2020, n. 19679	912
	Il ruolo processuale dell'I.N.P.S. nei giudizi per contributi non versati di Ornella La Tegola	
Diritto Amministrativo		
Responsabilità della p.a.	Consiglio di Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237	921
	Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale di Matteo Barbera	
Abusi edilizi	Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17	924
	La fiscalizzazione dell'abuso edilizio fra esigenze punitive e di ripristino dell'equilibrio urbanistico , di Annalisa Giusti	
Accesso agli atti	Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Bolzano, 19 ottobre 2020, n. 247	930
	Accesso agli atti relativi a procedimento di accertamento fiscale concluso di Fabio Romanenghi	
Contratti della P.A.	T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 631	934
	Consiglio di Stato, Sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6033	934
	Sopralluogo preventivo del gestore uscente e riedizione della gara di Marco Ceruti	

Diritto Penale

Responsabilità da reato degli enti	Cassazione penale, Sez. IV, 26 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 29584 . Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinformatica , di Andrea Francesco Tripodi	938
Esercizio arbitrario delle proprie ragioni	Cassazione penale, Sez. un., 23 ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 29541 L'incompatibilità tra esercizio arbitrario ed estorsione secondo le Sezioni unite di Federica Helferich	944
Omesso versamento dell'imposta di soggiorno	Cassazione penale, Sez. VI, 30 ottobre 2020 (ud. 28 settembre 2020), n. 30227 A margine di Cass. n. 30227/2020: per un revirement in tema di modifiche mediate , di Giuseppe Puglisi	951

Diritto Processuale Penale

Captatore informatico	Cassazione penale, Sez. V, 11 novembre 2020 (ud. 30 settembre 2020), n. 31604 Nessuna violazione della libertà di autodeterminazione per mezzo "dell'agente intrusore" , di Ruben Calandrelli	960
Riesame cautelare	Cassazione penale, Sez. un., 29 settembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27104 ... I termini e lo statuto probatorio del giudizio di rinvio in materia de libertate di Lorenzo Algeri	966

Percorsi di giurisprudenza

Controllo del socio di S.r.l.	Il controllo individuale del socio nella società a responsabilità limitata a cura di Tilde Cavaliere	974
-------------------------------	--	-----

Dottrina e attualità giuridiche

Querela	La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale a cura di Francesco Palazzo	984
---------	--	-----

Indice degli autori

- Lorenzo Algeri**, *I termini e lo statuto probatorio del giudizio di rinvio in materia de libertate*, 967.
- Vito Amendolagine**, *La sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore all'esame della Consulta*, 874.
- Matteo Barbera**, *Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale*, 921.
- Luca Boggio**, *La Consulta salva l'ultrattività "fiscale" delle società cancellate. Verso l'ultrattività "civile"?*, 876.
- Guido Bonfante**, *Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere*, 892.
- Ruben Calandrelli**, *Nessuna violazione della libertà di autodeterminazione per mezzo "dell'agente intrusore"*, 962.
- Chiara Cariglia**, *Note sull'obbligo di audizione dello straniero nel procedimento per la protezione internazionale ex art. 35-bis del D.Lgs. n. 25/2008*, 847.
- Tilde Cavaliere**, *Il controllo individuale del socio nella società a responsabilità limitata*, 974.
- Marco Ceruti**, *Sopralluogo preventivo del gestore uscente e riedizione della gara*, 934.
- Giusy Cosco**, *La pandemia e l'interesse del minore*, 840.
- Massimo D'Auria**, *Sui limiti al mantenimento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente*, 829.
- Francesco Fiore**, *L'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione*, 854.
- Annalisa Giusti**, *La fiscalizzazione dell'abuso edilizio fra esigenze punitive e di ripristino dell'equilibrio urbanistico*, 924.
- Rossella Guercio**, *A scissione "estrema" ... art. 2506-bis, 4° comma, c.c.*, 903.
- Federica Helferich**, *L'incompatibilità tra esercizio arbitrario ed estorsione secondo le Sezioni unite*, 945.
- Ornella La Tegola**, *Il ruolo processuale dell'I.N.P.S. nei giudizi per contributi non versati*, 914.
- Davide Melano Bosco**, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, 836.
- Carlo Eligio Mezzetti**, *La bambina e il lupo: qualche nota sull'autorialità nella fotografia*, 907.
- Francesco Palazzo**, *Querela e strategie deflative*, 984.
- Federico Papini, Lucio Marsella, Cristina Mosensaia**, *L'autodeterminazione sanitaria del Testimone di Geova quale espressione di libertà religiosa*, 806.
- Eugenio Picozza**, *La Corte di cassazione a sezioni unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello?*, 816.
- Giuseppe Puglisi**, *A margine di Cass. n. 30227/2020: per un revirement in tema di modifiche mediate*, 952.
- Federico Riganti**, *Amministrazione straordinaria, interessi e prescrizione: un difficile puzzle operativo*, 897.
- Fabio Romanenghi**, *Accesso agli atti relativi a procedimento di accertamento fiscale concluso*, 931.
- Alberto Ronco**, *Sulla rilevabilità dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, 864.
- Irene Scordamaglia**, *Il volto sostanziale della querela e la sua disciplina*, 985.
- Marina Spiotta**, *Prime applicazioni della novellata L. n. 3/2012*, 899.
- Leonardo Suraci**, *La querela: istituto sospeso tra due codici ma protagonista della procedura*, 998.
- Andrea Francesco Tripodi**, *Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica*, 938.

Indice dei provvedimenti

Corti europee	n.	pag.		n.	pag.
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA					
Sez. IV	3 febbraio 2021	C-155/19			
		C-156/19	795		
Gr. sez.	2 febbraio 2021	C-481/19	796		
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO					
Sez. II	26 gennaio 2021	73313/17			
		20143/19	797		
Sez. III	19 gennaio 2021	14065/2015	800		
 Corte costituzionale					
	8 luglio 2020		142	876	
 Cassazione civile					
Sez. VI-2	26 febbraio 2021		5441	771	
Sez. L	23 febbraio 2021		4896	772	
Sez. III	23 febbraio 2021		4863	773	
Sez. III	23 febbraio 2021		4839	775	
Sez. I	22 febbraio 2021		4701	777	
Sez. I	22 febbraio 2021		4690	779	
Sez. VI-2	19 febbraio 2021		4644	780	
Sez. VI-1	18 febbraio 2021		4270	782	
Sez. II	26 gennaio 2021		1610	782	
Sez. III	23 dicembre 2020		29469	803	
Sez. I	21 ottobre 2020		22955	888	
Sez. I	7 ottobre 2020		21584	845	
Sez. un.	29 settembre 2020	20445 (ord.)		853	
Sez. lav.	21 settembre 2020		19679	912	
Sez. un.	18 settembre 2020	19598 (ord.)		810	
Sez. I	14 agosto 2020		17183	827	
Sez. un.	5 agosto 2020		16723	862	
Sez. I	19 giugno 2020		11983	896	
Sez. VI,1	16 gennaio 2020	742 (ord.)		834	
 Cassazione penale					
Sez. V	8 febbraio 2021		4948	784	
	(ud. 20 gennaio 2021)				
 Sez. V					
	1° febbraio 2021		3781	787	
	(ud. 24 novembre 2020)				
Sez. VI	29 gennaio 2021		3600	788	
	(ud. 12 gennaio 2021)				
Sez. V	11 novembre 2020		31604	960	
	(ud. 30 settembre 2020)				
Sez. VI	30 ottobre 2020		30227	951	
	(ud. 28 settembre 2020)				
Sez. IV	26 ottobre 2020		29584	938	
	(ud. 22 settembre 2020)				
Sez. un.	23 ottobre 2020		29541	944	
	(ud. 16 luglio 2020)				
Sez. un.	29 settembre 2020		27104	966	
	(ud. 16 luglio 2020)				
 Consiglio di Stato					
Sez. III	22 febbraio 2021		884 (dec.)	789	
Sez. II	17 febbraio 2021		1448	790	
Sez. VI	9 febbraio 2021		604	792	
Ad. plen.	26 gennaio 2021		3	793	
Sez. II	20 novembre 2020		7237	921	
Sez. III	12 ottobre 2020		6033	934	
Ad. plen.	7 settembre 2020		17	924	
 Tribunali					
	Lecco	16 gennaio 2021 (dec.)		898	
	Barcellona P. di G.	13 gennaio 2021		871	
	Bolzano	19 ottobre 2020	247	930	
	Milano	21 settembre 2020		902	
	Milano	23 aprile 2020		906	
	Busto Arsizio	3 aprile 2020 (dec.)		839	
 T.A.R.					
	Milano	15 aprile 2020	631	934	

Indice analitico

Affidamento, affiliazione ed assistenza dei minori

– Affidamento condiviso – Diritto di visita – Interesse del minore (Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020 (decreto)); 839.

Ambiente

– Responsabilità per danno ambientale – Divieto di abbandono di rifiuti e misure consequenziali (D.lgs. 152/2006, art. 192) – Imputazione del fatto a una società in stato di fallimento – Obblighi ricadenti sulla curatela fallimentare (Cons. di Stato, Ad. plen., 26 gennaio 2021, n. 3); 793.

Amministrazione pubblica

– Accesso agli atti relativi a procedimento di accertamento fiscale – Procedimento concluso – Diniego – Illegittimità (Trib. Regionale di Giustizia Amministrativa, Bolzano, 19 ottobre 2020, n. 247); 931.
 – Contratti pubblici – Procedure ad evidenza pubblica – Art. 79, 2° comma, D.Lgs. n. 50/2016 – Obbligo di sopralluogo del gestore uscente – Ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale – Illegittimità *lex specialis* – Non sussiste obbligo di rifare la gara (Cons. di Stato, Sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6033); 934.
 – Contratti pubblici – Procedure ad evidenza pubblica – Art. 79, 2° comma, del D.Lgs. n. 50/2016 – Illegittimo l'obbligo di sopralluogo anche per il gestore uscente ma anche la successiva disapplicazione in suo favore – Violazione *par condicio* – Obbligo di rifare la gara (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 631); 934.
 – Procedure di gara – Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante – Annullamento dell'aggiudicazione (Cons. di Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237); 921.
 – Procedure di gara – Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante – Annullamento dell'aggiudicazione (Cons. di Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237); 921.

Competenza e giurisdizione civile

– Fideiussore di soggetto professionista – Qualità di consumatore – Condizioni – Sussistenza – Foro esclusivo del consumatore – Applicabilità (Cass. civ., Sez. VI-1, 16 gennaio 2020, n. 742); 834.
 – Giurisdizione – Cons. di Stato – Omesso rinvio pregiudiziale – Motivi inerenti alla giurisdizione – Cassazione a Sez. un. – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. – Appalti pubblici – Effettività della tutela giurisdizionale (Cass. civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (ordinanza interlocutoria)); 810.

Comunione e condominio

– Condominio degli edifici – Parti comuni – Alienazione – Diritti dei condòmini – Vendita di un appartamento – Clausola di esclusione dalla vendita di alcune parti comuni – Nullità (Cass. civ., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1610); 782.
 – Condominio negli edifici – Parti comuni – Sottotetti, soffitti, solai – Sottotetto – Natura – Determinazione – In base al titolo – Necessità – Mancanza del titolo – Presunzione di bene comune – Accertamento – Criteri (Cass. civ., Sez. VI-2, 26 febbraio 2021, n. 5441); 771.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)

– Diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU* – Accattonaggio – Sanzione detentiva – Dignità – Libertà di espressione *ex art. 10 CEDU* – Divieto di discriminazione *ex art. 14 CEDU* (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, 19 gennaio 2021, ricorso n. 14065/2015); 800.
 – Violazione sostanziale e procedurale del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) – Diritto ad un equo processo penale (art. 6, 1° comma, CEDU) – Prove ottenute mediante trattamenti inumani e degradanti – Preclusione probatoria – Iniquità dell'intero processo (Corte

europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 26 gennaio 2021, ricorsi n. 73313/17 e 20143/19); 797.

Danni in materia civile e penale

– Ritardo nel completamento di attività amministrative prodromiche al rilascio di un titolo edilizio – Ristorabilità del c.d. “danno da affidamento procedimentale mero” – Presupposti, condizioni e limiti (Cons. di Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448); 790.

Diritti d'autore

– Fotografia – Creatività (Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa A, 23 aprile 2020); 906.

Edilizia e urbanistica

– Permesso di costruire – Annullamento – Interventi eseguiti in base a permesso annullato – Applicazione di una sanzione pecuniaria – Presupposti – Esistenza di vizi che riguardano forma e procedura e che non è possibile rimuovere (Cons. di Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17); 924.

Esecuzione forzata

– Espropriazione immobiliare – Sospensione procedimento esecutivo per il pignoramento avente ad oggetto l'abitazione principale debitore – Sospetta illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 111 e 117 Cost. – Questione rilevante e non manifestamente infondata (Trib. monocratico Barcellona Pozzo di Gotto, G.E., 13 gennaio 2021); 871.

Famiglia

– Filiazione – Separazione personale – Mantenimento figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente – Condizioni – Onere della prova (Cass. civ., Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183); 827.

Impugnazioni in materia civile

– Impugnazione delle sentenze del Cons. di Stato davanti alla Corte di cassazione – Diniego di giustizia – Eccesso di potere giurisdizionale – Effettività della tutela (Cass. civ., Sez. un., 29 settembre 2020, n. 20445); 853.

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni

– Mezzi di ricerca della prova – Captatore informatico – Divieti di utilizzazione delle intercettazioni – Libertà morale della persona nell'assunzione della prova (Cass. pen., Sez. V, 11 novembre 2020 (ud. 30 settembre 2020), n. 31604); 960.

Istruzione pubblica e privata

– Concorso straordinario per docenti per l'a.s. 2020/21 (D.L. n. 126/2019) – Esclusione dalla procedura dei docenti interessati da percorsi di specializzazione avviati successivamente all'entrata in vigore del D.L. n. 126/2019 – Compatibilità con i canoni di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, Cost.) (Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 604); 792.

Lavoro subordinato

– Infermità permanente – Impossibilità sopravvenuta della prestazione – Giustificato motivo di recesso – Condizioni – Assegnazione del dipendente ad altre attività di livello equivalente – Limiti – Prova (Cass. civ., Sez. L, 23 febbraio 2021, n. 4896); 772.
 – Previdenza – Omissioni contributive – I.N.P.S. – Litisconsorzio necessario (Cass. civ., Sez. lav., 21 settembre 2020, n. 19679); 912.

Libertà religiosa

– Autodeterminazione (Cass. civ., Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469); 803.
 – Autodeterminazione – Direttive anticipate (Cass. civ., Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469); 803.

– Sanità e sanitari – Pericolo di vita (Cass. civ., Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469); 803.

Mediazione

– Provvigione – Diritto del mediatore – Presupposto – Nesso di causalità tra l'attività svolta e la conclusione dell'affare – Sufficienza – Affare proposto al padre e concluso dal figlio – Solidarietà – Esclusione (Cass. civ., Sez. VI-2, 19 febbraio 2021, n. 4644); 780.

Misure cautelari personali

– Custodia cautelare in carcere – Prognosi di condanna non superiore a tre anni di pena detentiva – Principio di proporzionalità – Rilevanza – Momento applicativo – Insufficienza – In corso di esecuzione della misura – Necessità – Conseguenze (Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2021 (ud. 20 gennaio 2021), n. 4948); 784.

– Riesame – Annullamento con rinvio – Giudizio di rinvio – Termine decisione – Decorrenza (Cass. pen., Sez. un., 29 settembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27104); 966

Peculato

– Incaricato di un pubblico servizio – Imposta di soggiorno – Omesso versamento – Decreto rilancio – *Abolitio criminis* – Esclusione (Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2020 (ud. 28 settembre 2020), n. 30227); 951.

Procedure concorsuali

– Accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento – Del debitore non fallibile – Accordo di ristrutturazione dei debiti – Anche erariali prelatizi – Falcidia – Possibilità – Affermazione (Cass. civ., Sez. VI-1, 18 febbraio 2021, n. 4270); 782.

– Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Decorso – Sospensione (Cass. civ., Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11983); 896.

– Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Prescrizione (Cass. civ., Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11983); 896.

– Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Prescrizione – Decorso – Applicabilità (Cass. civ., Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11983); 896.

– Fallimento – Associazione – Gratuità della attività – Esclusione (Cass. civ., Sez. I, 21 ottobre 2020, n. 22955); 888.

Processo amministrativo

– Unione Europea – Compatibilità – Giurisdizione – Motivi – Insindacabilità – Prassi interpretativa – Principi – Prevalenza Diretta applicabilità – Effettività – Uniforme applicazione – Contrasto interpretativo – Giudicato (Cass. civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (ordinanza interlocutoria)); 810.

– Unione Europea – Effettività – Equivalenza – Compatibilità – Prassi interpretativa – Giurisdizione – Motivi – Insindacabilità – Pregiudizialità – Appalti pubblici – Ricorso principale – Ricorso incidentale – Esame – Priorità – Interesse (Cass. civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (ordinanza interlocutoria)); 810.

Protezione dei dati personali (privacy)

– Personalità (Diritti della) – Riservatezza – Tutela – Informazione – Fatti di violenza sessuale – Diffusione delle generalità della vittima – Legittimità – Art. 8 del Cod. deont. giornalisti – Verifica – Necessità (Cass. civ., Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4690); 779.

Prova testimoniale civile

– Contratti con forma scritta *ad probationem* – Transazione – Inammissibilità della prova – Rilievo d'ufficio – Esclusione – Eccezione di parte – Necessità (Cass. civ., Sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723); 862.

Reato in genere

– Delitti contro l'amministrazione della giustizia – Evasione –

Arresti domiciliari – Autorizzazione a recarsi al lavoro – Allontanamento dal domicilio – Luogo diverso e distante da quello di lavoro – Mera violazione delle prescrizioni inerenti alla misura – Esclusione – Reato – Sussistenza (Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2021 (ud. 12 gennaio 2021), n. 3600); 788.

– Delitti contro la persona – Atti persecutori – Consumazione – Pluralità di eventi – Eventi alternativi eventualmente concorrenti – Ultimo degli eventi della sequenza – Rilevanza – Querela – Termine – Incidenza (Cass. pen., Sez. V, 1° febbraio 2021 (ud. 24 novembre 2020), n. 3781); 787.

– Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 393 c.p.) – Soggetto attivo del reato – Rapporto con altri reati – Estorsione (art. 629 c.p.) – Concorso dell'*extraneus* – Circostanza aggravante *ex art. 416-bis.1 c.p.* (Cass. pen., Sez. un., 23 ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 29541); 944.

– Infortunio sul lavoro – Enti – Interesse – Vantaggio – Prova (Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 29584); 938.

– Francesco Palazzo, *Querela e strategie deflative*; 984.

– Irene Scordamaglia, *Il volto sostanziale della querela e la sua disciplina*; 985.

– Leonardo Suraci, *La querela: istituto sospeso tra due codici ma protagonista della procedura*; 998.

Revocatoria (azione)

– Revocatoria ordinaria – Oggetto – Atti a titolo oneroso – Conferimento di un ramo di azienda – Tra società collegate – Domanda – Limitazione ad alcuni beni aziendali – Ammissibilità (Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4863); 773.

– Sovraindebitamento – Liquidazione del patrimonio – Atti in frode ai creditori – Irrilevanza (Trib. Lecco, Sez. civile, 16 gennaio 2021 (decreto)); 898.

Rinvio pregiudiziale

– Appalti pubblici – Procedura di affidamento degli appalti pubblici – Dir. 2014/24/UE – Art. 2, par. 1, punto 4 – Amministrazione aggiudicatrice – Organismi di diritto pubblico – Nozione – Federazione sportiva nazionale – Soddisfacimento di esigenze di interesse generale – Vigilanza sulla gestione della federazione da parte di un organismo di diritto pubblico (Corte di giust. dell'Unione europea, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19); 795.

– Ravvicinamento delle legislazioni – Direttiva 2003/6/CE – Art. 14, par. 3 – Reg. (UE) n. 596/2014 – Art. 30, par. 1, lett. b) – Abuso di mercato – Sanzioni amministrative aventi carattere penale – Omessa collaborazione con le autorità competenti – Artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione (Corte di giust. dell'Unione europea, Grande sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19); 796.

Sanità e sanitari

– Misure emergenziali finalizzate al contenimento della pandemia da Covid-19 – d.P.C.M. che fissano le attività economiche “non essenziali”, nonché potenzialmente pericolose per il diffondersi della pandemia – Bilanciamento fra le esigenze di tutela della salute pubblica e la salvaguardia delle libertà economiche (Cons. di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 884 (decreto)); 789.

Servitù

– Servitù coattive – Servitù di elettrodotto – Costituzione giudiziale – Indennizzo – Determinazione – Criteri – Valore venale – Aree con utilizzazione cd. intermedia (Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4839); 775.

Sicurezza pubblica

– Stranieri (in particolare: extracomunitari) – Protezione internazionale – Obbligo di audizione (Cass. civ., Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 21584); 845.

Indici

Società

- Debiti tributari – Accertamento e riscossione – Registro delle imprese – Cancellazione – Inefficacia temporanea – Eccesso di delega – Insussistenza (Corte cost., 8 luglio 2020, n. 142); 876.
- Debiti tributari – Accertamento e riscossione – Registro delle imprese – Cancellazione – Inefficacia temporanea – Principio di uguaglianza – Violazione – Insussistenza (Corte cost., 8 luglio 2020, n. 142); 876.
- Scissione non proporzionale – Scissione asimmetrica (Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 21 settembre 2020); 902.

- Tilde Cavaliere, *Il controllo individuale del socio nella società a responsabilità limitata*; 974.

Vendita

- Preliminare di vendita – Condizione sospensiva – Omologazione di concordato preventivo – Del promittente venditore – Approvato – Con il voto del promissario acquirente – Nullità – Per illiceità della causa (mercato di voto concordatario) – Esclusione (Cass. civ., Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4701); 777.

Recentissime Cassazione civile

a cura di Francesco Antonio Genovese

Sottotetto e presunzione di appartenenza

Cassazione civile, Sez. VI-2, 26 febbraio 2021, n. 5441 – Pres. Lombardo – Est. Scarpa – F.P. e altro – L.B. e altri.

Comunione e condominio – Condominio negli edifici – Parti comuni – Sottotetti, soffitti, solai – Sottotetto – Natura – Determinazione – In base al titolo – Necessità – Mancanza del titolo – Presunzione di bene comune – Accertamento – Criteri

La questione: per accertare la natura condominiale o pertinenziale del sottotetto di un edificio, in mancanza del titolo, può farsi riferimento alle sue caratteristiche strutturali e funzionali?

Il fatto. F. P. e L. M. hanno proposto ricorso avverso la sentenza 24 settembre 2019, n. 1367/2019, resa dalla Corte d'appello di Ancona. Resistono con controricorso L. B., C. B., P. B. e C. P.. La Corte d'appello, riformando la sentenza resa in primo grado dal Tribunale di Ancona in data 12 agosto 2014, ha respinto la domanda avanzata da F. P. e L. M. volta all'accertamento della proprietà condominiale del sottotetto dell'immobile di V. d. V., Jesi, nonché alla condanna delle convenute L. B., C. B., P. B. e C. P. a rimuovere le opere di collegamento realizzate tra la proprietà unità immobiliare ed il medesimo sottotetto. La Corte di Ancona, condividendo le risultanze della espletata CTU, ha affermato che la funzione del sottotetto in contesa fosse limitata alla finalità di isolamento termico dell'appartamento sito all'ultimo piano dell'edificio. Di tale esclusiva destinazione i giudici di secondo grado hanno tratto ulteriore conferma dalla mancanza nel sottotetto di un piano di calpestio, nonché dalle modalità di accesso ad esso tramite una botola dal pianerottolo del terzo piano e dall'essere suddiviso in sei distinte porzioni, tutte, tranne una, delimitate da pareti divisorie. Infine, la fruibilità del sottotetto risultava consentita solo dall'avvenuta demolizione del controsoffitto dell'appartamento sottostante. Il ricorso di F. P. e L. M. denuncia la falsa applicazione dell'art. 1117 c.c., affermando che il sottotetto per cui è causa, per le sue oggettive caratteristiche strutturali e funzionali, risulta piuttosto destinato all'uso comune. Si allega poi l'omesso esame circa fatti decisivi, *ex art.* 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., quanto alla presenza di cavi dell'impianto televisivo ed elettrico ed all'altezza al colmo del sottotetto.

La decisione. Si controverte, nella specie, di un sottotetto sovrastante all'appartamento di proprietà esclusiva di B.. Tale bene non era espressamente nominato nell'elenco esemplificativo contenuto nell'art. 1117 c.c. secondo la formulazione, qui applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche introdotte dalla L. 11 dicembre 2012, n. 220. Secondo, tuttavia, la consolidata interpretazione di questa Corte, sono comunque oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, agli effetti dell'art. 1117 c.c. (in tal senso, peraltro, testualmente integrato, con modifica, *in parte qua*, di natura interpretativa, proprio dalla L. 11 dicembre 2012, n. 220) i

sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all'uso comune (Cass., Sez. 6-2, n. 3627/2018; Cass., Sez. 6-2, n. 6314/2017; Cass., Sez. 2, n. 23902/2016; Cass., Sez. 2, n. 6143/2016; Cass., Sez. 2, n. 8968/2002; Cass., Sez. 2, n. 7764/1999). Altrimenti, ove non sia evincibile il collegamento funzionale, ovvero il rapporto di accessorietà supposto dall'art. 1117 c.c. tra il sottotetto e la destinazione all'uso comune o all'esercizio di un servizio di interesse comune, giacché lo stesso sottotetto assolve all'esclusiva funzione di isolare e proteggere dal caldo, dal freddo e dall'umidità l'appartamento dell'ultimo piano, e non abbia dimensioni e caratteristiche strutturali tali da consentirne l'utilizzazione come vano autonomo, esso va considerato pertinenza di tale appartamento. La proprietà del sottotetto si determina, dunque, in base al titolo e, in mancanza, in base alla funzione cui esso è destinato in concreto: nel caso in esame, la Corte di appello di Ancona, con apprezzamento di fatto spettante in via esclusiva al giudice del merito, ha accertato che il locale sottotetto fosse posto in destinazione pertinenziale a servizio dell'appartamento di proprietà esclusiva B., e non fosse invece destinato all'uso comune, tenuto conto della limitata finalità di isolamento termico dell'unità immobiliare sita all'ultimo piano dell'edificio, della mancanza di un piano di calpestio, delle modalità di accesso ad esso tramite una botola dal pianerottolo del terzo piano, dalla suddivisione in più porzioni delimitate da pareti divisorie e dalla ridotta fruibilità in altezza. Non sussistendo i presupposti di fatto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria del sottotetto, e dunque non operando la presunzione di attribuzione al condominio *ex art.* 1117 c.c., vanamente i ricorrenti intendono invocare il sindacato di legittimità per ottenere una diversa valutazione delle risultanze probatorie, ed in particolare delle fotografie prodotte. Il ricorso va perciò dichiarato inammissibile e i ricorrenti vanno condannati in solido a rimborsare alle controricorrenti le spese del giudizio di cassazione nell'ammontare liquidato in dispositivo.

Gli effetti. La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali in favore delle parti resistenti.

Licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni

Cassazione civile, Sez. L, 23 febbraio 2021, n. 4896 – Pres. Raimondi – Est. Boghetich – P.M. Sanlorenzo (conf.) – L.M. – Team service società consortile a r.l.

Lavoro subordinato – Infermità permanente – Impossibilità sopravvenuta della prestazione – Giustificato motivo di recesso – Condizioni – Assegnazione del dipendente ad altre attività di livello equivalente – Limiti – Prova

La questione: come può essere soddisfatto l'onere imposto dall'art. 5, L. n. 604/1966 di provare il giustificato motivo di licenziamento di un lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni?

Il fatto. La Corte di Appello di Roma, in riforma della pronuncia di primo grado emessa *ex art.* 1, 51° comma, L. n. 92/2012, ha respinto la domanda proposta da L. M. al fine di ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato il 12 novembre 2015 da Team Service Consortile e seg.r.l. per sopravvenuta inidoneità fisica della lavoratrice (invalidità pari all'80%) allo svolgimento delle mansioni di operaia pulitrice di III livello di cui al CCNL Multiservizi. La Corte, dato atto dell'accertata sopravvenuta inidoneità della lavoratrice alle mansioni assegnate di operaia pulitrice all'interno dell'ospedale presso cui la società aveva vinto, congiuntamente ad altra ditta, l'appalto (salvo il disimpegno, peraltro occasionale e residuale del compito di ricezione delle telefonate) nonché dell'assenza di posti vacanti su mansioni compatibili con le condizioni di salute della M., ha ritenuto legittimo il licenziamento in considerazione dell'insistenza di un obbligo del datore di lavoro di modificare la propria organizzazione aziendale o di demansionare o trasferire gli altri dipendenti. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso L. M. con tre motivi, illustrati da memoria. Ha resistito la società con controricorso.

La decisione. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 5, L. n. 604/1966, 1463, 1464 e 2697 c.c. avendo, la Corte distrettuale, erroneamente circoscritto l'obbligo di *repechage* del datore di lavoro alle sole mansioni di pari livello (e non "a tutte le possibilità di effettivo residuale impiego del lavoratore nel complessivo contesto aziendale") ed avendone posto l'onere della prova a carico della lavoratrice. Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 5, L. n. 604/1966, 1463, 1464 e 2697 c.c. nonché omesso esame di un fatto decisivo emerso, dalle deposizioni testimoniali acquisite in giudizio (in specie, teste D.M.), l'esistenza di mansioni compatibili con lo stato di salute della M. e svolte da personale inquadrato con la qualifica di operaio pulitore. Con il terzo motivo la ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 5, L. n. 604/1966, 2697 c.c., comma 3°-bis, D.Lgs. n. 216/2003 nonché omesso esame di un fatto decisivo avendo, la Corte distrettuale, trascurato i principi di diritto adottati in sede comunitaria (Dir. 2000/78/CE) e recepiti nell'ordinamento interno (D.Lgs. n. 216 cit.) che impongono al datore di lavoro – secondo orientamento elaborato dalla S. C. di Cassazione (Cass. n. 6798/2018) – di modificare l'organizzazione aziendale. Il primo motivo ed il terzo motivo, che possono essere esaminati congiuntamente considerata la loro stretta connessione, sono infondati. La fattispecie in esame si colloca, *ratione temporis*, nell'alveo di applicazione dell'art. 3, comma 3°-bis del D.Lgs. n. 216/2003 come integrato dal D.L. n. 76/2013 (conv. con mod. in L. n. 99/2013), disposizione tesa a

ricepire l'art. 5 della Dir. n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000. In proposito vale richiamare la trama argomentativa contenuta in un recente arresto di questa Corte che ha analizzato *funditus* l'ambito dei poteri datoriali in caso di lavoratore impossibilitato a svolgere la prestazione per sopravvenuta invalidità permanente (cfr. Cass. n. 27243/2018). La Corte di giustizia, in conformità dell'art. 2, 4° comma, della Convenzione dell'ONU, ha definito gli "accomodamenti ragionevoli" come "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali" (CGUE, 4 luglio 2013, Commissione c. Italia, punto 58) e consistenti in provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemazione dei locali, adattamento di attrezzature, ritmi di lavoro o ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, riduzione dell'orario di lavoro, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, con il solo limite di imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Con riguardo all'orientamento giurisprudenziale nazionale sinora elaborato, le Sez. un. (n. 7755/1998) hanno affermato il seguente principio di diritto: "La sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato, non è ravvisabile nella sola ineleggibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore". Questo orientamento è stato confermato da numerose pronunce successive (Cass. n. 9624/2000, n. 7210/2001, n. 16141/2002, n. 8832/2011) che hanno ritenuto come solo l'inutilizzabilità della prestazione del lavoratore divenuto inabile, con alterazione dell'assetto organizzativo della medesima, può costituire giustificato motivo di licenziamento. Una interpretazione dell'art. 3, comma 3° bis, L. n. 216/2003 costituzionalmente orientata nonché valutata alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea porta a ritenere che il diritto del lavoratore disabile all'adozione di accorgimenti che consentano l'espletamento della prestazione lavorativa trova un limite nell'organizzazione interna dell'impresa e, in particolare, nel mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa stessa (cfr. già Corte cost. n. 78/1958, n. 316/1990, n. 356/1993) nonché nel diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate e, in ogni caso, di man-

sioni che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita. In particolare, Cass. n. 34132/2019 (ribadendo l'orientamento già affermato con Cass. n. 6798 e 27243/2018) ha effettuato un'ampia ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale, sottolineando che la ricerca del delicato punto di equilibrio tra diritto del disabile a non essere discriminato, diritto dell'imprenditore ad organizzare l'azienda secondo le proprie insindacabili scelte e diritto degli altri lavoratori deve essere condotta alla stregua dei parametri individuati dall'art. 3, comma 3° bis, L. n. 216/2003 che fa rinvio all'art. 2 della Convenzione di New York che considera quale accomodamento ragionevole "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo". Il giudice di merito deve, dunque, indagare la eventuale sussistenza, nell'ambito della struttura organizzativa assunta dall'impresa, di mansioni che possano eventualmente adattarsi all'inabilità del lavoratore, e può ritenere legittimo il licenziamento non solo a fronte della concreta inesistenza di accorgimenti pratici idonei a rendere utilizzabili le prestazioni lavorative dell'inabile ma altresì accertata l'assoluta impossibilità di affidare allo stesso mansioni equivalenti e mansioni inferiori, tenuto conto – nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti – della protezione dei soggetti svantaggiati, dell'interesse del datore di lavoro ad una collocazione del lavoratore inabile nella realtà organizzativa unilateralmente delineata dall'imprenditore stesso e del diritto degli altri lavoratori allo svolgimento di mansioni che si collochino nell'ambito del bagaglio professionale acquisito. Invero, il criterio di ragionevolezza sopra citato implica, altresì, che nell'adozione delle misure sopra indicate debba tenersi conto del limite costituito dall'inviolabilità *in peius* (art. 2103 c.c.) delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro: deve, pertanto, escludersi che le suddette misure organizzative possano incidere negativamente sulle mansioni e sulle altre condizioni di lavoro degli altri lavoratori (ad esempio, ambiente e luogo di lavoro, orario e tempi di lavoro). Ebbene, nel caso di specie, la Corte territoriale ha accertato l'assenza di "posti vacanti compatibili con le minorate condizioni fisiche della M.", dando atto che tutti gli altri dipendenti della società erano

impiegati in "mansioni di fatica per le quali la M. era già stata dichiarata inidonea permanente" e che le uniche attività che la lavoratrice era in grado di svolgere (ricezione delle telefonate) erano di carattere occasionale e residuale tali da non consentire una adibizione in maniera esclusiva. La valutazione delle capacità lavorative residue è stata effettuata con riguardo a tutti i posti vacanti compatibili con le minorate condizioni fisiche e, dunque, comprensivi anche di mansioni inferiori, come emerge dalla considerazione delle mansioni disimpegnate dai colleghi inquadrati in livelli (I e II) inferiori a quello di appartenenza della M. La Corte, conformemente all'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi successivamente alla sentenza impugnata, ha correttamente ritenuto assolto l'obbligo della società controricorrente di tutela del lavoratore disabile in considerazione dell'accertata inidoneità della lavoratrice allo svolgimento delle mansioni affidate e dell'insussistenza di mansioni equivalenti o inferiori da affidare alla lavoratrice stessa; ha aggiunto, inoltre, che tutti gli altri compiti svolti dagli altri dipendenti nell'ambito della organizzazione aziendale erano incompatibili con l'inabilità della lavoratrice, restando, dunque, irrilevante l'ulteriore disamina degli eventuali accorgimenti da programmare al fine di adattare mansioni che si presentavano – in ogni caso – radicalmente incompatibili con l'infermità. In conclusione, pacifica la situazione di disabilità di L. M., il datore di lavoro ha soddisfatto l'onere imposto dall'art. 5, L. n. 604/1966 di provare il giustificato motivo di licenziamento dimostrando che, nell'ambito dell'organizzazione aziendale e del rispetto delle mansioni assegnate al restante personale in servizio, non vi era alcun accorgimento pratico – a prescindere dall'onere finanziario da assumere – applicabile alla mansione (già assegnata o equivalente ovvero inferiore) svolta dal lavoratore ed appropriato alla disabilità. Il ricorso va, pertanto, rigettato e le spese di lite, in considerazione della elaborazione giurisprudenziale successiva alla sentenza impugnata, sono integralmente compensate tra le parti.

Gli effetti. La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese processuali tra le parti del giudizio.

Revocatoria di cespiti aziendali

Cassazione civile, Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4863 – Pres. Vivaldi – Est. Positano – P.M. Cardino (conf.) – FCM Carpenterie metalliche s.r.l. e altro – Project Consulting s.r.l.

Revocatoria (azione) – Revocatoria ordinaria – Oggetto – Atti a titolo oneroso – Conferimento di un ramo di azienda – Tra società collegate – Domanda – Limitazione ad alcuni beni aziendali – Ammissibilità

La questione: è ammissibile una domanda di revocatoria parziale di un atto di conferimento di ramo d'azienda, limitandolo solo ad alcuni dei cespiti immobiliari aziendali?

Il fatto. Con citazione 7 gennaio 2015 la *Project Consulting* s.r.l. ha convenuto, dinanzi al Tribunale di Brescia la F.M.C. Carpenterie Metalliche s.r.l. e F.C.M. Quadri Elettrici s.r.l. per sentire accertare la simulazione o, in subordine, dichiarare l'inefficacia *ex art.* 2901 c.c., dell'atto di trasferimento intervenuto il 15 dicembre 2014 tra la F.C.M. Quadri Elettrici s.r.l. e la F.M.C. Carpenterie Metalliche s.r.l., avente ad oggetto un fabbricato a destinazione industriale sito nel Comune di Provaglio d'Iseo ed un fabbricato

a destinazione residenziale sito nel Comune di Temù. A sostegno della domanda ha sostenuto che tale atto era idoneo a pregiudicare le proprie ragioni creditorie nei confronti di Quadri Elettrici Sri, derivanti da una complessa vicenda giudiziaria ed il cui complessivo ammontare era pari ad euro 675.000. Si sono costituite FMC Carpenterie Metalliche Sri e FMC Quadri Elettrici s.r.l. sostenendo che tale atto consisteva, in realtà, in un conferimento di ramo di azienda e, non quindi, in un atto di conferimento di immo-

bili e che, comunque, non sussistevano i requisiti per dichiarare l'atto simulato o inefficace. Con sentenza n. 1720/2016 l'adito Tribunale ha dichiarato inefficace nei confronti della società attrice, l'atto di conferimento di ramo d'azienda intervenuto in data 15 dicembre 2014 tra la F.C.M. Quadri Elettrici s.r.l. e la F.M.C. Carpenterie Metalliche s.r.l. Con sentenza n. 616/2018 del 4 aprile 2018 la Corte d'Appello di Brescia, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, ha dichiarato inefficace nei confronti della società attrice l'atto di conferimento di ramo d'azienda intervenuto in data 15 dicembre 2014 tra la F.C.M. Quadri Elettrici s.r.l. e la F.M.C. Carpenterie Metalliche s.r.l., relativamente ai due su menzionati fabbricati. In particolare, la Corte ha, in primo luogo, ritenuto che il Tribunale, a fronte della domanda di simulazione o revocatoria dell'atto di cessione dei due immobili, erroneamente ed in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, aveva statuito la revoca dell'intero atto di conferimento del compendio aziendale della FCM Quadri Elettrici Sri. In secondo luogo, dopo avere precisato in termini generali che, il creditore può svolgere legittimamente la sua impugnativa contro solo alcuni dei beni conferiti (ritenuti più significativi, da un punto di vista economico), ha ritenuto che, nella specie, la *Project Consulting Srl* avesse ritualmente chiesto la revoca, limitatamente ai due beni immobili conferiti. Infine, ha ritenuto sussistente sia l'elemento dell'*eventus damni* (in ragione della sentenza del tribunale di Brescia di condanna della FCM Quadri Elettrici a restituire alla *Project Sri* la somma di euro 675.000), sia il *consilium fraudis* (atteso che la FMC Carpenterie Metalliche Sri era socia, per il 50%, di FCM Quadri Elettrici Sri e che la restante quota della metà era detenuta da A. F., figlia dell'amministratore di FCM Quadri Elettrici). Avverso detta sentenza F.M.C. Carpenterie Metalliche s.r.l. e F.C.M. Quadri Elettrici s.r.l. hanno proposto ricorso per Cassazione, affidato a tre motivi, cui *Project Consulting s.r.l.* ha resistito con controricorso, illustrato da memoria.

La decisione. Con il primo motivo i ricorrenti denunziano, ai sensi dell'art. 360, n. 3 e n. 4, c.p.c., la violazione dell'art. 112 c.p.c., per ultrapetizione e la violazione dell'art. 163 c.p.c., per omesso rilievo della nullità della domanda per inesistenza o manifesta contraddittorietà della *dictio actionis*. In particolare, sostengono che anche la Corte (come il Tribunale) avrebbe, a sua volta, pronunciato *ultra petitum* in quanto, a fronte di una domanda di revoca di un circoscritto "atto di trasferimento dei fabbricati", aveva, poi, dichiarato l'inefficacia di un atto di conferimento di ramo di azienda, non oggetto della domanda. La Corte territoriale, al contrario, avrebbe dovuto accertare che la domanda dell'attore era nulla, avendo ad oggetto la revoca di un contratto mai stipulato (cioè quello di trasferimento degli immobili), senza alcun collegamento con il negozio effettivamente intercorso tra le parti (conferimento di azienda). Il motivo è infondato. La Corte si è limitata a qualificare come atto di conferimento di ramo di azienda quello che in citazione era stato indicato come atto di trasferimento dei due immobili. Qualificazione, peraltro, già operata in tal senso dal Tribunale e su tale qualificazione non è stata documentata la proposizione di uno specifico motivo di appello. Le società ricorrenti, a pagina 14-15 del ricorso trascrivono la censura formulata in appello, lasciando intendere che la tesi prospettata sullo sfondo è quella dell'inscindibilità del (ramo di) azienda, perché riferendosi alla

perizia di stima, deducono che "correttamente valuta nel suo complesso il bene conferito". In sostanza, l'atto da sottoporre a revocatoria sarebbe il conferimento di ramo di azienda e non taluni dei trasferimenti che lo compongono; ed in particolare, quelli relativi ai due cespiti immobiliari di maggiore rilievo. Ciò esprime chiaramente che si trattava di una valutazione in fatto, relativa alla differenza materiale tra il concetto di conferimento di un immobile e di conferimento di ramo di azienda. Indagine che in sede di legittimità non può essere svolta. Con il secondo motivo si lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli artt. 2901, 2464 e 2555 e segg. c.p.c. In particolare, la Corte avrebbe ritenuto possibile la proposizione di un'azione revocatoria nei confronti di alcuni soltanto tra i beni oggetto del conferimento di azienda. Al riguardo, secondo i ricorrenti, l'azienda è una "*universitas* di beni, attivi e passivi e non una sommatoria di beni", sicché il creditore pregiudicato può chiedere l'inefficacia nei suoi confronti della universalità conferita, ma non dei soli beni attivi che la compongono, disgiuntamente dai passivi. Il motivo trae spunto dal dibattito dottrinale sulla natura dell'azienda, se unitaria o atomistica. A prescindere da tale questione, la censura è infondata poiché non vi sono dubbi sulla proponibilità della revocatoria, anche nei confronti di un conferimento di azienda. Questa Corte ha affermato che, – in via generale, l'assoggettabilità ad azione revocatoria degli atti di conferimento d'azienda, in quanto il conferimento di beni in società costituisce un atto traslativo del diritto di proprietà sui beni in favore della società conferitaria, sostituendo tale diritto nel patrimonio del conferente con il titolo della partecipazione sociale (sull'equiparazione degli atti di conferimento d'azienda alla cessione d'azienda e sulla conseguente ammissibilità dell'azione revocatoria, v. Cass. n. 4351/97). Proprio questa partecipazione costituisce la controprestazione del trasferimento della proprietà dei beni conferiti alla società e rende quindi oneroso l'atto di conferimento. Questa Corte, in più occasioni, ha evidenziato l'esperibilità del rimedio dell'art. 2901 c.c. anche al fine di rendere inopponibile, al creditore del socio conferente, il trasferimento effettuato mediante il negozio di conferimento (Cass., Sez. I, n. 23891/2013; n. 2792/2002; n. 1804/2000; n. 10359/1996). Il negozio di conferimento di beni in natura – tanto se posto in essere in esecuzione dell'obbligo assunto in sede di costituzione della società, quanto se realizzato a liberazione della quota sottoscritta in occasione di una successiva operazione di aumento del capitale sociale – deve qualificarsi quale atto traslativo a titolo oneroso, dacché comporta il trasferimento dei beni che ne formano oggetto dal patrimonio del conferente a quello della società conferitaria, che è soggetto terzo, distinto dalle persone dei soci. In generale, la declaratoria dell'inefficacia relativa, ex art. 2901 c.c., non riguarda, né l'atto costitutivo della società o la delibera di aumento del capitale, e neppure la sottoscrizione, da parte del socio/società debitore, della quota di capitale sociale, bensì il negozio di conferimento (che, in sé, costituisce l'atto di disposizione potenzialmente lesivo delle ragioni dei creditori del conferente). La declaratoria di inefficacia relativa non pregiudicherà la validità della società, in ossequio al disposto dell'art. 2332 c.c.; ove, poi, il bene oggetto di conferimento venga, dal creditore, utilmente sottoposto all'esecuzione forzata, la società acquista nei confronti del socio (debitore esecutato e nel caso, in esame, la società Quadri Elettrici) ragioni di credito corrispondenti al valore

dei beni conferiti. Come rilevato anche dal P. G., non vi sono dubbi sulla configurabilità di una “revocatoria parziale”, in quanto l’art. 2901 c.c., non indica quali atti specificamente siano oggetto di revocatoria e non preclude che la domanda sia riferita ad un atto di disposizione solo parziale, laddove detto atto sia in grado di determinare, di per sé, pregiudizio alle ragioni del creditore (in motivazione, Cass.

n. 4238 del 19 febbraio 2020). Il terzo motivo, versato in fatto e concernente profili motivazionali, è infondato. Ne consegue che il ricorso deve essere rigettato.

Gli effetti. La Corte rigetta il ricorso e condanna le ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio.

■ Servitù di elettrodotto: bene inciso suscettibile di utilizzazione intermedia

Cassazione civile, Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 4839 – Pres. Di Virgilio – Est. Carrato – P.G. Sgroi (conf.) – Soc. Terna – Rete Elettrica Nazionale S.p.A. – D. M.

Servitù – Servitù coattive – Servitù di elettrodotto – Costituzione giudiziale – Indennizzo – Determinazione – Criteri – Valore venale – Aree con utilizzazione cd. intermedia

La questione: il proprietario inciso da servitù coattiva di elettrodotto, può dimostrare, se del caso attraverso indagini tecniche, che il valore del fondo – già occupato dall’ente pubblico – sia mutato o aumentato in conseguenza di una diversa destinazione del bene che, suscettibile di sfruttamento ulteriore e diverso da quello agricolo, pur senza raggiungere livelli di edificabilità, abbia un’effettiva e documentata valutazione di mercato per la possibilità di utilizzazioni intermedie tra l’agricola e l’edificatoria (quali parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti)?

Il fatto. Con atto di citazione del febbraio 1997 R. M. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Camerino, l’ENEL e seg.p.a. chiedendo la condanna di quest’ultima al pagamento dell’indennità dovuta per l’occupazione d’urgenza del fondo di sua proprietà sito in Matelica ai fini della realizzazione di una servitù di elettrodotto, senza, tuttavia, che nel termine quinquennale fossero stati emessi i decreti di espropriazione conseguenti alle precedenti ordinanze sindacali, per l’ammontare di £ 32.064.000, dovuto sia propriamente a titolo di indennità per la predetta occupazione, sia quale indennizzo per la servitù che per la relativa svalutazione del fondo. L’ENEL e seg.p.a. si costituiva in giudizio contestando la domanda, chiedendo, in via riconvenzionale, che venisse dichiarata, con sentenza, la costituzione della servitù di elettrodotto con determinazione dell’indennizzo in favore dell’attore, instando, in ogni caso, per il rigetto della richiesta risarcitoria, il cui diritto avrebbe dovuto comunque considerarsi prescritto. L’adito Tribunale, con sentenza del 13 febbraio 2007, condannava l’ENEL e seg.p.a. al pagamento, in favore del R. M., della somma di euro 99.983,82, oltre interessi come per legge, dichiarava l’intervenuta costituzione della servitù di elettrodotto in favore della stessa convenuta sugli immobili indicati in atti, quantificando in euro 2.373,47 l’indennità definitiva posta carico della stessa ENEL e seg.p.a. e condannava quest’ultima alla rifusione delle spese di lite. Decidendo sull’appello interposto da TERNA e seg.p.a. (quale società succeduta a titolo particolare all’ENEL e seg.p.a.) e nella costituzione dell’appellato, la Corte di appello di Ancona, con sentenza n. 161/2016 (depositata l’8 febbraio 2016), rigettava il gravame e confermava l’impugnata sentenza, condannando l’appellante al pagamento delle spese del grado. A fondamento dell’adottata decisione, la Corte marchigiana rilevava l’infondatezza di tutte le ragioni dedotte con l’appello in riferimento alla contestazione dell’esattezza della valutazione circa il danno conseguente alla svalutazione del fondo, sia avuto riguardo al dato normativo, sia al criterio di calcolo che alla valutazione dell’area. Avverso la suddetta sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, la TERNA e

seg.p.a., al quale hanno resistito con un unico congiunto controricorso D. M. e M. M., quali eredi di M.R. (nelle more deceduto), mentre gli altri eredi di quest’ultimo (come indicati in epigrafe) non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

La decisione. Rileva il collegio che i proposti motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto all’evidenza connessi e prospettanti questioni tra loro intersecate con riferimento alla stessa vicenda di costituzione coattiva della servitù di elettrodotto e a quella correlata di natura espropriativa. Ritiene il collegio che essi sono tutti destituiti di fondamento e devono, perciò, essere respinti. In via preliminare deve confermarsi l’esattezza dell’impostazione di fondo alla quale ha aderito la Corte marchigiana circa le condizioni per la costituzione coattiva di servitù di elettrodotto, avendo rimarcato che per l’imposizione di tale tipo di servitù con sentenza del giudice, il presupposto della preventiva autorizzazione all’impianto della linea da parte della competente autorità (art. 108, R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775), che costituisce una condizione dell’azione (così che deve ritenersene sufficiente la sopravvenienza, purché prima della decisione, circostanza questa per l’appunto verificatasi nel caso di specie mediante il deposito di apposito decreto regionale del 30 aprile 1992), sussiste indipendentemente dal fatto che i termini fissati con l’autorizzazione stessa, in connessione con la dichiarazione di pubblica utilità dell’elettrodotto, siano scaduti, trattandosi di circostanza rilevante solo al diverso fine dell’improseguibilità del procedimento amministrativo d’imposizione della servitù medesima in via espropriativa. Così, altrettanto correttamente, la Corte territoriale ha affermato che l’imposizione della servitù coattiva di elettrodotto prevista dall’art. 119, R.D. n. 1775/1933 è oggetto del diritto potestativo di carattere privatistico ex art. 1032 c.c., anche ove siano scaduti i termini della dichiarazione di pubblica utilità e dell’autorizzazione all’impianto della linea, circostanza che rileva ai soli fini dell’imposizione della servitù in via espropriativa. È, altresì, preliminarmente opportuno puntualizzare che, nella fattispecie in esame, non si verte in tema di costitu-

zione di servitù di elettrodotto nell'ambito di un legittimo procedimento espropriativo (siccome non conclusosi nel prescritto termine né con un provvedimento di acquisizione sanante), ma in materia di servitù coattiva costituita giudizialmente (in accoglimento della domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta ENEL e seg.p.a. nel giudizio di primo grado) dopo che l'elettrodotto era stato realizzato in mancanza del necessario provvedimento ablativo e, quindi, illegittimamente. In quest'ultima ipotesi – ricorrente nel caso di cui si controverte – va condiviso l'indirizzo già delineatosi nella giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 22148/2010 e, da ultimo, Cass. n. 18577/2020, anche sulla base dei principi già affermati nella giurisprudenza costituzionale: v., ad es., sent. n. 442/1993), alla stregua del quale l'indennità di asservimento di un fondo, per l'imposizione su di esso di una servitù di elettrodotto (con sentenza costitutiva), deve tener conto anche del deprezzamento del fondo stesso ed essa va parametrata al valore venale del bene ed attribuita se siano dimostrate l'attualità del detto deprezzamento nonché l'oggettiva incidenza causale del vincolo imposto. La Corte territoriale, ha correttamente sostenuto che – sulla scorta dell'espletata c.t.u., dovendo tenersi conto, ai fini risarcitori (e non meramente indennitari), della natura dell'area interessata dall'occupazione, poi divenuta illegittima per effetto della mancata successiva tempestiva emissione dei necessari decreti di espropriazione, risultante all'atto della proposizione della domanda ed in conseguenza degli effetti permanenti prodottisi in dipendenza della realizzazione dell'impianto di elettrodotto, ma avendo riguardo anche alla incidenza sulle future concrete possibilità di sfruttamento del fondo – erano state congruamente determinate la superficie dell'area di quest'ultimo e le concrete destinazioni che la caratterizzavano, da cui era derivata la determinazione dell'effettivo valore del bene al quale rapportare il risarcimento dovuto. Orbene, sulla base dell'adeguata ricostruzione della vicenda fattuale, è emerso che, pur se al momento della emissione dei due decreti di occupazione d'urgenza, nel marzo e nell'agosto del 1987, da parte del Comune di Matelica, il fondo del M. aveva natura agricola, lo stesso, una volta decorso inutilmente il quinquennio per l'emanazione del conseguente decreto di espropriazione, era stato inserito, nel 1995, in un'area di interesse turistico, con il riconoscimento della possibilità di realizzare impianti sportivi, maneggio, agriturismo e parcheggio annesso, donde, per effetto dell'intervenuta esecuzione dell'elettrodotto, aveva intrapreso, con citazione del 1997, l'azione diretta all'ottenimento della condanna dell'allora ENEL al pagamento dell'indennità di occupazione d'urgenza, dell'indennizzo per la servitù e dell'importo a titolo di danno da deprezzamento del fondo. Sulla base di tale inquadramento la Corte territoriale ha ritenuto che avrebbe dovuto essere determinata una complessiva entità economica dipendente dalla diminuzione di valore totale o parziale del fondo interessato, distinguendo tra l'area assoggettata al transito per il servizio delle condutture e quella relativa alla superficie sottratta alla disponibilità del proprietario in conseguenza della esecuzione delle installazioni fisse e di altri manufatti. La Corte di appello ha evidenziato che il c.t.u. ha tenuto conto che il fondo di proprietà del M. ricadeva, sulla base delle previsioni del PRG vigente, parzialmente in zona agricola e per la restante parte in zona per attrezzature ricreative e di ristoro (identificata con la sigla PP6-NB6), risultando in concreto destinata alla realizzazione di un

maneggio con tutte le relative strutture necessarie al suo funzionamento, che ne aveva comportato l'assunzione di una destinazione sostanzialmente urbanistica. A tal proposito, il giudice di appello ha fatto corretta applicazione del principio – di carattere generale – statuito dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 7174/2013 e 6296/2014), alla stregua del quale, in materia di determinazione del risarcimento del danno per acquisizione sostanziale dei terreni ancorché non propriamente edificabili, deve essere applicata la regola di base, che impone di tenere conto delle obiettive ed intrinseche caratteristiche ed attitudini dell'area, in relazione alle utilizzazioni autorizzate dagli strumenti di pianificazione del territorio, con la conseguenza che il proprietario interessato può dimostrare, se del caso attraverso indagini tecniche (come, per l'appunto, verificatosi nel caso di specie), che il valore del fondo sia mutato o aumentato in conseguenza di una diversa destinazione del bene, suscettibile di sfruttamento ulteriore e diverso da quello agricolo, pur senza raggiungere livelli di edificabilità, abbia un'effettiva e documentata valutazione di mercato che rispecchia la possibilità di utilizzazioni intermedie tra l'agricola e l'edificatoria (quali parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti), utilizzazioni comunque assentite dalla normativa vigente anche con il conseguimento delle opportune autorizzazioni amministrative. Più recentemente (v. Cass. n. 25314/2017 e 6527/2019) è stato affermato, in sintonia con il principio appena evidenziato, che l'attuale sistema indennitario e risarcitorio è fondato sul valore venale del bene, applicabile non soltanto ai suoli edificabili, da ritenersi tali sulla base del criterio dell'edificabilità legale ma anche (e ciò anche per effetto dell'intervenuta sentenza della Corte cost. n. 181/2011), ai suoli inedificabili, assumendo rilievo per tale ultima categoria ai fini indennitari e risarcitori la possibilità di utilizzazioni intermedie tra l'agricola e l'edificatoria (parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative etc.) sempre che siano consentite dalla normativa vigente sia pure – come già posto in risalto – con il conseguimento delle autorizzazioni amministrative del caso. Pertanto, la Corte anconetana ha legittimamente recepito le conclusioni del c.t.u. che, al fine della individuazione del valore del bene, ha posto in evidenza il determinante fattore dell'inevitabile diminuzione di attrattiva verso l'attività agrituristica e della riduzione del valore dell'area con riferimento alla presenza dell'agriturismo e al rapporto funzionale tra lo stesso e la parte occupata dall'elettrodotto, congiuntamente all'altrettanto inevitabile svalutazione del fondo agricolo conseguente alla presenza dell'elettrodotto di alta tensione e connessa al rischio concretamente percepito dagli operatori del mercato fondiario. Inoltre, la stessa Corte ha correttamente considerato congruo, per il soddisfacimento del diritto creditorio del proprietario, il riferimento ai valori stabiliti per le zone omologhe destinate ad attività recettive e per la zona riguardante le attività ricreative, così pervenendo alla quantificazione del valore medio dell'area e al computo del suo conseguente complessivo deprezzamento.

Gli effetti. La Corte il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

■ Causa illecita per mercato di voto

Cassazione civile, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4701 – Pres. Cristiano – Est. Vella – L. I. A. C. – M. V.

Vendita – Preliminare di vendita – Condizione sospensiva – Omologazione di concordato preventivo – Del promittente venditore – Approvato – Con il voto del promissario acquirente – Nullità – Per illecità della causa (mercato di voto concordatario) – Esclusione

La questione: quando un accordo negoziale concluso tra il debitore concordatario ed uno dei creditori del concordato dà luogo a un negozio nullo per causa illecita costituita dal mercato di voto?

Il fatto. In data 15 novembre 1984, P. P., ammesso con decreto del Tribunale di Bari 13 agosto 1984 alla procedura di concordato preventivo (con gli assuntori M. P., A. M. P. e R. B.), promise in vendita a M. V. – sotto condizione sospensiva dell’omologa del concordato – tre immobili al prezzo di £ 540.000.000, di cui £ 185.597.000 da pagarsi in contante e £ 354.403.000 per compensazione con i crediti vantati dal V. verso il P., in parte a titolo personale (£117.651.000) e in parte quale cessionario dei crediti di M. G. (per £ 222.864.000) e G. D. (per £ 13.388.000). Il tutto “in previsione dell’esito favorevole della proposta di concordato al 50% e della conseguente urgenza per il Sig. P. e per gli assuntori suddetti di disporre delle somme necessarie al pagamento nei termini e tempi formulati nella proposta di concordato alienando all’uopo i cespiti immobiliari del Signor P. P.”. Dopo alterne vicende, la proposta di concordato fu omologata con sentenza della Corte d’appello di Bari del 13 giugno 1989, che passò in giudicato a seguito del rigetto del ricorso per cassazione. Con citazione del 20 dicembre 1991 il V. propose contro il P. domanda di esecuzione in forma specifica della promessa di vendita e risarcimento dei danni; alla causa venne riunita quella successivamente introdotta dal V., con citazione del 2 novembre 1992 nei confronti degli assuntori e dei cedenti G. e D., per l’accertamento dell’avvenuta cessione dei crediti di questi ultimi in proprio favore e per l’esecuzione della promessa di vendita; dopo la morte di P. P., i giudizi riuniti vennero riassunti dal V. nei confronti della vedova L. I. A. C. e degli altri eredi L. P. e P. P. (che rinunziarono all’eredità). Il Tribunale accolse la domanda *ex art.* 2932 c.c. e la C. propose appello, cui resistettero il V. e il G., mentre A.M.P. propose appello incidentale sostenendo, come la C., l’invalidità o inefficacia del preliminare di vendita. Gli altri appellati rimasero invece contumaci. La Corte di Bari accolse l’appello principale della C. e l’appello incidentale della P., ritenendo in particolare – con assorbimento delle ulteriori censure – che il contratto preliminare di vendita fosse nullo per illecità del motivo determinante comune alle parti, in quanto con esso il V. aveva ottenuto, in violazione della *par condicio creditorum*, l’integrale soddisfazione del proprio credito chirografario, a fronte della minore percentuale concordataria (63%) ottenuta dagli altri creditori, e ciò rappresentava l’obbiettivo del contratto preliminare, che diversamente non sarebbe stato stipulato. La decisione fu cassata con rinvio da questa Corte, su ricorso del V., con sent. n. 8541/2011, nella quale si ritenne che la Corte territoriale avesse disatteso l’orientamento “secondo cui il motivo illecito che, se comune ad entrambe le parti e determinante per la stipulazione, comporta la nullità del contratto, si identifica con una finalità vietata dall’ordinamento, poiché contraria a norma imperativa o ai principi dell’ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma

imperativa; onde l’intento delle parti di recare pregiudizio ad altri, ove non sia riconducibile ad una di tali fattispecie, non è illecito, non rinvenendosi nell’ordinamento una norma che sancisca in via generale, come per il contratto in frode alla legge, l’invalidità del contratto in frode dei terzi, ai quali, invece, l’ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall’altrui attività negoziale (Cass. S.U. 10603/1993). Nel caso di pregiudizio ai terzi creditori per violazione della *par condicio* nell’ambito di procedure concorsuali, la sanzione specifica prevista, nei congrui casi, dall’ordinamento è semmai l’inefficacia relativa o l’inopponibilità dell’atto ai creditori concorsuali, non certo la nullità (cfr., Cass. 20576/2010)”. Inoltre, si precisò che le ulteriori questioni della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative (art. 2744 c.c. o art. 233 L. fall.) o frode alla legge, presupponendo ulteriori accertamenti in fatto non contenuti nella sentenza impugnata, avrebbero dovuto essere riproposte ed esaminate nel giudizio di rinvio. Con la sentenza impugnata, la Corte d’appello di Bari, quale giudice di rinvio, ha (tra l’altro): *i*) rigettato l’appello proposto dalla C. e accertato l’avvenuta cessione dei crediti con scritture private del 15 novembre 1984, ritenendo irrilevante il fatto che il cessionario V. e i cedenti G. e D. avessero votato autonomamente in sede concordataria, dovendosi ciò spiegare “con la volontà dei tre sottoscrittori di portare ad esito positivo il concordato, in modo da realizzare la condizione sospensiva contenuta nel contratto preliminare, ed ottenere il soddisfacimento dei propri interessi”; *ii*) escluso la nullità del contratto preliminare del 15 novembre 1984 per l’insussistenza della fattispecie penale di cui all’art. 233 L. fall. (“mercato di voto”), ai cui fini “occorre che il creditore si obblighi a votare in una determinata maniera per un corrispettivo particolare, che ne costituisca la causa (cosa non verificatasi nel caso di specie, in cui il creditore, anche attraverso la cessione di crediti altrui, ha corrisposto una somma rilevante di denaro, servita al debitore per soddisfare gli altri creditori)”, mentre “la convenzione collaterale al concordato, benché stipulata con intento speculativo, non può di per sé considerarsi illecita, non essendovi prova che attraverso di essa sia stata effettuata una sottrazione di beni al fallimento, o si sia verificato un mercato di voto o sia stata realizzata una violazione della *par condicio creditorum*”. Avverso detta decisione la C. propone ricorso per cassazione affidato a due motivi, cui il V. resiste con controricorso.

La decisione. Con il primo motivo si deduce violazione degli artt. 1343, 1362 e 1418 c.c., nonché 233 L. fall., per avere la corte d’appello escluso la nullità del contratto per illecità della causa in riferimento al reato di “mercato di voto”, quando era invece evidente come il V. si fosse impegnato a votare a favore della proposta di concordato

in quanto titolare – in forza di cessioni di crediti stipulate nella stessa data del preliminare – di “gran parte dei crediti concorrenti”, con il significativo vantaggio di portare in compensazione i propri crediti di £ 354.403.000 in misura integrale, piuttosto che con la falcidia del 50% (poi migliorata al 63%) prevista per i restanti chirografari. Il secondo mezzo denuncia la violazione dell’art. 132, n. 4, c.p.c., a fronte di una motivazione “perplessa e manifestamente illogica”, poiché la Corte territoriale, per escludere l’illiceità ex art. 233 L. fall., si limita ad affermare che non ne ricorrono i presupposti “in assenza di una stipula di vantaggi con un fallito, nell’interesse del fallito ed a proprio favore, per dare il suo voto nel concordato”, quando invece la Cassazione avrebbe chiarito che per il cd. mercato di voto “occorre che il creditore si obblighi a votare in una determinata maniera per un corrispettivo particolare, che ne costituisca la causa”. I due motivi, da esaminare congiuntamente in quanto connessi, non possono trovare accoglimento, anche se la motivazione della sentenza impugnata va corretta ai sensi dell’art. 384 ult. comma, c.p.c. Orbene, il tessuto motivazionale della sentenza impugnata non presenta i suddetti vizi, pur soffrendo di una certa ellitticità che merita di essere integrata, alla luce delle risultanze di causa. Il nucleo argomentativo censurato risiede nell’esclusione, dagli accordi stipulati tra il creditore V. e il debitore concordatario P., di un “corrispettivo particolare” per il primo che abbia costituito la causa della sua espressione del voto (tale da integrare la fattispecie penale del “mercato di voto”), sul duplice rilievo: i) che “i) creditore, anche attraverso la cessione di crediti altrui, ha corrisposto una somma rilevante di denaro, servita al debitore per soddisfare gli altri creditori”; ii) che “la convenzione collaterale al concordato, benché stipulata con intento speculativo, non può di per sé considerarsi illecita, non essendovi prova che attraverso di essa sia stata effettuata una sottrazione di beni al fallimento, o si sia verificato un mercato di voto o sia stata realizzata una violazione della *par condicio creditorum*”. Il secondo rilievo – che rappresenta la pedissequa trascrizione di parte di una decisione massimata (Cass. n. 2511/1975) afferente la diversa fattispecie in cui, nell’ambito di un concordato fallimentare, il fideiussore si era reso cessionario di un credito – appare per un verso non pertinente e per altro verso tautologico, ma ne va valorizzato il profilo della mancanza di prova del “mercato di voto”. Il primo – fondato sul precedente per cui “La convenzione con la quale il creditore si impegna a desistere dall’insinuazione al passivo fallimentare per effetto di un nuovo regolamento del rapporto creditorio non integra il reato di mercato di voto previsto dall’art 233 R.D. n. 267/1942, che ricorre solamente quando, per un corrispettivo particolare che ne costituisce la causa, il creditore si obblighi a votare in una determinata maniera, ovvero, ove trattisi di creditore non avente diritto al voto, a rinunciare al diritto di prelazione, sempre per votare in una determinata maniera” (Cass. n. 3763/1980) – merita invece di essere meglio esplicitato. L’art. 236, 2° comma, n. 4, L. fall., stabilisce che, “nel caso di concordato preventivo”, le disposizioni di cui agli artt. 232 e 233 L. fall. “si applicano ai creditori”. Nel lungo corso del presente giudizio, questa Corte ha già escluso, con la sentenza n. 8541/2011, che l’even-

tuale intento delle parti di recare pregiudizio ai terzi creditori, mediante accordi che violino la *par condicio* nell’ambito di procedure concorsuali, non integra la nullità del contratto, poiché, a differenza dal contratto in frode alla legge, per il contratto in frode a terzi l’ordinamento allestisce altri rimedi, tra i quali l’inefficacia relativa o l’impopponibilità dell’atto ai creditori concorsuali (cfr. Cass., Sez. un. n. 10603/1993; Cass. n. 20576/2010). Non può quindi essere nuovamente messa in discussione in questa sede la (non) rilevanza, ai fini auspicati dalla ricorrente, del vantaggio economico conseguito dal V. rispetto agli altri creditori – quanto alla percentuale di soddisfacimento dei rispettivi crediti (100% a fronte del 63%) – peraltro frutto di più articolate pattuizioni in forza delle quali il V. si è reso cessionario di crediti concordatari (con conseguente “alleggerimento” della massa passiva) che ha poi utilizzato, insieme al proprio, per pagare, mediante compensazione, parte del prezzo dovuto al P. per la vendita promessa di alcuni immobili. Peraltro, tale complesso di accordi non ha inficiato la procedura di concordato, che si è conclusa con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione. L’ulteriore affermazione del giudice *a quo* circa la mancanza di prova che, attraverso codesta convenzione collaterale al concordato, sia pure di carattere speculativo, si sia verificato un “mercato di voto”, va infine letta alla luce delle risultanze del relativo procedimento penale, conclusosi il 31 dicembre 1997 con decreto di archiviazione del G.I.P. di Bari perché “il fatto non sussiste”, del cui contenuto si dà in parte atto a pag. 10 della sentenza impugnata, e che è stato più ampiamente (e incontestatamente) trascritto a pag. 16 del controricorso e a pag. 8 della memoria del controricorrente. Da tali complessive risultanze processuali emerge dunque che in sede penale venne accertato, tra l’altro: i) che “gli accordi di cui alla scrittura del 15.11.84 furono il frutto di una libera trattativa”, caratterizzata dall’interesse del V. “di massimizzare il soddisfacimento dei propri crediti” e da quello del P. “di minimizzare gli effetti delle proprie difficoltà economiche”, “il tutto nell’ambito di convergenze di tipo transattivo”; ii) che “il prezzo convenuto era da considerarsi equo se non addirittura maggiorato rispetto al valore indicato nel bilancio concordatario”; iii) che alle “lunghe, complesse ed elaborate trattative di natura transattiva” partecipò personalmente il “fratello avvocato V. M. P., il quale disponeva del completo arsenale tecnico e professionale per tutelare il suo familiare”. Gli elementi che precedono danno consistenza alla conclusione della Corte territoriale per cui non si trattò di un accordo avente ad oggetto la promessa del voto favorevole in cambio di vantaggi indebiti per il creditore (s’intende, ulteriori rispetto al vantaggio “speculativo” di cui si è già detto), poiché la fattispecie penale richiede che si tratti di vantaggio ad esclusivo interesse del creditore e che esso costituisca l’unica ragione in base alla quale questi si determini a votare in un certo modo in sede concordataria. Al rigetto del ricorso segue la condanna alle spese in favore del controricorrente, liquidate in dispositivo.

Gli effetti. La Corte il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Privacy

Cassazione civile, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 4690 – Pres. De Chiara – Est. Caradonna – E.M. – Il G. S.p.A.

Protezione dei dati personali (privacy) – Personalità (Diritti della) – Riservatezza – Tutela – Informazione – Fatti di violenza sessuale – Diffusione delle generalità della vittima – Legittimità – Art. 8 del Cod. deont. giornalisti – Verifica – Necessità

La questione: la pubblicazione delle generalità della persona offesa è essenziale ai fini dell'informazione?

Il fatto. Con ricorso depositato in data 3 marzo 2014, E. M. chiedeva il risarcimento dei danni alla società Il G. S.p.a., stimato nella somma di euro 5.000,00, perché il quotidiano aveva pubblicato, nell'edizione del giorno 22 dicembre 2012, un articolo, a firma del giornalista V. B., che riferiva, oltre che dell'arresto del marito per il reato di maltrattamenti in famiglia e violenza sessuale, anche le generalità complete della medesima ricorrente. Il Tribunale, con la sentenza in questa sede impugnata, rigettava la domanda attrice affermando che la divulgazione era essenziale ed indispensabile, atteso che si trattava di maltrattamenti e violenza sessuale commessi dal marito in danno della moglie e che non erano richiesti né il consenso del titolare, né l'autorizzazione del Garante. Avverso la sentenza E. M. ha presentato ricorso per cassazione, fondato su quattro motivi. Il G. S.p.a. ha notificato controricorso.

La decisione. Con il primo motivo E. M. lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'omessa applicazione dell'art. 734 *bis* c. p. che stabilisce che è vietato a chiunque divulgare, anche attraverso mezzi di comunicazione di massa, le generalità o l'immagine della persona offesa senza il suo consenso. Il motivo è infondato. Invero, il divieto previsto dall'art. 734 *bis* c. p., sanzionato penalmente, è superabile se la diffusione a mezzo stampa delle notizie costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca, condizionato all'esistenza dei seguenti presupposti: la verità sostanziale della notizia pubblicata; la pertinenza (interesse pubblico alla conoscenza del fatto); la continenza (correttezza formale dell'esposizione) (Cass. n. 12358/2006). L'esercizio del diritto di cronaca non è, quindi, idoneo a configurare una violazione del divieto di pubblicazione di atti processuali, anche se in conflitto con diritti e interessi della persona, qualora si accompagni ai parametri dell'utilità sociale alla diffusione della notizia, della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato (Cass. n. 4603/2008). Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'omessa applicazione degli artt. 137 e 2, D.Lgs. n. 196/2003, che impongono al giudice di temperare l'essenzialità dell'informazione con il rispetto dei diritti e delle libertà di cui al comma 1, nonché della dignità dell'interessato. Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'omessa applicazione dell'art. 8 del Cod. deontologico dei giornalisti, che stabilisce che il giornalista non fornisce notizie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona, né si sofferma su dettagli di violenza, a meno che ravvisi la rilevanza sociale della notizia. I motivi, che vanno trattati unitariamente perché attengono alla medesima questione della dignità della persona come limite insuperabile nell'esercizio dell'attività giornalistica, sono infondati. Ed invero, la dignità della vittima è un diritto fondamentale della per-

sona che trova il suo riconoscimento nell'art. 2 Cost. e, in quanto, tale, è una situazione giuridica soggettiva inviolabile. E tuttavia, la dignità umana, in un'ottica di comparazione con il diritto di manifestazione del pensiero, pure tutelato dalla Costituzione, all'art. 21, può subire un "ridimensionamento" quando l'esercizio del diritto di cronaca resta nei limiti segnati dal legislatore, che, operando una valutazione a monte, ha previsto, come requisito legittimante la condotta del giornalista il requisito dell'essenzialità dell'informazione il cui accertamento spetta al giudice di merito. La dignità dell'interessato che, ai sensi degli artt. 3, 1° comma, prima parte, e 2 Cost., è da considerare valore sommo a cui è ispirata anche la legislazione sul trattamento dei dati personali (Cass. n. 18981/2013) non può, quindi, essere lesa dall'esercizio del diritto di cronaca eccedente rispetto alla finalità dell'informazione in ragione della non essenzialità del dato relativo alla generalità della vittima del reato. Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 132, primo comma, n. 4), c.p.c., per motivazione meramente apparente, palesemente contraddittoria e, in definitiva, inesistente. Il motivo è fondato. È utile premettere che l'art. 137 del Cod. in materia di protezione dei dati personali approvato con D.Lgs. n. 196/2003, nel sottrarre al consenso dell'interessato il trattamento di dati personali effettuato nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità (comma secondo), prevede che in caso di diffusione e comunicazione dei dati restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'art. 2, tra i quali è compreso il diritto all'identità personale e, in particolare, il limite non già del mero interesse pubblico, ma quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico (3° comma) (Cass. n. 15360/2015). Tali limiti devono essere integrati con quelli previsti dal Cod. deontologico dei giornalisti, approvato dal C. N. dell'Ordine nelle sedute del 26 e 27 marzo 1998, al quale questa Corte ha già avuto modo di riconoscere valore di fonte normativa, in quanto richiamato dal D.Lgs. n. 196/2003 e pubblicato nella Gazz. uff., e dal cui rispetto gli iscritti all'Ordine non possono quindi prescindere, perché la relativa violazione non solo li esporrebbe all'applicazione di sanzioni disciplinari da parte del Cons. dell'Ordine competente, ma potrebbe essere anche fonte di responsabilità civile sia per l'autore che per la sua testata (Cass. n. 17408/2012; Cass. pen., n. 16145/2008). Orbene, in tema di tutela della dignità della persona l'art. 8 del Cod. deontologico dispone che, salva l'essenzialità dell'informazione, il giornalista non fornisce notizie o pubblica immagini o fotografie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona, né si sofferma su dettagli di violenza, a meno che ravvisi la rilevanza sociale della notizia o dell'immagine. L'accertamento della legittimità della diffusione della notizia è un'indagine che va condotta caso per caso, nel rispetto sia dei parametri del diritto di cronaca

e dell'essenzialità della diffusione della notizia, sia dei parametri specifici fissati dall'art. 8 del Cod. deontologico e ciò a presidio della tutela della dignità umana (Cass. n. 15360/2015, cit.; Cass. n. 7755/2015; Cass. n. 27381/2013). La verifica, quindi, deve accertare se la pubblicazione delle generalità della persona offesa sia essenziale ai fini dell'informazione. A conclusioni non diverse deve pervenirsi in riferimento alla fattispecie in esame, nella quale il profilo dell'essenzialità della diffusione delle generalità della persona offesa ai fini dell'informazione fornita a mezzo stampa è stato completamente trascurato, con la conseguente pretermissione di ogni accertamento anche in ordine alla conseguente necessità della rivelazione dell'identità personale ai fini della completezza della notizia. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto la sussistenza di tutti i requisiti, ivi compreso quello dell'essenzialità della divulgazione, "atteso che si trattava di maltrattamenti e violenza sessuale commessi dal marito in danno della moglie". Diversamente, il Tribunale doveva argomentare sulla circostanza se le generalità della persona offesa avessero o meno una rilevanza pregnante nella vicenda e se la citazione delle generalità della persona offesa fosse eccedente rispetto all'esigenza

di informare sulla vicenda in questione, oppure se lo stesso scopo si sarebbe potuto ottenere senza le generalità complete che nulla avrebbero tolto al valore della notizia. Del tutto priva di significato, invece, ai fini della valutazione di cui trattasi, appare l'unica argomentazione offerta dalla sentenza impugnata, ossia il riferimento alla circostanza che la ricorrente non abbia contestato al giornalista di avere scritto per esteso il nome e il cognome del colpevole, poiché anche così il lettore avrebbe potuto agevolmente individuare la moglie persona offesa. In conclusione, la decisione impugnata va cassata con rinvio al Tribunale di Venezia in diversa composizione, affinché motivi sulla sussistenza o meno del requisito della essenzialità della indicazione delle generalità della vittima e provveda, altresì, sulle spese del giudizio di legittimità.

Gli effetti. La Corte accoglie il quarto motivo di ricorso; rigetta il primo, il secondo e il terzo motivo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia al Tribunale di Venezia, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Provvigione

Cassazione civile, Sez. VI-2, 19 febbraio 2021, n. 4644 – Pres. Lombardo – Est. Criscuolo – V.T. e altro – V.I. e altro.

Mediazione – Provvigione – Diritto del mediatore – Presupposto – Nesso di causalità tra l'attività svolta e la conclusione dell'affare – Sufficienza – Affare proposto al padre e concluso dal figlio – Solidarietà – Esclusione

La questione: se l'affare (una compravendita) si sia concluso tra parti diverse da quelle cui è stato proposto, allorché vi sia un legame, anche se non necessariamente di rappresentanza, tra la parte alla quale il contratto fu originariamente proposto e quella con la quale è stato successivamente concluso, il pagamento della provvigione è dovuto da entrambi?

Il fatto. V. T. proponeva opposizione, dinanzi al Giudice di Pace di Tricase, avverso il decreto ingiuntivo n. 237/11, con il quale gli veniva ingiunto il pagamento di C 4.335,00, in favore della società S. S. M. in persona del titolare V. I., a titolo di provvigione per l'attività di intermediazione svolta dalla società. La pretesa si fondava su una dichiarazione sottoscritta con la quale V. T. si obbligava a versare alla società S. S. M. la provvigione di euro 3.500,00, per l'attività di intermediazione svolta, contestualmente alla sottoscrizione della proposta di acquisto immobiliare dell'8 marzo 2010, con la quale lo stesso proponeva di acquistare un terreno di proprietà dei coniugi A. – N. per il prezzo di euro 125.000,00. Con atto per notar P. del 5 ottobre 2010 l'immobile oggetto della proposta di acquisto era stato poi venduto a D. T., figlio di V. T. V. T. si opponeva al decreto ingiuntivo evidenziando di aver sottoscritto tre proposte di acquisto con la società intimante: la proposta del 6 marzo 2010 per l'acquisto del terreno di proprietà A. – N. per l'importo di euro 125.000,00, non accettata dai venditori per l'incongruità del prezzo offerto; la proposta dell'8 marzo 2010 per il medesimo bene ma per l'importo di euro 126.500,00, con contestuale sottoscrizione della dichiarazione di riconoscimento della provvigione per euro 3.500,00 da versare entro 40 giorni dall'avvenuta accettazione; la proposta del 30 maggio 2010 per l'acquisto di un diverso terreno di proprietà E. – V. In sintesi, entrambe le proposte riguardanti il terreno di proprietà A. – N. non avevano avuto esito positivo, la prima perché rifiutata, la

seconda perché non era pervenuta alcuna accettazione nel termine di 15 giorni previsto dalla proposta irrevocabile. Affermava di nulla dovere alla società a titolo di provvigione, a fronte della revoca dell'incarico all'agenzia immobiliare ed alla mancata conclusione dell'affare, essendo D. T. estraneo all'operazione economica, tant'è che l'acquisto di quest'ultimo era antecedente all'ultima proposta di acquisto intervenuta tra V. T. e la società. Si costituiva la società asserendo di aver messo in contatto il venditore con il futuro acquirente e per ciò solo di aver diritto alla provvigione, chiedeva, quindi, di chiamare in causa D. T., il quale si era obbligato a corrispondere al mediatore una provvigione pari al 3% del prezzo di acquisto del terreno, affinché fosse condannato in solido con il padre al pagamento della somma di euro 3.500,00, ovvero nella diversa misura del 3% sul prezzo pattuito. Si costituiva D. T. che rilevava la sua estraneità al rapporto controverso, non avendo mai formulato alcuna proposta di acquisto con la società S. S. M., né sottoscritto alcuna dichiarazione di impegno al pagamento della provvigione, non rilevando a tal fine le schede di visita del 4 febbraio 2010 e del 12 febbraio 2010, trattandosi di formulari prestampati in cui era espressamente escluso il compenso per il servizio, nonché riguardando immobili diversi da quello oggetto della controversia. Precisava che l'affare concluso con A. L. era avvenuto senza l'intervento della S. S. M., bensì grazie all'intervento del legale del venditore. Il Giudice di Pace di Tricase, con la sentenza n. 493/2016 del 18 novembre 2016, accoglieva

l'opposizione e revocava il decreto ingiuntivo, con condanna della soccombente al pagamento delle spese di lite. Riggettava la domanda nei confronti di D. T., sul rilievo che difettassero le ragioni di connessione che avrebbero legittimato la chiamata in causa del terzo, rispetto al quale la società aveva avanzato domande del tutto autonome rispetto a quella originaria. Sin dalla domanda monitoria, la società avrebbe dovuto chiedere la condanna in solido dei due debitori, altrimenti la domanda non poteva essere estesa nei confronti di D. T. Nel merito, secondo il Giudice di Pace, la visione dell'immobile da parte di D. T. era ascrivibile ad una sua nuova ed autonoma iniziativa, e comunque l'attività della società non aveva rilievo a fronte del notevole lasso di tempo di circa sette mesi intercorso tra la visita dell'immobile e la conclusione dell'affare, nonché a fronte dell'ammissione di V. I., in sede di interrogatorio formale, che nulla T. D. dovesse alla società. La sola visita dell'immobile e la scheda visita non erano elementi sufficienti a ritenere che la società avesse concorso, con la sua attività di mediazione, a determinare la conclusione dell'affare. Quanto alla posizione di V. T., il Giudice di Pace evidenziava che la dichiarazione sottoscritta in data 8 marzo 2010 con cui V. T. si impegnava a versare a titolo di provvigione la somma di euro 3.500,00 era sottoposta alla condizione dell'accettazione, non verificatasi, essendo stato l'affare concluso tra soggetti diversi. Proponeva appello V. I., in proprio e quale legale rappresentante della società S. S. M., lamentando la violazione dell'art. 1755 c.c. e l'errore della sentenza nella parte in cui aveva riggettato la domanda nei confronti del terzo chiamato, sussistendo una ragione di connessione per identità di *causa petendi*. Il Tribunale di Lecce, con la sentenza n. 2502/2018 pubblicata il 3 luglio 2018, accoglieva l'appello e condannava V. e D. T., in solido fra loro, al pagamento dell'importo di euro 2.928,00 in favore di V. I. e della società S. S. M. Il Tribunale, valutate le schede di visita dell'immobile (del 4 febbraio 2010 e del 13 febbraio 2010) viste da D. T., nonché la mancata accettazione delle proposte formulate da V. T. il 6 marzo 2010 e l'8 marzo 2010, riteneva comunque maturato il diritto della società alla provvigione, in virtù della mera segnalazione dell'affare, provvigione che era quantificata nella somma di euro 2.928,00, pari al 3% del prezzo pattuito. Escludeva a tal fine la rilevanza, ai fini della misura del compenso, della dichiarazione datata 8 marzo 2010 e sottoscritta da V. T., perché relativa alla proposta di acquisto non accettata. V. e D. T. propongono ricorso per la cassazione della sentenza del Tribunale di Lecce, sulla base di due motivi, illustrati da memorie. La società S. S. M. in persona del legale rappresentante V. I. resiste con controricorso.

La decisione. Con il secondo motivo (che si rivela in parte fondato, a differenza del primo), i due ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 1755 e 1292 c.c. Rispetto alle censure relative alla debenza della somma a titolo di provvigione e al vincolo di solidarietà, preme osservare che, se la sentenza del Tribunale correttamente ha accertato il diritto del mediatore alla provvigione, tuttavia è incorsa in errore nella parte in cui ha ritenuto che vi fosse una responsabilità solidale tra T. V. e T. D. Questa Corte ha ripetutamente affermato che il diritto alla provvigione sorge tutte le volte

in cui la conclusione dell'affare sia in rapporto causale con l'attività intermediatrice, senza che sia richiesto un nesso eziologico diretto ed esclusivo tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare, essendo sufficiente, che il mediatore – pur in assenza di un suo intervento in tutte le fasi della trattativa ed anche in presenza di un processo di formazione della volontà delle parti complesso ed articolato nel tempo – abbia messo in relazione le stesse, sì da realizzare l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto, secondo i principi della causalità adeguata. (Cass., Sez. 2, n. 869/2018; Cass., Sez. 3, n. 25851/2014, conf. a Cass., Sez. 3, n. 28231/2005; Cass., Sez. 3, n. 3438/2002). Ed ha ritenuto che, per il riconoscimento del diritto alla provvigione, non rileva se l'affare si sia concluso tra le medesime parti o tra parti diverse da quelle cui è stato proposto, allorché vi sia un legame, anche se non necessariamente di rappresentanza, tra la parte alla quale il contratto fu originariamente proposto e quella con la quale è stato successivamente concluso, tale da giustificare, nell'ambito dei reciproci rapporti economici, lo spostamento della trattativa o la stessa conclusione dell'affare su un altro soggetto (Cass., Sez. 3, n. 8126/2009; Cass., Sez. 3, n. 20549/2004). È stato poi specificato che il diritto del mediatore alla provvigione consegue non alla conclusione del negozio giuridico, ma dell'affare, inteso come qualsiasi operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio fra le parti, anche se articolata in una concatenazione di più atti strumentali, purché diretti nel loro complesso a realizzare un unico interesse economico, anche se con pluralità di soggetti. Sicché, la condizione perché sorga il diritto alla provvigione è l'identità dell'affare proposto con quello concluso, che non è esclusa quando le parti sostituiscano altri a sé nella stipulazione conclusiva, sempre che vi sia continuità tra il soggetto che partecipa alle trattative e quello che ne prende il posto in sede di stipulazione negoziale. E, dunque, nel caso in cui il soggetto intermediato sostituisca altri a sé nella stipulazione del contratto, debitore della provvigione resta pur sempre la parte originaria, essendo costei la persona con cui il mediatore ha avuto rapporti (Cass., Sez. 2, n. 6552/2018; Cass., Sez. 3, n. 8407/2015; Cass., Sez. 3, n. 8850/2001). Nel caso in esame, secondo la sentenza impugnata sarebbe ravvisabile quel requisito di continuità che deve legare la parte che partecipa alle trattative e quella che l'ha sostituita in sede di stipulazione negoziale, essendo queste legate da un vincolo di parentela. Ne consegue però che il fatto che il Tribunale abbia condannato T. V. e T. D., in solido, al pagamento della provvigione configura un vizio di falsa applicazione della legge, gravando l'obbligazione di pagamento della provvigione unicamente su T. V., parte originaria del rapporto. La sentenza impugnata deve quindi essere cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio al Tribunale di Lecce, in persona di diverso magistrato, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Gli effetti. La Corte accoglie il secondo motivo, e riggettato il primo motivo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per le spese del presente giudizio, al Tribunale di Lecce, in persona di diverso magistrato.

Recentissime | **Cassazione civile**

Ristrutturazione dei debiti

Cassazione civile, Sez. VI-1, 18 febbraio 2021, n. 4270 – Pres. Scaldaferrì – Est. Terrusi – M.F – Organismo di Composizione della crisi da sovraindebitamento designato nella persona dell'avv. L. P.

Procedure concorsuali – Accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento – Del debitore non fallibile – Accordo di ristrutturazione dei debiti – Anche erariali prelatizi – Falcidia – Possibilità – Affermazione

La questione: il piano di ristrutturazione dei debiti, proposto dal debitore non fallibile, è omologabile dal Tribunale anche in esso si prevede la falcidia dei crediti fiscali privilegiati (oltre che di quelli chirografari)?

Il fatto. M. F. ricorre per cassazione contro il decreto col quale il Tribunale di Roma ne ha respinto il reclamo avverso il diniego di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi degli artt. 7 e 9, L. n. 3/2012; l'O.C.C., in persona del professionista designato avv. P., non ha svolto difese. Dal decreto si evince che la proposta di accordo aveva contemplato la falcidia dei crediti erariali privilegiati diversi dall'Iva, con pagamento in misura dell'8% del totale e la riduzione al chirografo della parte residua, e inoltre il pagamento generale dei crediti chirografari al 7%. Il tribunale ha respinto il reclamo ritenendo ostativa la prevista falcidia dei crediti privilegiati, a prescindere dalla prospettata precedenza temporale dei pagamenti a essi riferibili.

La decisione. Con l'unico motivo il ricorrente si duole della pronuncia perché la ritiene assunta in violazione o falsa applicazione degli artt. 1, 3, 4 Cost., 2740 e 2741 c. c., 8, 11, e 12 L. n. 3/2012; in sintesi, sostiene non essersi considerata, da un lato, l'evoluzione del quadro giurisprudenziale in materia, teso a consentire (dopo Corte giust., 7 aprile 2016, causa C-546/14) anche per il concordato preventivo il pagamento parziale del debito Iva, ove migliore rispetto al trattamento ottenibile nell'ambito del fallimento; e dall'altro che nella concreta fattispecie il piano di ristrutturazione aveva rappresentato l'importo massimo recuperabile dal debitore nelle condizioni date, non esistendo alcun patrimonio liquidabile ed essendo invece il parziale pagamento dei crediti dipendente dalla sola possibilità del debitore di continuare a lavorare. Il ricorso è manifestamente fondato: il tribunale di Roma ha respinto il reclamo ritenendo che il piano proposto, "nel prevedere la soddisfazione parziale dei crediti privilegiati e di crediti in origine chirografari, viola pertanto le posizioni dei creditori privilegiati, ed è quindi inammissibile per manifesta ragione attinente alla relativa fattibilità giuridica"; tale affermazione, argomentata con riferimento ai principi in materia di privilegio generale operanti indistinta-

mente su tutti i beni del debitore, è in contrasto con la previsione dell'art. 7, L. n. 3/2012 come modificata dall'art. 18 del D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012, la quale consente di predisporre la proposta con soddisfacimento non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca; ben vero questa Corte ha già avuto modo di riconoscere una tal possibilità, a condizione che dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi (v. Cass. n. 26328-16); il tenore della normativa dettata per l'accordo di composizione della crisi del debitore non fallibile conforta l'orientamento, essendo stabilita la generale falcidiabilità dei crediti tributari, privilegiati e chirografari; occorre precisare che, nella sua stesura originaria, la norma escludeva la falcidia in riferimento al regime dell'Iva (oltre che per gli altri crediti descritti dalla disposizione), e in ciò costituiva il principale tratto di differenziazione rispetto al regime del concordato preventivo; codesto tratto di differenziazione è stato infine eliminato per effetto della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 7, primo comma, terzo periodo, della L. 27 gennaio 2012, n. 3, giustappunto "limitatamente alle parole: 'all'imposta sul valore aggiunto'" (v. Corte cost. n. 245-19); nella fattispecie neppure è necessario indugiare su codesto aspetto, poiché il tribunale ha premesso che l'accordo aveva prospettato la falcidia dei privilegiati crediti erariali "diversi da quelli relativi all'Iva"; ne segue che il decreto deve essere cassato.

Gli effetti. La Corte accoglie il ricorso, cassa il provvedimento impugnato e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, al Tribunale di Roma.

Condominio: esclusione negoziale della vendita delle parti comuni

Cassazione civile, Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1610 – Pres. Manna – Est. Dongiacomo – P.M. Capasso (diff.) – G.S. e altro – A.Z e altri in qualità di eredi di C.S.

Comunione e condominio – Condominio degli edifici – Parti comuni – Alienazione – Diritti dei condòmini – Vendita di un appartamento – Clausola di esclusione dalla vendita di alcune parti comuni – Nullità

La questione: è valida la clausola, contenuta nel contratto di vendita di un'unità immobiliare di un condominio, con la quale viene esclusa dal trasferimento la proprietà di alcune delle parti comuni?

Il fatto. Il Tribunale di Udine, con sentenza del 9 novembre 2012, ha respinto la domanda con la quale G. S. e A. S., e cioè gli attuali ricorrenti, avevano chiesto di dichiarare la nullità della clausola – contenuta tanto nel contratto di

vendita stipulato in data 21 marzo 1989 tra il venditore C. S. e la compratrice (e sua madre) M. T., quanto nel contratto in data 8 giugno 1989 tra la venditrice M.T. ed i compratori G. S. e A. S., figlio e nuora della stessa –

secondo la quale, nelle porzioni immobiliari compravendute, non era compresa la quota del 50% del cortile e della centrale termica, compensando le spese di lite. G. S. e A. S., hanno proposto appello sul rilievo, innanzitutto, che la centrale termica e il cortile, in forza dell'atto di divisione del 23 dicembre 1975, che aveva costituito il condominio, erano stati considerati come beni comuni e, come tali, inalienabili senza il consenso di tutti i comproprietari delle unità residenziali del fabbricato principale, ed, in secondo luogo, che sia la centrale elettrica, che il cortile erano incorporati in modo essenziale alle residenze. C. S., dal suo canto, per quanto ancora rileva, ha resistito al gravame. La Corte d'appello, con la sentenza in epigrafe, ha rigettato l'appello. La Corte, in particolare, dopo aver premesso che l'appellante aveva dedotto che la centrale termica era stata usucapita da G. S. e che tale circostanza non è stata contestata nella memoria di replica della controparte, per cui, ha aggiunto, "di tale entità non vi è interesse a discutere", ha, innanzitutto, ritenuto che il cortile comune non poteva essere stato trasferito in ragione dell'espressa dichiarazione di riserva e del noto principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* per cui la proprietà del cortile è e resta comune, non ravvisandosi un interesse contrario. Del resto, ha aggiunto la corte, "gli appartamenti hanno un'autonoma consistenza, con accesso al fronte strada", trovando, quindi, applicazione il principio per cui, in tema di rinuncia di un condomino al diritto sulle cose comuni, vietata dall'art. 1118 c.c., la cessione della proprietà esclusiva non può essere separata dal diritto sui beni comuni soltanto quando le cose comuni e i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva siano, per effetto di incorporazione fisica, indissolubilmente legate le une alle altre oppure nel caso in cui, pur essendo suscettibili di separazione senza pregiudizio reciproco, esista tra di essi un vincolo di destinazione che sia caratterizzato da indivisibilità per essere i beni condominiali essenziali per l'esistenza ed il godimento delle proprietà esclusive: viceversa, qualora i primi siano semplicemente funzionali all'uso e al godimento delle singole unità, queste ultime possono essere cedute separatamente dal diritto di condominio sui beni comuni, con la conseguenza che, in tal caso, la presunzione di cui all'art. 1117 c.c. risulta superata dal titolo. G. S. e A. S., con ricorso notificato in data 25 marzo 2016, hanno chiesto, per quattro motivi, la cassazione della sentenza della corte d'appello, dichiaratamente non notificata. A. Z., E. S., L. S. e F. S., in qualità di eredi di C. S., hanno resistito con controricorso.

La decisione. Con il primo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione degli artt. 1362 e segg., 1419 e 1117 e segg. c.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che il cortile comune non era stato trasferito in conseguenza della espressa dichiarazione di riserva, della quale era stata chiesta la dichiarazione di nullità. La corte, in effetti, hanno osservato i ricorrenti, ha fatto esclusivo riferimento al contratto del 21 marzo 1989, che contiene la riserva in favore del venditore C.S. del 50% della centrale termica e del cortile, ma non all'atto di divisione del 1975, pur trattandosi dell'atto che ha costituito il condominio e che ha indicato chiaramente il cortile (censito in catasto) e la centrale termica tra i beni comuni del fabbricato residenziale, all'epoca in comproprietà tra C. S. e G. S..La riserva di proprietà di tali beni comuni, pertanto, hanno proseguito i ricorrenti, per essere

valida, avrebbe dovuto essere approvata da G. S., quale proprietario del primo piano residenziale e delle relative parti comuni. Per mutare la natura di bene comune del cortile, infatti, è necessario il consenso di tutti i condomini per cui il singolo condomino che cede la porzione di piano di sua esclusiva proprietà non può riservare a sé il diritto di comproprietà sulle cose comuni. La clausola, contenuta nel contratto di vendita di un'unità immobiliare di un condominio, con la quale viene esclusa dal trasferimento la proprietà di alcune delle parti comuni, hanno concluso i ricorrenti, è, del resto, nulla, poiché con essa si intende attuare la rinuncia di un condomino alle predette parti, vietata dal capoverso dell'art. 1118 c.c. Con il secondo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione degli artt. 817 e 818, 1362 e segg., 1419 e 1419 c.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che il cortile comune non può essere stato trasferito in conseguenza del noto principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. La corte d'appello, però, così facendo, non ha considerato che la nullità della clausola che ha escluso dalle relative vendite la quota pari al 50% della centrale termica e del cortile, pur trattandosi di parti comuni inscindibili al fabbricato principale, comporta che, in realtà, tali beni, per il principio *accessorium sequitur principale*, sono stati trasferiti all'acquirente tanto con riguardo alla prima, che alla seconda vendita. Con il terzo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione degli artt. 1102, 1118, 1119 e 1123 c.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che gli appartamenti hanno un'autonoma consistenza, con accesso al fronte strada ed ha, quindi, applicato il principio per cui la proprietà esclusiva non può essere separata dai beni comuni soltanto quando le cose comuni e i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva siano indissolubilmente legate per effetto di incorporazione fisica oppure quando, pur essendo suscettibili di separazione senza pregiudizio reciproco, esista tra di essi un vincolo di destinazione che sia caratterizzato da indivisibilità per essere i beni condominiali essenziali per l'esistenza ed il godimento delle proprietà esclusive. La Corte d'appello, infatti, hanno osservato i ricorrenti, così ragionando, non ha tenuto conto del fatto che l'indivisibilità e l'inseparabilità del cortile e della centrale termica dal fabbricato principale, composto da entrambi i piani, sono espressamente dichiarate dal consulente tecnico d'ufficio. Il cortile, infatti, risulta incorporato ed è essenziale per il condominio residenziale. La Corte d'appello, quindi, hanno aggiunto i ricorrenti, erroneamente ha escluso che il cortile sia un bene comune necessario ed essenziale per il godimento delle singole unità solo perché gli appartamenti al secondo piano sono dotati di ingresso sul fronte strada, non avendo considerato che gli appartamenti del secondo piano godono del cortile anche per la sua funzione di dare aria e luce. Con il quarto motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione degli artt. 1102-1117 e segg. c.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che la proprietà del cortile è e resta comune, non ravvisandosi un interesse contrario, laddove, al contrario, vi è l'interesse del condominio di godere del cortile come bene comune con tutte le facoltà inerenti e a non lasciare, per una percentuale del 50%, tali beni al venditore del secondo piano del fabbricato ed estraneo al condominio residenziale. I motivi, da trattare congiuntamente, sono fondati, nei limiti che seguono. In effetti, la clausola, contenuta nel contratto

di vendita di un'unità immobiliare di un condominio, con la quale viene esclusa dal trasferimento la proprietà di alcune delle parti comuni è nulla poiché, mediante la stessa, s'intende attuare la rinuncia di un condomino alle predette parti che è, invece, vietata dal capoverso dell'art. 1118 c.c. (Cass. n. 20216/2017; n. 1680/2015; n. 6036/1995; n. 3309/1977). D'altra parte, la cessione della proprietà esclusiva non può essere separata dal diritto sui beni comuni soltanto quando le cose comuni e i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva siano, per effetto di incorporazione fisica, indissolubilmente legate le une alle altre oppure nel caso in cui, pur essendo suscettibili di separazione senza pregiudizio reciproco, esista tra di essi un vincolo di destinazione che sia caratterizzato da indivisibilità per essere i beni condominiali essenziali per l'esistenza ed il godimento delle proprietà esclusive: solo se i primi siano semplicemente funzionali all'uso e al godimento delle singole unità, queste ultime possono essere cedute separatamente dal diritto di condominio sui beni comuni (Cass. n. 12128/2004). La cessione delle singole unità immobiliari separatamente dal diritto sulle cose comuni è, dunque, vietata, ai sensi dell'art. 1118 c.c., solo in caso di condominialità "necessaria" o "strutturale", per l'incorporazione fisica tra cose comuni e porzioni esclusive ovvero per l'indivisibilità del legame attesa l'essenzialità dei beni condominiali per l'esistenza delle proprietà esclusive: non anche nelle ipotesi di condominialità solo "funzionale" all'uso e al godimento delle singole unità, che possono essere, quindi,

cedute anche separatamente dal diritto di condominio sui beni comuni (Cass. n. 18344/2015). La Corte d'appello, lì dove ha implicitamente ma inequivocamente ritenuto la validità della clausola che ha riservato al venditore la quota pari al 50% della proprietà del cortile interno al fabbricato sul mero rilievo che "gli appartamenti hanno un'autonoma consistenza, con accesso al fronte strada" senza specificamente verificare, in fatto, se tale cortile, al momento della costituzione del condominio con l'atto di divisione del 23 dicembre 1975, era divenuto o meno, ai fini previsti dall'art. 1117 c.c., un bene oggetto di proprietà comune tra i proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, ed, in caso positivo, se tale cortile è indissolubilmente legato alle porzioni di proprietà esclusiva per effetto d'incorporazione fisica ovvero d'essenzialità funzionale, si è, quindi, posta in contrasto con i principi precedentemente esposti e non resiste, pertanto, alle censure svolte sul punto dai ricorrenti. Il ricorso dev'essere, pertanto, accolto e la sentenza impugnata, per l'effetto, cassata con rinvio, per un nuovo esame, alla Corte d'appello di Trieste che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Gli effetti. La Corte accoglie il ricorso e, per l'effetto, cassa la sentenza impugnata con rinvio, per un nuovo esame, alla corte d'appello di Trieste che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Recentissime Cassazione penale

a cura di Giuseppe Santalucia

■ Cautela carceraria, prognosi di condanna non superiore a tre anni, rilevanza in fase esecutiva

Cassazione penale, Sez. V, 8 febbraio 2021 (ud. 20 gennaio 2021), n. 4948 – Pres. Catena – Est. Borrelli – P.M. Senatore (diff.) – Ric. N. R.

Misure cautelari personali – Custodia cautelare in carcere – Prognosi di condanna non superiore a tre anni di pena detentiva – Principio di proporzionalità – Rilevanza – Momento applicativo – Insufficienza – In corso di esecuzione della misura – Necessità – Conseguenze

La questione: se il criterio di proporzionalità della misura cautelare della custodia in carcere, legato alla prognosi di una condanna non superiore a tre anni di pena detentiva, debba valere solo per il momento di applicazione della misura o anche nel corso dell'esecuzione della stessa, con conseguente incidenza delle sopravvenienze quali, appunto, la pronuncia di condanna per una pena contenuta nel limite di legge.

Il fatto. Il Tribunale del riesame dell'Aquila ha confermato il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Chieti aveva applicato a N.R. la misura cautelare della custodia in carcere per più episodi di tentato furto aggravato di autoveicoli.

Contro l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputato, lamentando omessa motivazione

circa la possibilità dell'applicazione di una pena superiore ai tre anni di reclusione.

La decisione. La Corte di cassazione ha ritenuto il ricorso fondato.

L'art. 275 c.p.p., relativo ai "criteri di scelta delle misure", prevede, al 1° comma, che "nel disporre le misure, il

giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto” e, al 2° comma, che “ogni misura deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”.

Si tratta dei passaggi valutativi che il decidente ha il dovere di compiere quando, nell’operare la scelta tra le misure cautelari che il legislatore gli mette a disposizione, deve vagliare l’adeguatezza e la proporzionalità del vincolo da individuare.

Con particolare riferimento al vaglio di proporzionalità di cui al 2° comma, il legislatore successivo all’entrata in vigore del codice di rito ha stabilito, al comma 2° *bis*, delle regole di dettaglio per guidare il giudice nello scrutinio; la pertinenza della norma proprio al tema della proporzionalità è testimoniata non solo dalla collocazione sistematica della disposizione dopo il 2° comma, ma dagli stessi criteri che essa offre, criteri che attengono al rapporto tra la misura da applicare, il fatto-reato per cui si procede e la prognosi circa l’evoluzione futura della vicenda processuale, richiamando quel vaglio commisurativo della scelta cautelare al fatto reato ed alla pena ad esso relativa che è contemplato dal 2° comma.

Il comma 2° *bis* in argomento è stato inserito dalla L. 8 agosto 1995, n. 332 e, per quanto interessa in questa sede, è stato sostituito dal D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 117; successivamente detta disposizione è stata modificata dalla L. 19 luglio 2019, n. 69.

Venendo al suo contenuto, in disparte l’incidenza della sospensione condizionale della pena sul vaglio cautelare, il comma in discorso, nella sua formulazione attuale, prevede che la custodia cautelare in carcere non possa essere applicata qualora il giudice preveda che possa essere irrogata una pena inferiore a tre anni, a meno che la misura:

- non sia disposta quale aggravamento di una diversa e meno afflittiva misura originariamente applicata nel medesimo procedimento in conseguenza della violazione delle prescrizioni imposte, a lume dell’art. 280 c.p.p., 3° comma e art. 276 c.p.p., comma 3° *ter*;

- non sia disposta per uno dei reati per i quali debba applicarsi l’art. 275 c.p.p., 3° comma, seconda parte;

- non sia applicata in relazione a uno dei reati espressamente previsti dallo stesso art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, cioè i delitti di cui agli artt. 423 *bis*, 527, 612 *bis*, 612 *ter* e 624 *bis* c.p. nonché alla L. n. 354/1975, art. 4 *bis* e successive modificazioni;

ovvero, ancora:

- le altre misure risultino inadeguate e gli arresti domiciliari non possano essere disposti perché manca uno dei luoghi di cui all’art. 284 c.p.p. dove eseguire la misura.

Il profilo che viene in rilievo è quello concernente la prognosi circa la condanna a pena ultratriennale e la ricaduta che la successiva condanna a pena, al contrario, inferiore ai tre anni di reclusione deve avere sul profilo cautelare, in particolare sulla scelta della misura inframuraria.

Quanto al primo aspetto, appare chiaro che la valutazione predittiva circa la condanna a pena superiore ai tre anni si colloca nella fase genetica della misura cautelare: l’obbligo ad essa relativo impone al Giudice della cautela di valutare, nella scelta della custodia in carcere piuttosto che di altre misure, se l’imputato potrà essere destinatario di una condanna a pena ultratriennale. Solo nel caso in cui questo vaglio si concluda con esito positivo, il giudice investito

della richiesta del pubblico ministero potrà applicare, nella ricorrenza degli altri presupposti di legge, la misura di massimo rigore. Ovviamente, poiché si tratta di un passaggio dell’*iter* deliberativo sulla richiesta della massima misura, esso deve trovare riscontro nella motivazione, nella quale il giudice della cautela dovrà dare atto di avere svolto la prognosi in parola, enunziando le ragioni per le quali essa si concluda in senso sfavorevole al destinatario del vincolo. A tale dovere argomentativo ulteriormente consegue che l’ordinanza genetica può essere censurata *ex art.* 309 c.p.p. laddove la motivazione sul punto manchi e che il Tribunale del riesame deve dare luogo al vaglio di competenza, anche eventualmente utilizzando i propri poteri integrativi.

Nel caso di specie ciò non è avvenuto, laddove, nel provvedimento impugnato, manca qualsivoglia riferimento alla prognosi *ex art.* 275 c.p.p., comma 2° *bis*.

Tanto premesso, nel valutare le conseguenze di tale denunziata mancanza, non basta interrogarsi sulla tenuta dell’ordinanza, dovendo chiedersi se l’accadimento processuale sopravvenuto – la condanna riportata da N. a pena contenuta nei tre anni – possa/debba avere un peso nell’odierno vaglio circa il perdurare del vincolo cautelare massimo.

La necessità di un lavoro esegetico sul punto discende dalla circostanza che la norma di cui all’art. 275, comma 2° *bis* che si è sopra illustrata riguarda testualmente la fase applicativa della misura cautelare, mentre non esiste una disposizione analoga che attenga specificamente agli effetti del concretizzarsi della prognosi nella fase successiva.

Su questo fronte si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Vi sono, infatti, pronunzie che ritengono foriera di effetti caducatori automatici del vincolo carcerario la condanna a pena entro i tre anni sopravvenuta alla prima applicazione del vincolo (Sez. F, n. 26542 del 13 agosto 2020, Bandini, Rv. 279632; Sez. 5, n. 20540 del 22 gennaio 2019, n. m.) e decisioni che limitano la portata ostativa della condanna a pena contenuta nei tre anni rispetto alla custodia in carcere alla sola fase genetica e che negano detto automatismo in fase dinamica, salva la possibilità di valutare comunque la sopraggiunta condanna a pena non ultratriennale nell’ambito dello scrutinio di perdurare adeguatezza della misura massima *ex art.* 299 c.p.p. (Sez. 4, n. 21913 del 25 giugno 2020, EI Felhi Abdelhakim, Rv. 279299; Sez. 4, n. 13025 del 26 marzo 2015, Iengo, Rv. 262961; Sez. 6, n. 47302 del 5 novembre 2015, Speciali, Rv. 265339). Anche Sez. 6, n. 1798 del 16 dicembre 2014, dep. 2015, Ila, Rv. 262059 ha sancito detto principio, pur occupandosi della diversa questione della rilevanza della pena non ultratriennale da eseguire, al netto del pre-sofferto. Va, altresì rilevato, invece, che Sez. 4, n. 12890 del 13 febbraio 2019, Betassa, Rv. 275363 ha ritenuto illegittima, per violazione dell’art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, l’ordinanza con la quale, in sede di appello, era stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere, dopo che l’imputato aveva già patteggiato una pena inferiore a tre anni di reclusione.

Ebbene, di fronte a detto divario esegetico, la conclusione preferibile è che la disposizione in parola trovi comunque uno sbocco anche nella fase successiva alla prima applicazione e, in particolare, quando la condanna ostativa alla custodia in carcere, quella non ultratriennale, concretamente si verifichi.

Innanzitutto, milita in questa direzione la convinzione

che la regola più volte evocata attenga, costituendone una precisazione, al profilo della proporzionalità della misura cautelare, cristallizzando a livello normativo l'esistenza di una sproporzione tra custodia in carcere e condanna a pena non ultratriennale.

Se così è, non è senza rilievo il principio acquisito nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la valutazione della proporzionalità della misura cautelare va operata non solo nella fase genetica della misura cautelare, ma anche in quella dinamica.

Come autorevolmente sancito da Sez. un., n. 16085 del 31 marzo 2011, Khalil, Rv. 249324, infatti, il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

È stato efficacemente sostenuto, nella sentenza Khalil, che la vicenda cautelare deve essere riguardata secondo una "visione unitaria e diacronica dei presupposti che la legittimano nel senso che le condizioni cui l'ordinamento subordina l'applicabilità di una determinata misura devono sussistere non soltanto all'atto della applicazione del provvedimento cautelare, ma anche per tutta la durata della relativa applicazione" e che "adeguatezza e proporzionalità devono quindi assistere la misura – "quella" specifica misura – non soltanto nella fase genetica, ma per l'intero arco della sua "vita" nel processo, giacché, ove così non fosse, si assisterebbe ad una compressione della libertà personale qualitativamente o quantitativamente inadeguata alla funzione che essa deve soddisfare: con evidente compromissione del quadro costituzionale di cui si è innanzi detto".

Acquisita la necessità di una valutazione di proporzionalità da ripetersi nel tempo, occorre altresì precisare che, laddove intervenga un nuovo accadimento di ordine processuale, lo scrutinio non può non tenerne conto, in particolare essendo necessario che il Giudice della cautela si adegui alle valutazioni della pronunzia di merito sulla reguicanda (Sez. 3, n. 45913 del 15 ottobre 2015, Shopov, Rv. 265544), anche quanto alla sanzione inflitta (Sez. 4, n. 12890 del 13 febbraio 2019, Betassa, cit.).

D'altra parte, la rilevanza della sanzione inflitta dal giudice di merito trova un addentellato normativo proprio nella norma cardine sulla proporzionalità, quella contenuta nell'art. 275 c.p.p., 2° comma, laddove viene in rilievo anche "la sanzione che sia stata () irrogata", disposizione suscettibile di trovare applicazione sia rispetto a misure cautelari disposte successivamente alla condanna, sia a misure già in esecuzione al momento della decisione di merito (Sez. F. Bandini, cit.).

Se, dunque, la dinamica della misura inframuraria non può ignorare la sopravvenuta condanna non ultratriennale, l'interprete deve altresì prendere atto che manca una norma specifica che sancisca espressamente la *regula iuris* appena ricavata con la stessa nitidezza con cui l'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis* impone la prognosi di condanna a pena inferiore a tre anni in fase applicativa.

Si è allora dell'avviso che lo strumento procedimentale attraverso il quale il vaglio di proporzionalità può essere effettuato anche in fase successiva a quella di emissione del

titolo è offerto dalla norma generale di cui all'art. 299 c.p.p., 2° comma, che prevede che il giudice sostituisca la misura con altra meno grave quando quella originariamente individuata non appaia più proporzionata alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata; strumento suscettibile di utilizzo *a fortiori* rispetto alla pena concretamente inflitta, nell'ottica del già precisato dovere del giudice della misura cautelare di attenersi alla decisione di quello del merito.

È attraverso detta norma, dunque, che il sistema trova una sua lettura razionale laddove un'esegesi diversa restituirebbe un meccanismo inspiegabile, secondo il quale la sola prognosi di condanna non ultratriennale impedisce l'applicazione della custodia in carcere e, di contro, la concreta irrogazione di una pena inferiore a tre anni sarebbe ininfluenza rispetto al perdurare della misura massima.

In applicazione dell'art. 299 c.p.p., 2° comma, dunque, il giudice che procede, sopravvenuta la condanna a pena non superiore ai tre anni di reclusione, dovrà sostituire la custodia in carcere con misura meno afflittiva.

Questa lettura del dato normativo è coerente anche con la spinta che ha indotto alla novella dell'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, ad opera del D.L. n. 92/2014.

Come si evince dai lavori preparatori dell'intervento novellatore, infatti, l'interpolazione della norma in discorso risponde all'esigenza di adeguarsi al *dictum* della sentenza-pilota Torreggiani contro Italia dell'8 gennaio 2013, con cui la Corte edu aveva sancito il malfunzionamento cronico del sistema penitenziario italiano accertando, nei casi esaminati, la violazione dell'art. 3 della Convenzione a causa della situazione di sovraffollamento carcerario, ordinando alle autorità nazionali di approntare, nel termine di un anno dalla data in cui la sentenza sarebbe divenuta definitiva, misure necessarie che avessero effetti preventivi, compensativi ed effettivamente riparatori rispetto alla violazione riscontrata.

Sempre dai lavori preparatori in parola si evince che la modifica all'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, è sistematicamente conseguente al testo dell'art. 656 c.p.p. all'epoca vigente (prima dell'innalzamento a quattro anni legato all'intervento manipolativo della Corte costituzionale attuato con la sentenza n. 4 del 2018), concernente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva qualora la stessa non sia superiore a tre anni.

Ciò posto, è evidente che tali *rationes* dell'intervento normativo avvalorano una lettura della disposizione che non sia limitata alla fase genetica, ma che ne contempra gli effetti anche allorché la condanna non ultratriennale si sia effettivamente materializzata. Solo una lettura in questa direzione, infatti, si concilia con l'esigenza di decomprimere la presenza carceraria e con quella di coerenza con la disposizione relativa alla fase esecutiva, restando inafferrabile la razionalità – come già accennato ed a maggior ragione riguardando la logica della novella – di una lettura che inibisca la carcerazione in fase applicativa sulla base della sola prognosi e che non la impedisca in un momento successivo quando la condizione ostativa si sia effettivamente concretizzata.

Va affermato il principio di diritto secondo cui: "In materia di misure cautelari personali, l'impossibilità di applicare la custodia in carcere laddove sia pronosticabile l'irrogazione di una pena non superiore a tre anni di reclusione, di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, costituisce una regola di valutazione della proporzionalità della custodia in carcere di cui va tenuto conto, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., 2° comma, anche nella fase dinamica della misura cautelare, in particolare allorché sopravvenga una sentenza di condanna, quantunque non definitiva, a pena inferiore al

suddetto limite, evenienza che impone la sostituzione della custodia in carcere con altra misura meno afflittiva”.

Ritenuto, pertanto, che la disposizione di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis* sopra esaminata abbia un immediato ed automatico riverbero anche nella fase dinamica, attraverso il vaglio di cui all'art. 299 c.p.p., 2° comma, resta, ora, da ragionare sulle conseguenze che il *novum* può avere sulla regiudicanda, che riguarda lo scrutinio di legittimità su un'ordinanza ex art. 309 c.p.p.

Occorre sul punto dare continuità alla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale eventuali vizi del sub-procedimento cautelare successivi all'emissione ed all'applicazione del vincolo genetico non si riverberano né sulla legittimità del titolo cautelare, né su quella della procedura di riesame e non possono essere fatti valere né con ricorso ai sensi dell'art. 309 al Tribunale del riesame, né con l'impugnativa dinanzi a questa Corte ex art. 311 c.p.p. contro quest'ultimo provvedimento (tra le altre, Sez. un., n. 45246 del 19 luglio 2012, Rv. 253549, Polcino; Sez. un., n. 26 del 5 luglio 1995, Galletto, Rv. 202015; Sez. 2, n. 54267 del 12 ottobre 2017, Cirino, Rv. 271366; Sez. 2, n. 33775 del 4 maggio 2016, Bianco, Rv. 267851; Sez. 4, n. 12995 del 5 febbraio 2016, Uda, Rv. 266294; Sez. 2, n. 4817 del 23 ottobre 2012, dep. 2013, Russo, Rv. 254447; Sez. 3, n. 16386 del 10 febbraio 2010, Vidori, Rv. 246768).

Ciò non di meno, nella specie la sopravvenuta condanna a pena non ultratriennale di N. non può non avere sbocco nell'odierno vaglio, e ciò per due connesse ragioni.

In primo luogo, perché il ricorrente si duole di un'omissione motivazionale che riguarda proprio la prognosi di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, vizio che effettivamente sussiste, giacché il Tribunale del riesame nulla ha osservato a proposito della valutazione predittiva circa la condanna ultratriennale, benché abbia confermato la misura carceraria.

Ne consegue che l'esito del presente giudizio di legittimità dovrebbe risolversi in un annullamento con rinvio per

consentire al Tribunale di ripianare il deficit motivazionale, ma detto annullamento si rivelerebbe inutile, giacché la prognosi a farsi è superata dalla pronuncia della sentenza di condanna prodotta dalla difesa. Né sarebbe compatibile con il principio del minor sacrificio possibile della libertà personale, che permea il sistema delle misure cautelari, un annullamento con rinvio al solo scopo di consentire al Tribunale del riesame di adeguarsi al principio di diritto sopra enunciato e di disporre la sostituzione della misura carceraria, giacché tale scelta sarebbe del tutto inappagante, determinando un'ingiustificata protrazione di una misura cautelare carceraria la cui sorte è scontata.

In secondo luogo, a differenza che con riferimento ai vizi dell'interrogatorio di garanzia e di ogni altro vizio che si concretizzi successivamente al momento genetico, la sopravvenuta condanna infratriennale, pur pronunciata successivamente all'emissione del titolo genetico e anche dell'ordinanza impugnata, concerne un aspetto della valutazione che avrebbe dovuto compiere il giudice della fase genetica e che attiene all'iniziale vaglio di proporzionalità della custodia in carcere nell'ottica dell'art. 275 c.p.p., comma 2° *bis*, vaglio che è oggi condizionato inevitabilmente dalla condanna a pena inferiore ai tre anni di reclusione. Si tratta, in definitiva, di un evento successivo che, tuttavia, si ripercuote direttamente su un tassello dello scrutinio circa l'applicabilità della custodia carceraria che avrebbe dovuto svolgersi in sede applicativa e che lo condiziona radicalmente, sia pure ora per allora.

Gli effetti. Per quanto sino ad ora illustrato, la Corte di cassazione ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata quanto alla scelta della misura inframuraria limitatamente alla misura coercitiva della custodia cautelare in carcere, e, per l'effetto, ha sostituito la misura in atto con gli arresti domiciliari.

Pluralità di eventi nel delitto di atti persecutori e termine per la querela

Cassazione penale, Sez. V, 1° febbraio 2021 (ud. 24 novembre 2020), n. 3781 – Pres. De Gregorio – Est. Brancaccio – P.M. Odello (conf.) – Ric. M.S.

Reato in genere – Delitti contro la persona – Atti persecutori – Consumazione – Pluralità di eventi – Eventi alternativi eventualmente concorrenti – Ultimo degli eventi della sequenza – Rilevanza – Querela – Termine – Incidenza

La questione: se sia tardiva la querela proposta per il delitto di atti persecutori dopo il decorso del termine previsto dalla legge a far data dall'evento del reato, costituito dal cambiamento delle abitudini di vita, a cui poi era seguito un ulteriore comportamento dell'autore dei fatti di invio di messaggi persecutori.

Il fatto. La Corte d'Appello di Cagliari ha confermato la sentenza con cui il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Cagliari ha condannato S. R. alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione, oltre al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile, in relazione al reato di atti persecutori commesso dal 2016 al 2018 ai danni di D.C., reiteratamente molestata con approcci sentimentali sgraditi, ingiuriata e minacciata, anche mediante il danneggiamento della sua auto, sino a costringerla ad abbandonare il lavoro al bar dove molto spesso si verificavano le condotte di reato ed a determinarne uno stato d'ansia e paura patologici.

Ha proposto ricorso l'imputato, tramite il difensore, che ha dedotto, tra l'altro, il vizio di violazione di legge in rela-

zione alla mancata declaratoria di improcedibilità del reato, pur essendo stata proposta tardivamente la querela, ossia oltre sei mesi dopo la cessazione della reiterazione criminosa, individuabile nella decisione della persona offesa di abbandonare il lavoro a causa del timore generato dal ricorrente, che la costringeva a modificare, dunque, la propria vita.

Gli episodi successivi, da un lato, non costituiscono minacce o molestie, dall'altro, non sono ascrivibili con certezza all'imputato. Se tali fatti più recenti non possono ritenersi parte della condotta delittuosa di stalking, la querela è tardiva rispetto alla cessazione dell'unica reiterazione criminosa certamente attribuita all'imputato.

Ma anche a voler ritenere la pena rilevanza delle condotte

successive, sarebbero comunque prive di collegamento all'abitudine precedente e non idonee a configurare il reato di atti persecutori.

La decisione. La Corte di cassazione ha ritenuto il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza.

L'imputato ha perseguitato in più modi diversi la persona offesa, "colpevole" di aver respinto il suo corteggiamento quale avventore dei bar dove ella lavorava; da allora, ella era stata oggetto di insulti, ingiurie, minacce anche gravi portate sia personalmente sia tramite messaggi anonimi provenienti da piattaforme di messaggistica *social*, nonché di danneggiamenti alla propria autovettura e pedinamenti.

Tali condotte, complessivamente considerate, hanno determinato un grave stato d'ansia e timore nella vittima.

La prova dei fatti si incentra tutta intorno alle dichiarazioni della vittima, la cui attendibilità è stata vagliata attentamente.

La ritrosia nel proporre querela rende ancora più credibile la vittima, secondo l'efficace deduzione della Corte di merito.

All'evidenza poi, constatati i messaggi minacciosi e altamente ingiuriosi che le venivano postati in indirizzo anonimamente, ma con le stesse espressioni usate dall'imputato oramai divenute ordinariamente e drammaticamente usuali, tale condotta persecutoria non è cessata neppure dopo che ella si era determinata, proprio in ragione della persecuzione costante, a lasciare il lavoro che la vedeva esposta continuamente al rischio di incontrarlo, sicché si era decisa a sporgere querela anche e soprattutto per questa ulteriore propaggine del comportamento criminale abituale dell'imputato; querela che, pertanto, per come ricostruito dalle sentenze in maniera logica ed inattaccabile in sede di legittimità, è stata tempestiva.

Si rammenta, infatti, che, nel delitto previsto dall'art. 612 *bis* c.p., che ha natura di reato abituale e di danno, l'evento deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso e la necessaria reiterazione degli atti considerati tipici costituisce elemento unificante ed essenziale della fattispecie, facendo assumere a tali atti un'autonomia ed unitaria offensività, in quanto è proprio dalla loro reitera-

zione che deriva nella vittima un progressivo accumulo di disagio che infine degenera in uno stato di prostrazione psicologica in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dalla norma incriminatrice, sicché ciò che rileva non è la datazione dei singoli atti, quanto la loro identificabilità quali segmenti di una condotta unitaria, causalmente orientata alla produzione dell'evento (per tutte, cfr. Sez. 5, n. 54920 del 8 giugno 2016, G., Rv. 269081; Sez. 5, n. 7899 del 14 giugno 2019, P., Rv. 275381).

Il reato, pertanto, si consuma nel momento e nel luogo della realizzazione di uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice, quale conseguenza della condotta unitaria costituita dalle diverse azioni causalmente orientate (Sez. 5, n. 16977 del 12 febbraio 2020, S., Rv. 279178; vedi anche, Sez. 5, n. 3042 del 9 ottobre 2019, M., Rv. 278149).

Ed essendo il reato ad eventi alternativi eventualmente concorrenti tra loro e ciascuno dei quali, in ogni caso, idoneo a configurarlo (cfr. Sez. 5, n. 34015 del 22 giugno 2010, De Guglielmo, Rv. 248412; Sez. 5, n. 29872 del 19 maggio 2011, L., Rv. 250399), esso si consuma al compimento dell'ultimo degli atti della sequenza criminosa integrativa della abitudine del reato complessivamente inteso (Sez. 5, n. 1700 del 11 dicembre 2019, dep. 2020, A., Rv. 279081), anche in caso di *accumulo* di eventi.

Nel caso di specie, dapprima si è realizzato l'evento della modifica delle abitudini di vita della vittima, costretta a lasciare il lavoro; quindi si è definitivamente perfezionato l'evento ulteriore costituito dallo stato d'ansia e di timore gravi, causato dalla condotta di invio degli ultimi messaggi persecutori, che hanno infine quasi "costretto" la persona offesa a sporgere querela.

L'unitarietà della condotta di *stalking* non può essere spezzata o interrotta dall'essersi realizzato uno degli eventi alternativi prima di altro (l'ultimo, nell'ipotesi concreta), tra i tre previsti dalla disposizione incriminatrice.

Gli effetti. La Corte di cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso e conseguentemente ha condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

Arresti domiciliari con autorizzazione al lavoro e delitto di evasione

Cassazione penale, Sez. VI, 29 gennaio 2021 (ud. 12 gennaio 2021), n. 3600 – Pres. Petruzzellis – Est. Aprile – P.M. Locatelli (diff.) – Ric. R. R.

Reato in genere – Delitti contro l'amministrazione della giustizia – Evasione – Arresti domiciliari – Autorizzazione a recarsi al lavoro – Allontanamento dal domicilio – Luogo diverso e distante da quello di lavoro – Mera violazione delle prescrizioni inerenti alla misura – Esclusione – Reato – Sussistenza

La questione: se integri il reato di evasione la condotta del soggetto che, ristretto nel proprio domicilio con autorizzazione a recarsi al lavoro per la coltivazione del proprio fondo agricolo, se ne allontani per raggiungere un centro abitato diverso e lontano da quello ove è situato il fondo di coltivazione.

Il fatto. La Corte di appello di Bari ha confermato la condanna di R.R. in relazione al reato di evasione, pronunciata dal Tribunale di Foggia.

Avverso tale sentenza ha presentato ricorso R. R., con atto sottoscritto dal suo difensore, il quale ha dedotto, tra gli altri, il vizio di violazione di legge, in relazione agli artt. 518 e 521 c.p.p., e vizio di motivazione, per mancanza e manifesta illogicità, per avere la Corte territoriale erroneamente

disatteso l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado per mancata osservanza del principio di correlazione tra fatto contestato e fatto della decisione, posto che nell'imputazione era stato contestato di essere stato sorpreso fuori dalla sua abitazione laddove il fatto asseritamente accertato riguardava la mancata osservanza delle prescrizioni riguardanti l'autorizzazione ad allontanarsi per svolgere attività lavorativa.

La decisione. La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso, per le ragioni che di seguito si illustrano.

Ha ricordato che è espressione di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale la nozione di “fatto”, di cui agli artt. 521 e 522 c.p.p., va intesa come l'accadimento di ordine naturale dalle cui connotazioni e circostanze soggettive e oggettive, geografiche e temporali, poste in correlazione fra loro, vengono tratti gli elementi caratterizzanti la sua qualificazione giuridica, sicché la violazione del principio postula una modificazione – nei suoi elementi essenziali – del fatto, inteso come episodio della vita umana, originariamente contestato (così, tra le tante, Sez. 1, n. 13408 del 14 febbraio 2008, Benedetti e altro, Rv. 239903; Sez. 2, n. 45993 del 16 ottobre 2007, Cuccia e altri, Rv. 239320).

Ha quindi evidenziato, secondo quanto già più volte inteso dalla giurisprudenza di legittimità, che, ai fini della valutazione della corrispondenza tra pronuncia e contestazione, di cui all'art. 521 c.p.p., deve tenersi conto non solo del fatto descritto in imputazione, ma anche di tutte le ulteriori risultanze probatorie portate a conoscenza dell'imputato e che hanno formato oggetto di sostanziale contestazione, sicché questi abbia avuto modo di esercitare le sue difese sul materiale probatorio posto a fondamento della decisione (così Sez. 3, n. 15655 del 27 febbraio 2008, Fontanesi, Rv. 239866; conf. Sez. 6, n. 47527 del 13 novembre 2013, Di Guglielmi e altro, Rv. 257278; Sez. 6, n. 5890 del 22 gennaio 2013, Lucera e altri, Rv. 254419).

In questa prospettiva sostanzialità del vizio, che tende a valorizzare gli interessi processuali in gioco, si è precisato che la non corrispondenza tra il fatto contestato e quello che emerge dalla sentenza rileva quando si verifichi una trasformazione o sostituzione delle condizioni che rappresentano elementi essenziali costitutivi dell'addebito, e non già quando il mutamento riguardi profili marginali, non essenziali per l'integrazione del reato, e sui quali l'imputato abbia avuto modo di difendersi nel corso del processo (in questo senso Sez. 2, n. 17565 del 15 marzo 2017, Beretti, Rv. 269569).

Tanto premesso, la Corte di cassazione ha affermato la correttezza della decisione impugnata, in quanto ha ritenuto che integri il reato di evasione la condotta di R. R., che era stato trovato, fuori dalla abitazione dove si trovava agli arresti domiciliari, in un centro abitato diverso e lontano dal luogo ove era stato autorizzato a recarsi per la coltivazione dei suoi fondi agricoli. In tale senso non è vi è stata alcuna violazione del considerato principio di correlazione tra accusa e decisione, tenuto conto che è pacifico che integra il delitto di evasione e non l'ipotesi di trasgressione alle prescrizioni imposte, sanzionabile *ex art.* 276 c.p.p., l'allontanamento della persona sottoposta alla misura degli arresti domiciliari dal luogo in cui è autorizzata a svolgere l'attività lavorativa (così, tra le altre, Sez. 6, n. 3882 del 14 gennaio 2010, Dierna, Rv. 245811).

Nell'esame degli altri motivi, ha poi ribadito come debba essere considerato responsabile del delitto di evasione il soggetto che, sottoposto alla misura cautelare degli arresti in casa e autorizzato a recarsi in un determinato luogo per svolgere attività lavorativa, sia trovato fuori dalla propria abitazione in un luogo del tutto diverso e molto lontano da quello dove avrebbe dovuto lavorare. La sentenza impugnata ha ricostruito la vicenda con motivazione sufficientemente esaustiva. R. R. aveva consapevolmente violato le prescrizioni che gli erano state imposte, in quanto non indossava affatto gli abiti di lavoro ma aveva un “vestito da passeggiata” e si era recato con il fratello a visitare una fiera-mercato domenicale in un comune del tutto diverso e lontano dai luoghi dove si sarebbe potuto recare: laddove, se il bisogno fosse stato quello di comprare il mangime per il bestiame, l'acquisto in quel luogo ben avrebbe potuto farlo il fratello senza necessità che egli si allontanasse ingiustificatamente dal luogo ove era stato posto agli arresti cautelari.

Gli effetti. Per quanto riassunto, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso e ha condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Recentissime Consiglio di Stato

a cura di Claudio Contessa

Emergenza Covid e legittimità dei DPCM sulla chiusura delle attività economiche

Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 884 (decreto) – Pres. Est. Frattini – Soc. Italbet – Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Sanità e sanitari – Misure emergenziali finalizzate al contenimento della pandemia da Covid-19 – d.P.C.M. che fissano le attività economiche “non essenziali”, nonché potenzialmente pericolose per il diffondersi della pandemia – Bilanciamento fra le esigenze di tutela della salute pubblica e la salvaguardia delle libertà economiche

La questione: i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (dd.P.C.M.) che fissano le misure volte al contenimento dell'emergenza pandemica da Covid-19 possono spingersi fino a definire come “non essenziali” alcune attività economiche

(delle quali viene pertanto disposta la chiusura)? Come è possibile individuare un punto di equilibrio fra la salvaguardia del diritto alla salute e la tutela delle libertà economiche garantite dalla Costituzione?

Il fatto. A seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19, il D.L. n. 19/2020, art. 2, 1° comma demanda al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di adottare appositi decreti (dd.P.C.M.) volti a fissare le concrete misure, anche di carattere inibitorio, volte a contrastare il diffondersi del contagio.

Con decreto in data 14 gennaio 2021 il Presidente del Consiglio dei Ministri attua le previsioni di cui al D.L. n. 19 e dispone, fra l'altro, che nel periodo compreso fra il 16 gennaio e il 5 marzo 2021 restino sospese "le attività di sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò, anche se svolte all'interno di locali adibiti ad attività differente".

Tale sospensione viene giustificata in base a un duplice ordine di ragioni (evidenziate nel parere del Comitato Tecnico Scientifico – CTS e fatte proprie dal PCM): i) innanzitutto, per il carattere "non essenziale" di tali attività; ii) in secondo luogo poiché le stesse risultano "potenzialmente pericolose, date le relative possibili aggregazioni".

La soc. Italtel (operante nel settore dei giochi e delle scommesse) impugna il richiamato d.P.C.M. dinanzi al T.A.R. del Lazio lamentandone sotto diversi profili l'illegittimità e chiedendone la sospensione in ragione dell'irreparabile pregiudizio di natura economica che esso è idoneo ad arrecare all'attività di impresa.

Con ordinanza n. 827/2021 il Tribunale amministrativo adito respinge la richiesta di sospensione cautelare osservando che le richiamate prescrizioni e limitazioni "non appa[iono] illogi[che] o irragionevol[i] avendo l'amministrazione statale effettuato una valutazione inerente il grado di essenzialità dell'attività cui imporre il sacrificio, sulla base delle indicazioni del Comitato Tecnico Scientifico, e prevedendo comunque un ristoro economico a compensazione del periodo di sospensione".

L'ordinanza in questione viene impugnata in appello dalla soc. Italtel la quale ne chiede l'integrale riforma.

Poiché, però, i tempi per la definizione in sede collegiale dell'appello cautelare (pari a circa un mese) sono incompatibili con l'urgenza del caso (e con il carattere comunque delimitato dell'efficacia dell'ordinanza impugnata), la società interessata chiede l'adozione di un decreto presidenziale monocratico ai sensi dell'articolo 56 del cod. proc. amm. al fine di sospendere interinalmente gli effetti dell'ordinanza del T.A.R. (e quindi del d.P.C.M. oggetto di impugnativa).

La decisione. Con il decreto in esame il Presidente della Sez. III del Cons. Stato respinge l'istanza di misure presidenziali provvisorie e conferma l'efficacia del d.P.C.M. oggetto di impugnativa.

Viene in primo luogo esaminato il motivo con cui si è lamentato che la chiusura delle attività di giochi e scommesse sarebbe stata disposta senza che siano state previa-

mente effettuate "valutazioni complete scientifiche del rischio sulla base di dati ostensibili e specifiche per ciascuna attività soggetta a limitazioni".

Il Decidente non nega l'esistenza di alcuni dubbi circa l'effettiva completezza e adeguatezza delle indagini tecnico-scientifiche effettuate dal CTS in vista dell'individuazione delle attività economiche oggetto di chiusura; tuttavia – valutate tutte le circostanze del caso – non ravvisa la sussistenza di ragioni per disporre la sospensione interinale della decisione del T.A.R. (e quindi, in via mediata, la riapertura dell'attività in esame).

Osserva in particolare il Decidente:

– che in questa sede, [ferma la possibile e incompletezza della valutazione istruttoria], si confrontano l'esigenza, assolutamente prioritaria, di piena precauzione per la salute pubblica a fronte del rischio di diffusione del contagio, e quella dell'appellante diretta a rivendicare il proprio legittimo interesse a evitare, mitigare o comunque ristorare un danno che ha e conserva carattere economico, inclusa la paventata (e francamente non del tutto credibile) perdita di avviamento a favore di altri giochi consentiti (è fatto l'esempio del "gratta e vinci"), giacché anche la – eventuale e allo stato solo affermata – perdita di avviamento ha un valore economico ristorabile;

– che, per i suesposti motivi, al di là della mera natura "non essenziale" dell'attività proibita (che non sembra decisiva giacché, nella fattispecie, oltre a produrre redditi per gli operatori addetti e le loro famiglie, essa è produttiva di introiti importanti per l'Agenzia erariale concedente), ciò che determina la non accoglibilità in questa sede cautelare della istanza è la natura prioritaria della precauzione per la salute pubblica, tale natura mantenendosi pur a fronte di un rischio "potenziale" e "presunto" e ferme le eventuali, successive conseguenze di ordine patrimoniale ove, nelle successive fasi del giudizio, un compiuto, specifico e approfondito accertamento scientifico dimostrasse che il dubbio e la indicazione presuntiva del C.T.S. non corrispondevano ad un reale fattore di rischio contagio".

La questione viene quindi rimessa alla competente sede collegiale.

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna viene respinta l'istanza di sospensione del d.P.C.M. 14 gennaio 2021 e viene, quindi, confermata l'efficacia delle misure antipandemiche dallo stesso fissate. Per effetto del medesimo decreto vengono forniti interessanti spunti per ricostruire i rapporti fra – da un lato – l'evidente (e prevalente) interesse alla tutela della salute e – dall'altro – il concomitante (e in parte antagonista) interesse alla salvaguardia degli interessi e delle libertà economiche delle imprese.

■ Danno da affidamento procedimentale c.d. "mero"

Consiglio di Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448 – Pres. Contessa – Est. Manzione – soc. Capopinomare – Comune di Bordighera.

Danni in materia civile e penale – Ritardo nel completamento di attività amministrative prodromiche al rilascio di un titolo edilizio – Ristorabilità del c.d. "danno da affidamento procedimentale mero" – Presupposti, condizioni e limiti

La questione: si può ritenere risarcibile la posizione del soggetto il quale abbia riposto un affidamento legittimo sulla correttezza e celerità nello svolgimento di un'attività amministrativa e che pertanto (anche a prescindere dalla spettanza in concreto del c.d. "bene della vita") lamenti la lesione del c.d. "affidamento procedimentale mero"? Quali sono i presupposti, le condizioni e i limiti di tale ristorabilità?

Il fatto. Nell'aprile del 2001 la soc. Capopinomare (proprietaria di un'area nel Comune di Bordighera – IM) presenta all'amministrazione civica un progetto in base al quale la stessa si impegna a cedere gratuitamente al Comune l'area al fine di destinarla a servizi pubblici, mentre il Comune consente la realizzazione nel sottosuolo di 30 boxes.

Al fine dell'effettiva realizzazione dell'intervento risultano necessari: i) la stipula di una convenzione fra le parti; ii) il rilascio di una concessione edilizia.

Fra il 2002 e il 2005 prende quindi avvio una vicenda amministrativa complessa e articolata nel corso della quale la società rimodula in più occasioni il progetto dell'intervento (di volta in volta rivisto alla luce delle richieste comunali) e chiede in più occasioni che si addivenga alla stipula della convenzione prodromica al rilascio della concessione edilizia.

Finalmente, nel novembre del 2005 il Comune sottoscrive la convenzione ma non provvede ancora al rilascio del titolo edilizio.

Accade infine che, nel febbraio del 2006 la Provincia di Imperia adotti una modifica del Piano di bacino idrico inerente l'area in questione e che imponga sulla stessa una misura di salvaguardia la quale risulta definitivamente preclusiva alla realizzazione dei parcheggi in questione.

Pertanto, una volta preso atto della definitiva impossibilità di realizzare il parcheggio, la soc. Capopinomare propone dinanzi al T.A.R. della Liguria un ricorso finalizzato ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente patito in ragione dell'ingiustificato protrarsi della vicenda amministrativa (con un ritardo che, unito alle nuove determinazioni provinciali, ha infine reso impossibile la realizzazione dell'intervento).

Il Tribunale amministrativo adito respinge il ricorso dichiarandolo infondato.

In particolare, il Giudice genovese osserva: i) che il procedimento amministrativo ha avuto una durata senz'altro cospicua ma di certo non irragionevole; ii) che non è possibile affermare il carattere pretestuoso delle richieste di tempo in tempo formulate dal Comune ai fini della revisione del progetto; iii) che, infine, fra la data di stipula della convenzione (novembre 2005) e l'adozione del nuovo piano di bacino da parte della Provincia è trascorso un periodo talmente esiguo da non potersi addebitare al Comune la colpevole inerzia che avrebbe infine reso impossibile la realizzazione dell'intervento.

La decisione. Il Consiglio di Stato accoglie solo per una parte minore la domanda risarcitoria formulata dalla società (e reiterata in sede di appello) e lo respinge per il resto.

Il Cons. Stato osserva in primo luogo che il *thema decidendum* va circoscritto alla richiesta di danno "da affidamento procedimentale mero", intendendosi per tale quello cagionato attraverso la gestione procedurale, anche in relazione alla sua eccessiva e ingiustificata protrazione.

In particolare, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, si tratta di stabilire se nel caso in esame sia imputabile all'amministrazione la violazione dell'affidamento riposto dal privato nella correttezza dell'azione am-

ministrativa avviata a seguito dell'instaurazione di un "contatto" di carattere qualificato.

Viene in rilievo – osserva il Collegio – una tematica di notevole interesse e che di recente ha ricevuto un'importante conferma da parte della Corte di cassazione (viene richiamata al riguardo l'ord. Cass., Sez. un. n. 8236/2020, avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno asseritamente derivante dalla ritardata definizione di un procedimento amministrativo).

Osservano ancora i Giudici di Palazzo Spada che "la questione della risarcibilità della lesione al tempo quale bene di per sé è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così complessi da rendere difficoltoso, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento. La questione all'esame del Collegio attiene più propriamente alla valutazione in termini di correttezza o meno del comportamento del Comune non tanto e non solo con riferimento al titolo edilizio, isolatamente inteso, ma avuto riguardo alla stipula della convenzione destinata a confluire in esso, il cui ritardo ha finito per pregiudicarne il rilascio".

Più in generale, l'esame della vicenda procedimentale (infine risoltasi con il mancato rilascio del titolo e la mancata realizzazione dell'opera) rileva ai fini dell'indagine circa il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei canoni di correttezza e buona fede, nella richiamata prospettiva risarcitoria.

Al riguardo, la vicenda risarcitoria in questione va inquadrata nel c.d. "danno da affidamento procedimentale mero" il quale – secondo recenti orientamenti – è configurato come ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato. Secondo tale impostazione, il contatto tra privato e Pubblica Amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.) dal quale derivano reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione" (art. 1175 c.c., art. 1176 c.c. e art. 1337 c.c.).

A questo punto il Collegio richiama – per un verso – il generale dovere di correttezza che, in base a pacifici orientamenti, grava sulla pubblica amministrazione nello svolgimento di qualunque vicenda procedimentale e – per altro verso – il tema della responsabilità da contatto sociale qualificato (nel cui ambito può essere iscritta la tipologia di responsabilità per cui è causa).

Dopo aver ricostruito in termini sistematici la tipologia di responsabilità che qui viene in rilievo, il Collegio si domanda se nel caso in esame la lesione (in effetti sussistente) dell'affidamento procedimentale del privato abbia cagionato il danno di cui si invoca il giudizio il ristoro.

Il Collegio risponde alla domanda in senso essenzialmente negativo, rilevando che, nonostante il ritardo nella stipula della convenzione, non vi è prova del fatto che l'appellante avrebbe avuto effettivamente titolo al rilascio della concessione edilizia (ragione per cui la – pur sussistente violazione dell'affidamento procedimentale – non può condurre al ristoro di alcuna forma di lucro cessante).

Diverso è il caso del c.d. "danno emergente": in questo caso la voce di danno in esame può essere ristorata in considerazione del fatto che – secondo le risultanze in atti

– la società appellante ha in effetti speso somme piuttosto importanti al fine di predisporre e corredare l'istanza di convenzione (e poi, di titolo edilizio), dando così l'avvio a un procedimento amministrativo infine rivelatosi defatigante e del tutto infruttuoso.

Per questa ragione il Collegio accoglie solo in parte l'appello e, in riforma della sentenza appellata, dispone il risarcimento in favore della società appellante del danno consistente nelle sole spese per la predisposizione della documentazione a corredo della domanda. Il ricorso in appello viene invece respinto sotto ogni altro profilo.

Concorso straordinario per insegnanti e q.l.c.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 604 – Pres. Montedoro – Est. Russo – soc. A.A. e altri – Ministero dell'Istruzione.

Istruzione pubblica e privata – Concorso straordinario per docenti per l'a.s. 2020/21 (D.L. n. 126/2019) – Esclusione dalla procedura dei docenti interessati da percorsi di specializzazione avviati successivamente all'entrata in vigore del D.L. n. 126/2019 – Compatibilità con i canoni di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, Cost.)

La questione: si può ritenere conforme ai generali canoni costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità la scelta operata dal D.L. n. 126/2019 il quale, nel prevedere un concorso straordinario per l'assunzione di insegnanti già interessati da specifici percorsi di specializzazione, ha escluso i docenti interessati da percorsi avviati poco tempo dopo l'entrata in vigore del medesimo D.L. n. 126/2019?

Il fatto. La professoressa A.A. e altri docenti precari della scuola (circa venti), in possesso di idoneità per l'insegnamento, sono iscritti ai tirocini formativi attivi (TFA), ciclo 2019/2020 (si tratta di particolari percorsi di specializzazione annuali, a numero chiuso, tenuti presso le Università ed altri Istituti autorizzati, al fine di conseguire la specializzazione sul sostegno didattico per gli alunni disabili delle scuole di ogni ordine e grado).

A causa della pandemia da Covid-19 il percorso finalizzato all'avvio dei TFA di interesse di tali docenti subisce, tuttavia, un notevole ritardo e le procedure vengono concretamente avviate solo nell'aprile del 2020.

Nel frattempo era accaduto che, al fine di assicurare la stabilità dell'insegnamento nelle istituzioni scolastiche e di limitare il fenomeno storico del precariato, il D.L. n. 126/2019 avesse previsto un concorso straordinario, per titoli ed esami, preordinato all'immissione in ruolo di personale docente su posti comuni e di sostegno a partire dall'a.s. 2020/21 in poi, stabilendo al successivo co. 5 i relativi requisiti d'ammissione;

L'articolo 1, comma 18^{o-ter} del decreto 126, cit. stabilisce però che “sono ammessi con riserva [alla] procedura straordinaria di cui al comma 1, nonché ai concorsi ordinari, per titoli ed esami, per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria, banditi negli anni 2019 e 2020 per i relativi posti di sostegno, i soggetti iscritti ai percorsi di specializzazione all'insegnamento di sostegno avviati entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (...)”.

Siccome la legge di conversione del decreto-legge in questione è entrata in vigore il 29 dicembre 2020, l'effetto della richiamata previsione è nel senso di impedire ai ricorrenti (i cui TFA sono stati avviati solo ad aprile del 2020) la partecipazione al concorso straordinario.

Ed infatti, il decreto direttoriale con cui viene indetto in concreto il concorso straordinario conferma tale interpre-

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna viene confermata in via di principio la ristorabilità del danno da lesione del c.d. “affidamento procedimentale mero” (che prescinde, cioè dalla spettanza in concreto del “bene della vita” e deriva dalla sola lesione dell'aspettativa a un procedimento amministrativo congruo e corretto) e vengono individuati i presupposti, le condizioni e i limiti di tale riconoscibilità.

tazione ed impedisce alla professoressa A.A. la partecipazione al concorso straordinario.

Gli interessati, quindi, propongono ricorso dinanzi al T.A.R. del Lazio lamentando l'illegittimità della procedura e, in ogni caso, invocando il proprio titolo ad ottenere l'ammissione alla procedura.

Il Tribunale amministrativo adito respinge il ricorso dichiarandolo infondato.

La sentenza in questione viene impugnata in appello dai signori A.A. e altri i quali lamentano che il T.A.R. abbia non correttamente interpretato ed applicato la pertinente normativa di riferimento.

In subordine (e per il caso in cui le richiamate disposizioni del D.L. n. 126/2019 siano effettivamente da intendere nel senso di impedire ai ricorrenti la partecipazione al concorso straordinario), viene prospettata una questione di legittimità costituzionale per violazione di numerose norme-parametro (in particolare: articoli 3 e 97, Cost.).

La decisione. Il Consiglio di Stato osserva che il comma 18^{o-ter} dell'art. 1, D.L. n. 126/2019 non lascia adito a dubbi interpretativi. Tale disposizione, infatti, limita la possibilità di accedere al concorso straordinario ai soli docenti i quali siano iscritti a percorsi di specializzazione all'insegnamento di sostegno che siano stati già avviati “entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” (i.e.: entro il 29 dicembre 2019).

La richiamata disposizione, quindi, non lascia residuare spazi per la partecipazione da parte degli insegnanti i quali – al pari dei ricorrenti – siano iscritti a corsi di specializzazione per il sostegno avviati dopo il 29 dicembre 2019 (anche se prima dell'indizione del concorso straordinario).

Il Collegio, tuttavia, dubita che tale rigida preclusione legislativa risulti effettivamente conforme con i generali principi di ragionevolezza e buona amministrazione (artt. 3 e 97, Cost.).

I Giudici di Palazzo Spada non mettono in dubbio l'ampia discrezionalità che comunque spetta al Legislatore in sede di definizione dei presupposti e delle condizioni delle procedure finalizzate ad arginare il fenomeno del precariato. Essi dubitano, tuttavia, che tale scelta risulti effettivamente ragionevole e funzionale allo scopo perseguito, anche in considerazione della grave crisi nel cui contesto si collocano le vicende di causa.

In particolare, la scelta di restringere la platea dei soggetti aventi titolo a partecipare alla procedura concorsuale ai soli docenti i quali abbiano avuto la possibilità di ultimare i corsi entro tale termine (escludendo invece chi non abbia potuto farlo per circostanze contingenti e imprevedibili) “[dimostra] l'indebita restrizione non solo materiale del principio di ragionevole massima partecipazione, ma soprattutto connessa all'evidente incoerenza della norma primaria con gli interessi pubblici perseguiti col collegamento tra i TFA/S e detto concorso”.

Secondo il Collegio, infatti, “[il] principio di ragionevolezza avrebbe dovuto, per la buona qualità della legislazione e per i valori costituzionali implicati prima richiamati, comportare il riferimento, per l'ammissione al concorso straordinario, ad una data di avvio del corso TFA comunque antecedente la concreta indizione del concorso, al fine d'evitare inutili ed irragionevoli esclusioni contrarie alla ratio della stessa norma agevolativa, purché l'ammissione al corso TFA/S fosse avvenuta prima della data di scadenza per la presentazione della domanda al concorso straordinario”.

Il Collegio non ritiene che la questione posta si configuri come estensione indebita di una sorta di privilegio, quale

potrebbe sembrare il concorso riservato, giacché anche la procedura selettiva semplificata risponde alla regola costituzionale del pubblico concorso (essendo divenuta nella scuola, per il noto processo in corso di riassorbimento del precariato, una modalità ormai ricorrente), ma quel che più rileva è l'esigenza che essa riesca a reclutare rapidamente ed efficacemente (sia pur con riserva) anche gli specializzandi sul sostegno sia al fine di sveltirne i tempi d'impiego nella funzione, sia a salvaguardia del diritto alla salute del disabile, cui l'ordinamento riconosce un diritto di natura assoluta, che partecipa della natura del diritto alla salute ex art. 32 Cost., ossia il diritto all'inserimento scolastico con affiancamento di un insegnante di sostegno professionalmente titolato e, quanto più possibile, già pronto (a partire dall'a.s. 2021/22) a svolgere i propri compiti d'affiancamento al discente.

Per tali ragioni il Collegio ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del più volte richiamato art. 1, comma 18^{o-ter} del D.L. n. 126/2019 per sospetta violazione degli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 e 113 Cost.

Gli effetti. Per effetto dell'ordinanza in esame viene rimessa alla Consulta la questione della conformità a Costituzione del D.L. n. 126/2019 per la parte in cui, nel prevedere l'indizione di un concorso straordinario per l'immissione in ruolo di insegnanti nelle scuole, non ammette a partecipare alla procedura coloro che abbiano seguito corsi di specializzazione avviati (poco) dopo l'emanazione del medesimo decreto n. 126.

Responsabilità per danno ambientale e compiti della curatela fallimentare

Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 gennaio 2021, n. 3 – Pres. Patroni Griffi – Rel. Lotti – Comune di Vicenza – Fallimento Magrin s.a.s. Pavimenti e Asfalti.

Ambiente – Responsabilità per danno ambientale – Divieto di abbandono di rifiuti e misure conseguenziali (D.lgs. 152/2006, art. 192) – Imputazione del fatto a una società in stato di fallimento – Obblighi ricadenti sulla curatela fallimentare

La questione: In caso di fallimento della società cui è imputabile una condotta di inquinamento (nel caso in esame, derivante dal deposito incontrollato di rifiuti), i conseguenti obblighi di ripristino e smaltimento di cui all'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006 ricadono in capo alla curatela fallimentare, ovvero – in via residuale – sull'Ente territoriale di riferimento?

Il fatto. Nel corso del 2018, in esito agli accertamenti effettuati dall'Agenzia Regionale per l'Ambiente (ARPA) del Veneto sulla presenza di rifiuti abbandonati presso lo stabilimento della Magrin s.a.s. Pavimenti e Asfalti Di Magrin Cav. Valentino & C. a Vicenza (impresa che ha cessato l'attività per la dichiarazione del suo fallimento), il Comune di Vicenza adotta il 2 febbraio 2018 un'ordinanza contingibile e urgente, ai sensi degli artt. 192, D.Lgs. n. 152/2006 (“TU ambiente”) e 50, 5^o comma, D.Lgs. n. 267/2000 (“TU enti locali”), nei confronti del curatore fallimentare, ingiungendogli la rimozione, l'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed il ripristino dello stato dei luoghi.

Il curatore, tuttavia, comunica di non poter svolgere tali attività per insufficienza di fondi nella massa attiva ed impugna l'ordinanza, formulando quattro motivi di censura, di cui i primi tre volti per contestare la titolarità passiva in capo allo stesso curatore fallimentare degli obblighi di cui all'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006, il quarto per contestare la

sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza previsto dall'art. 50, 5^o comma, D.Lgs. n. 267/2000.

Il T.A.R. per il Veneto, con la sentenza n. 744/2019, accoglie il ricorso, ritenendo non fondata la preliminare eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse prospettata dal Comune intimato (il curatore aveva nel frattempo presentato un programma per lo smaltimento dei rifiuti, specificando tuttavia di non prestare acquiescenza all'ordinanza).

In particolare, il T.A.R. considera fondati i primi tre motivi di impugnativa, con i quali il ricorrente curatore fallimentare ha sostenuto l'insussistenza della sua qualità di “detentore” dei rifiuti, e dunque del suo obbligo di rimozione degli stessi.

La sentenza in questione viene impugnata in appello dal Comune di Vicenza il quale ne lamenta sotto diversi profili l'erroneità.

Investita dell'appello, la Quarta Sezione del Cons. Stato rimette all'Ad. plen. la seguente questione relativa all'esigibilità o meno da parte degli organi del fallimento (e, segnatamente, da parte del curatore fallimentare) degli oneri di ripristino e smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006 (ord. n. 5454/2020).

La decisione. L'Ad. plen. preliminarmente rileva che deve escludersi che il curatore possa qualificarsi come avente causa del fallito nel trattamento di rifiuti, salve, naturalmente le ipotesi in cui la produzione dei rifiuti sia ascrivibile specificamente all'operato del curatore, non dando vita il Fallimento ad alcun fenomeno successorio sul piano giuridico.

Deve ritenersi, pertanto, esclusa una responsabilità del curatore del fallimento, non essendo il curatore né l'autore della condotta di abbandono incontrollato dei rifiuti, né l'avente causa a titolo universale del soggetto inquinatore, posto che la società dichiarata fallita conserva la propria soggettività giuridica e rimane titolare del proprio patrimonio, attribuendosene la facoltà di gestione e di disposizione al medesimo curatore.

La questione posta all'esame dell'Ad. plen. consiste quindi nello stabilire se, a seguito della dichiarazione di fallimento, perdano giuridica rilevanza gli obblighi cui era tenuta la società fallita ai sensi dell'art. 192 sopra riportato.

Ebbene, il Collegio ritiene che la presenza dei rifiuti in un sito industriale e la posizione di detentore degli stessi, acquisita dal curatore dal momento della dichiarazione del fallimento dell'impresa, tramite l'inventario dei beni dell'impresa medesima *ex artt.* 87 e segg. L. fall., comportino la sua legittimazione passiva all'ordine di rimozione (pur non essendo il curatore qualificabile come responsabile della condotta).

Osserva al riguardo l'Ad. plen. che al generale divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti si riconnettono gli obblighi di rimozione, di avvio al recupero o smaltimento e di ripristino dello stato dei luoghi in capo al trasgressore e al proprietario, in solido, a condizione che la violazione sia ad almeno uno di essi imputabile secondo gli ordinari titoli di responsabilità, anche per condotta omissiva, colposa nei limiti della esigibilità, o dolosa.

Nell'ottica del diritto UE (che non pone alcuna norma esimente per i curatori), i rifiuti devono comunque essere rimossi, pur quando cessa l'attività, o dallo stesso imprenditore che non sia fallito, o in alternativa da chi amministra il patrimonio fallimentare dopo la dichiarazione del fallimento.

Non risultano pertanto rilevanti, ai fini della risoluzione della *res controversa*, le nozioni nazionali sulla distinzione tra il possesso e la detenzione dei beni di impresa: ciò che conta è piuttosto la disponibilità materiale dei beni, nonché la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) l'amministrazione di un patrimonio nel quale sono compresi i beni immobili inquinati.

La conclusione appena richiamata costituisce, del resto, un'applicazione del principio "chi inquina paga" (v. il "considerando" n. 1 della Dir. 2008/98/CE), nel cui ambito solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può, in definitiva, invocare la cd. "esimente interna" prevista dall'art. 192, 3° comma, D.Lgs. n. 152/2006.

La curatela fallimentare, che ha la custodia dei beni del fallito, tuttavia, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale, non può evidentemente avvantaggiarsi dell'esimente di cui all'art. 192, lasciando abbandonati i rifiuti risultanti dall'attività imprenditoriale dell'impresa cessata.

Nella qualità di detentore dei rifiuti, sia secondo il diritto interno, ma anche secondo il diritto UE (quale gestore dei beni immobili inquinati), il curatore fallimentare è perciò senz'altro obbligato a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero.

Le medesime conclusioni (ancora una volta, coerenti con il principio di matrice UE "chi inquina paga") risultano inoltre coerenti con la sopportazione del peso economico della messa in sicurezza e dello smaltimento da parte dell'attivo fallimentare dell'impresa che li ha prodotti.

In altre parole – osserva il Collegio – "poiché l'abbandono di rifiuti e, più in generale, l'inquinamento, costituiscono "diseconomie esterne" generate dall'attività di impresa (cd. "esternalità negative di produzione"), appare giustificato e coerente con tale impostazione ritenere che i costi derivanti da tali esternalità di impresa ricadano sulla massa dei creditori dell'imprenditore stesso che, per contro, beneficiano degli effetti dell'ufficio fallimentare della curatela in termini di ripartizione degli eventuali utili del fallimento".

Laddove, invece, si seguisse la tesi contraria, "i costi della bonifica finirebbero per ricadere sulla collettività incolpevole, in antitesi non solo con il principio comunitario "chi inquina paga", ma anche in contrasto con la realtà economica sottesa alla relazione che intercorre tra il patrimonio dell'imprenditore e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità che, sotto il profilo economico, si pone in continuità con detto patrimonio".

Conclusivamente, l'Ad. plen. enuncia il seguente principio di diritto e restituisce per il resto gli atti alla Sezione rimettente: "ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192, D.Lgs. n. 152-2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare".

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna viene chiarito che gravano sulla massa fallimentare (e non sull'Ente locale di riferimento) gli oneri di ripristino e smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 del "Codice dell'ambiente" del 2006 laddove la matrice del fenomeno sia addebitabile a una società soggetta a procedura fallimentare. In tali ipotesi – precisa la sentenza in esame – le conseguenti attività devono essere realizzate dal curatore fallimentare.

Recentissime Corti europee

a cura di Daniele Amoroso e Massimo Francesco Orzan*

Sull'applicabilità della Direttiva 2014/24/UE alle federazioni sportive nazionali

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19 – Pres. M. Vilaras – Rel. N. Piçarra, D. Šváby – Avv. Gen. M. Campos Sánchez-Bordona – Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) e Consorzio Ge.Se.Av. S.c.arl / De Vellis Servizi Globali S.r.l.

Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Procedura di affidamento degli appalti pubblici – Dir. 2014/24/UE – Art. 2, par. 1, punto 4 – Amministrazione aggiudicatrice – Organismi di diritto pubblico – Nozione – Federazione sportiva nazionale – Soddisfacimento di esigenze di interesse generale – Vigilanza sulla gestione della federazione da parte di un organismo di diritto pubblico

La questione: la Federazione Italiana Giuoco Calcio, in qualità di federazione sportiva nazionale, può essere qualificata come “organismo di diritto pubblico” e, di conseguenza, può essere assoggettata alla Direttiva 2014/24/UE in materia di affidamento degli appalti pubblici?

Il fatto. La Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) ha organizzato una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di facchinaggio al seguito delle squadre nazionali di calcio e presso il magazzino della FIGC per una durata di tre anni. All'esito di tale procedura, la De Vellis Servizi Globali S.r.l., invitata a partecipare ma alla quale l'appalto non è stato attribuito, ha presentato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio un ricorso per contestare le modalità di svolgimento di suddetta procedura negoziata. Nell'opinione dell'offerente, la FIGC avrebbe dovuto essere considerata come un “organismo di diritto pubblico”, e, di conseguenza, avrebbe dovuto rispettare le regole di pubblicità previste dalla normativa in materia di appalti pubblici. A seguito dell'accoglimento del ricorso da parte del TAR per il Lazio e dell'annullamento dell'appalto in questione, la FIGC e la Ge.Se.Av. S.c.arl, ossia il Consorzio che si era aggiudicato l'appalto, hanno proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, contestando la premessa secondo cui la FIGC avrebbe dovuto essere qualificata come “organismo di diritto pubblico”. In considerazione di tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della Dir. 2014/24/UE. Nello specifico, il giudice del rinvio ha chiesto l'interpretazione sia dell'art. 2, par. 1, punto 4 lett. a) relativamente al presupposto secondo cui un “organismo di diritto pubblico” deve essere stato creato per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, sia del punto c) dello stesso articolo, che statuisce che la gestione di un organismo siffatto deve essere posta sotto la vigilanza di un'autorità pubblica.

La decisione. Con la sentenza alle cause riunite C-155/19 e C-156/19 del 3 febbraio 2021, la Corte ha rilevato che una federazione sportiva nazionale, come è la FIGC, può essere assoggettata alle norme in materia di affidamento degli ap-

palti pubblici se esercita attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Per la Corte inoltre appare opportuno che una federazione siffatta, dotata di personalità giuridica, sia sottoposta al controllo di un'autorità pubblica, come il Comitato Olimpico Nazionale Italiano, nel senso che tale autorità deve poter influire sulle decisioni della federazione in materia di appalti pubblici. Con riferimento al primo aspetto, è stato sottolineato che l'attività di interesse generale costituita dallo sport viene realizzata da ciascuna delle federazioni sportive nazionali nell'ambito di compiti a carattere pubblico espressamente attribuiti alle stesse dalla normativa di ogni singolo Stato, con la precisazione che vari di questi compiti sembrano essere privi di carattere industriale o commerciale. Per quanto riguarda la seconda questione pregiudiziale, la Corte ha ammesso che la normativa italiana riconosce un'ampia autonomia di gestione alle federazioni sportive nazionali. Sicché, in linea generale, il controllo esercitato dal CONI di per sé non sarebbe in grado di influire sull'affidamento di appalti pubblici da parte di una federazione sportiva nazionale come la FIGC. Tuttavia, la Corte non esclude che un siffatto presupposto possa essere rovesciato allorché sia dimostrato che i diversi poteri di cui il CONI è dotato nei confronti della FIGC hanno come effetto quello di creare una dipendenza della seconda nei confronti del primo. In tal caso il CONI finirebbe per esercitare un'influenza sulle decisioni della FIGC in materia di appalti pubblici. La Corte ha di conseguenza provveduto a fornire delle precisazioni intese a guidare il giudice nazionale nella verifica dell'esistenza di una dipendenza come quella poc'anzi descritta, stabilendo che l'analisi dei diversi poteri di cui il CONI è investito nei confronti della FIGC deve essere oggetto di una valutazione d'insieme. La sentenza si chiude con la considerazione che, nell'ipotesi in cui si sancisse che il CONI controlli la gestione delle federazioni sportive nazionali, il fatto che queste ultime possano esercitare, in virtù della loro partecipazione maggio-

* Le opinioni espresse sono personali e non riflettono il punto di vista della Corte di giustizia.

ritaria nei principali organi del CONI, un'influenza sull'attività di quest'ultimo è pertinente soltanto qualora sia possibile dimostrare che ciascuna delle federazioni sportive nazionali, singolarmente presa, è in grado di esercitare un'influenza significativa sul controllo di gestione esercitato dal CONI nei confronti della federazione stessa, sicché tale controllo venga neutralizzato e tale federazione ritrovi così il dominio sulla propria gestione.

Gli effetti. Vista la possibilità di considerare la FIGC come organismo di diritto pubblico e non più come mero ente deputato all'organizzazione e alla regolamentazione del gioco del calcio, la Corte ha "responsabilizzato" l'operato di suddetta Federazione, rendendola soggetta, al presentarsi di determinati presupposti, alla Direttiva 2014/24/UE. È indubbio che la sentenza in parola si inserisca nella tradizionale tendenza, da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, ad invitare gli Stati membri ed i loro organi giurisdizionali a svolgere valutazioni e considerazioni di carattere complessivo. Ciò appare ancor più evidente se si considera il

par. 66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona, relativo al controllo attivo del CONI sulla gestione della FIGC e alla possibile influenza dello stesso sulle decisioni di quest'ultima in materia di appalti pubblici. Secondo l'Avvocato Generale, l'analisi dei vari poteri del CONI deve costituire oggetto di una valutazione d'insieme e soltanto dalla compresenza di una pluralità di fattori potrà ricavarsi l'esistenza di una sua pervasiva influenza sull'operato della FIGC. La Corte, attraverso questa decisione, ha respinto la proposta di divisione, da parte del governo italiano, tra attività private delle Federazioni Sportive Nazionali, di carattere puramente economico, e attività che perseguono una finalità di interesse generale, e, parimenti, ha optato ancora una volta per la cosiddetta "teoria del contagio", già presentata nella sentenza del 15 gennaio 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, teoria secondo cui è "irrilevante il fatto che, oltre a compiti di interesse generale, un ente del genere sia libero di svolgere altre attività (...)" cosicché la "condizione posta non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere". [Giuseppe Niccolò Imperlino]

La Corte riconosce il diritto al silenzio quale corollario degli artt. 47 e 48 della Carta

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19 – Pres. K. Lenaerts – Rel. M. Safjan – Avv. Gen. P. Pikamäe – Consob.

Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Direttiva 2003/6/CE – Art. 14, par. 3 – Reg. (UE) n. 596/2014 – Art. 30, par. 1, lett. b) – Abuso di mercato – Sanzioni amministrative aventi carattere penale – Omessa collaborazione con le autorità competenti – Artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione

La questione: nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dalla Corte costituzionale, la Corte è stata chiamata ad interpretare l'art. 14, par. 3, Dir. 2003/6/CE e l'art. 30, par. 1, Reg. (UE) n. 596/2014 in merito alla loro compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta) e, più in particolare, con il diritto di mantenere il silenzio. In sostanza, alla Corte è stato chiesto se le suddette disposizioni europee in materia di abusi di mercato, lette alla luce della Carta, consentano agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative presentanti carattere penale. La Corte ha dunque avuto la possibilità di chiarire la portata del diritto al silenzio e la sua applicabilità nell'ambito di procedimenti amministrativi da cui possano discendere responsabilità penali a carico di una persona fisica.

Il fatto. Nel 2012, il ricorrente veniva sanzionato dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) per un ammontare complessivo di EUR 300 000 per un illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate commesso nel 2009. Oltre a ciò, poiché il ricorrente aveva rinviato più volte la data dell'audizione alla quale era stato convocato nella sua qualità di persona informata dei fatti e, una volta presentatosi, si era rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte, la Consob gli infliggeva una sanzione di EUR 50 000 per omessa collaborazione. Proprio quest'ultima sanzione è oggetto dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Infatti, a seguito del rigetto della sua opposizione contro le sanzioni ricevute, il ricorrente proponeva ricorso dinanzi alla Corte suprema di cassazione, la quale sottoponeva alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale. Tale questione verteva sull'art. 187 *quinquiesdecies* del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, che sanziona chiunque non cooperi con la Consob al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza. A sua volta, la Corte costituzionale decideva di sospendere il procedimento e di rimettere la questione alla Corte. Difatti, la Consulta rilevava che la disposizione in esame era stata adottata in esecuzione

di un obbligo specifico imposto dalla Dir. 2003/6 e che essa costituisce attualmente l'attuazione di una disposizione del Reg. n. 596/2014. La Corte costituzionale, sottolineando che il diritto al silenzio dell'imputato costituisce un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, si interrogava dunque sulla compatibilità del diritto derivato dell'Unione europea con gli artt. 47 e 48 della Carta.

La decisione. La Grande sezione della Corte, dopo aver sottolineato che le questioni sollevate riguardano il diritto ad un equo processo, sancito dagli artt. 47 e 48 della Carta, ha osservato che tale diritto è altresì garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (la CEDU). A tal riguardo, la Corte ha ricordato che, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, qualora i diritti di quest'ultima siano corrispondenti a quelli della CEDU, tali diritti ne assumono lo stesso significato e la stessa portata e che, pertanto, è necessario garantire una coerenza tra i diritti dei due documenti in questione. Orbene, considerando che gli artt. 47 e 48 della Carta corrispondono all'art. 6 della CEDU, la Corte ha affermato di dover tener conto dei diritti in materia di equo processo garantiti dalla CEDU, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). A questo

proposito, la Grande sezione della Corte ha esaminato la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 6 CEDU e ne ha dedotto che, seppure il diritto al silenzio non è menzionato espressamente né in quest'ultima disposizione né nelle disposizioni della Carta, un tale diritto costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, che si trova al centro della nozione di equo processo. Dunque, secondo la Corte, non solo il diritto al silenzio risulta violato se, in una causa penale, un sospetto viene punito per essersi rifiutato di deporre, ma siffatto diritto deve essere rispettato anche nell'ambito di procedure di accertamento di illeciti amministrativi, qualora tali procedure siano suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative presentanti carattere penale. La Corte ha ritenuto che, sebbene spetti al giudice del rinvio valutare (sulla base dei criteri della qualificazione giuridica dell'illecito, della natura dell'illecito, e del grado di severità della sanzione) se le sanzioni amministrative in discussione abbiano carattere penale, le sanzioni inflitte dalla Consob nel caso a quo sembrano perseguire una finalità repressiva e presentare un elevato grado di severità, tale per cui esse sono suscettibili di avere natura penale. Alla luce dei ragionamenti suesposti, la Corte ha considerato che, tra le garanzie che discendono dagli artt. 47 e 48 della Carta, figura il diritto al silenzio di una persona fisica imputata e che tale diritto osta a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente, ai sensi della Dir. 2003/6 o del Reg. n. 596/2014, risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale. La Grande sezione della Corte ha, infine, concluso che le disposizioni oggetto delle questioni sollevate, e cioè l'art. 14, par. 3, Dir. 2003/6 e l'art. 30, par. 1, lett. b), Reg. n. 596/2014, si prestano ad essere interpretate in conformità al suddetto diritto al silenzio in quanto tali disposizioni non impongono di sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di rispondere alle domande dell'autorità competente qualora le sue risposte possano portare tale persona ad autoincriminarsi. Tuttavia, in assenza di una esplicita esclusione da parte delle citate disposizioni della possibilità di infliggere sanzioni per un siffatto rifiuto, spetta agli Stati membri garantire che l'autorità competente non possa sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornire risposte autoincriminanti.

Gli effetti. Con questa sentenza la Grande sezione della Corte ha affermato per la prima volta che il diritto al silenzio, sebbene non esplicitamente menzionato negli artt. 47 e 48

della Carta, costituisce un logico corollario del diritto ad un equo processo e che, in quanto tale, è garantito dalle suddette disposizioni. Inoltre, la Corte ha interpretato il diritto al silenzio in maniera estensiva e ne ha riconosciuto l'applicabilità ai procedimenti amministrativi per abusi di mercato. Così facendo, la Grande sezione della Corte ha rafforzato il diritto ad un equo processo ed ha chiarito che il diritto al silenzio non si applica soltanto ai procedimenti penali, ma anche nell'ambito di procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative presentanti carattere penale. Nella sua analisi, la Corte ha altresì definito in maniera più dettagliata la portata del diritto al silenzio. Da un lato, essa ha precisato che un tale diritto non può essere limitato alle confessioni di illeciti, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa e che possano quindi impattare sulla condanna o sulla sanzione inflitta ad una persona fisica. Dall'altro, la Corte ha precisato che il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa. È opportuno sottolineare che il risultato a cui giunge la sentenza in commento è stato reso possibile soprattutto dalla clausola di equivalenza prevista dall'art. 52, par. 3, della Carta e dall'esame approfondito della giurisprudenza della Corte EDU. Al riguardo, allineandosi all'orientamento giurisprudenziale di Strasburgo in materia di equo processo, i giudici di Lussemburgo hanno contribuito ad un ulteriore passo in avanti nel processo di cooperazione tra le due Corti europee e di convergenza tra le relative giurisprudenze. Infine, merita segnalare il fatto che la causa è stata originata da un rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, trattandosi soltanto del terzo rinvio di questo genere dal 2013, anno in cui, con l'ordinanza n. 207, la Corte costituzionale ha inaugurato una svolta nella propria giurisprudenza ammettendo la possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia anche per quanto riguarda i giudizi instaurati in via incidentale. In conclusione, la sentenza in esame è un perfetto esempio positivo di dialogo tra Corti su più livelli: quello orizzontale, tra Corti europee; e quello verticale, tra giudici nazionali e Corti europee. La pronuncia della Grande sezione della Corte testimonia concretamente come siffatto dialogo possa portare ad un innalzamento di tutela dei diritti a beneficio di tutti i cittadini europei. [Andrea Manta]

Prove estorte mediante trattamenti inumani e degradanti e diritto ad un equo processo

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 26 gennaio 2021, ricorsi n. 73313/17 e 20143/19 – Pres. Jon Fridrik Kjølbro – Zličić c. Serbia.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Violazione sostanziale e procedurale del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) – Diritto ad un equo processo penale (art. 6, 1° comma, CEDU) – Prove ottenute mediante trattamenti inumani e degradanti – Preclusione probatoria – Iniquità dell'intero processo

La questione: viola il diritto ad un equo processo penale *ex art. 6, 1° comma, CEDU* la decisione delle autorità giudiziarie statali di non escludere dal compendio probatorio un documento firmato dall'imputato dopo aver subito trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU in sede di interrogatorio? Tale violazione sussiste anche se il documento in questione non ha esercitato alcuna influenza sulla decisione finale di condanna?

Il fatto. All'esito di una perquisizione effettuata nel mese di gennaio 2014, il sig. Aleksandar Zličić ed il sig. G.K., amico del primo, venivano tradotti nella stazione di polizia di Novi Sad da due poliziotti in borghese perché ritenuti colpevoli di possedere una bustina di plastica contenente sostanza stupefacente del tipo cannabis. Qui venivano interrogati e, secondo quanto riportato dal sig. Zličić, costretti dai poliziotti in servizio ad ammettere di aver commesso il reato loro ascritto. In particolare, il sig. Zličić veniva ripetutamente colpito alla testa ed all'addome, nonché minacciato di ulteriori violenze, anche nei confronti della sua famiglia. Mosso dal timore di ulteriori abusi, il sig. Zličić firmava un documento con cui confermava la perquisizione de quo e, per l'effetto, veniva liberato.

Due giorni dopo l'accaduto, si recava in ospedale accompagnato dal suo avvocato e da G.K. Qui gli venivano diagnosticate diverse lesioni, specie all'occhio sinistro, ed un disturbo dell'adattamento come conseguenza dell'aver visto una situazione estremamente stressante.

Per questo motivo, prima ancora di conoscere l'esito del processo iniziato nei suoi confronti, il sig. Zličić esprimeva i maltrattamenti subiti all'ufficio della procura generale di Novi Sad, sporgendo denuncia nei confronti di S.D. ed altri tre poliziotti non identificati. Veniva iniziata così un'indagine interna all'esito della quale la procura generale rigettava la richiesta di procedere nei confronti dei sopraindicati pubblici ufficiali, ritenendo invece meritevole di accoglimento la versione degli eventi fornita dalla stazione di polizia secondo cui alcun maltrattamento era stato attuato nei confronti dell'imputato. Del medesimo avviso è stata la procura generale in secondo grado, avendo quest'ultima ritenuto che, nel caso di specie, l'unità responsabile dell'investigazione aveva agito in maniera assolutamente imparziale e che, pertanto, alcun dubbio poteva esserci circa la condotta tenuta dagli ufficiali. Il sig. Zličić proponeva ulteriore ricorso alla Corte costituzionale allegando la violazione del suo diritto all'integrità fisica e mentale come tutelato dall'art. 25 della Costituzione, nonché il diritto ad avere un processo equo, il divieto di discriminazione e il dovere di trattare i detenuti con dignità, tutti principi garantiti dagli artt. 32, 21 e 28 della Costituzione. Tuttavia, anche la Corte costituzionale rigettava il ricorso, non potendo la decisione oggetto di impugnazione generare alcuna violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione serba.

Nel luglio 2015, il ricorrente veniva incriminato per detenzione illecita di sostanze stupefacenti. Tuttavia, pur avendo lo stesso evidenziato nel corso del giudizio come la bustina di plastica contenente sostanza di tipo cannabis trovata a terra in sua prossimità non gli appartenesse e che il certificato di perquisizione della stessa fosse stato da lui firmato sotto minaccia, il Tribunale di Novi Sad lo riteneva colpevole e lo condannava in primo grado a 3 mesi di reclusione, pena sospesa per un anno. La decisione del giudice di prime cure si fondava principalmente sulla versione degli eventi fornita dai poliziotti e non sul certificato di perquisizione che, sebbene ammesso nel compendio probatorio, non aveva esercitato alcuna influenza sulla decisione finale.

Il ricorrente, ritenuto colpevole in primo grado, proponeva quindi appello contro la sentenza che lo incriminava, indicando tra i motivi di gravame il fatto che il giudice di prime cure avesse ammesso in giudizio il certificato comprovante la perquisizione e sottoscritto dal ricorrente, la cui

firma era stata però estorta tramite violenza, senza tuttavia valutare le prove attestanti gli abusi subiti. Anche in secondo grado, la Corte Superiore di Novi Sad rigettava l'appello, accogliendo in toto le motivazioni rese dal giudice di prime cure.

Il ricorrente, pertanto, proponeva ulteriore ricorso avverso la sentenza di appello alla Suprema Corte di Cassazione, ricorso che veniva nuovamente rigettato, avendo la Corte concluso per la legittimità della decisione oggetto di gravame. Precisamente, i giudici di legittimità motivavano la propria scelta sulla base delle testimonianze rese dai poliziotti coinvolti e "non solo" sul certificato di perquisizione, ritenendo quindi che, anche in assenza di quest'ultimo, la decisione non sarebbe cambiata.

Un mese dopo la decisione della Suprema Corte di Cassazione, il ricorrente si rivolgeva nuovamente alla Corte costituzionale, lamentando in questa sede la violazione del suo diritto ad un equo processo. La Corte rigettava l'ulteriore appello, accogliendo la decisione delle corti in sede penale ed evidenziando come nel caso de quo non ci fosse stata alcuna violazione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti.

Da ultimo, il ricorrente agiva civilmente nei confronti della Serbia e del Ministro dell'Interno per ottenere il risarcimento per le lesioni subite in seguito agli abusi di cui sopra. Diversamente dalle precedenti pronunce, la Corte di primo grado di Novi Sad accoglieva le sue richieste, riconoscendo, ai fini del risarcimento dei danni, la violazione del diritto di quest'ultimo ad essere trattato con dignità e a non essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti in prigione. Suddetta decisione veniva confermata anche in secondo grado, sebbene la somma di denaro riconosciuta sia stata diminuita.

Tuttavia, persistendo gli effetti penali delle pronunce precedenti, il ricorrente presentava ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 3 (Divieto di tortura), sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, e 6, 1° comma (Diritto a un processo equo) della Convenzione.

La decisione. La Corte ha dichiarato il ricorso ammissibile e fondato, rigettando però solo parte degli argomenti proposti in senso opposto dallo Stato convenuto. La decisione può essere infatti divisa in due parti.

Da un lato, la Corte, accogliendo la versione dei fatti fornita dal ricorrente, ha accertato all'unanimità la violazione dell'art. 3 CEDU, sia nel suo aspetto sostanziale che procedurale. Sul punto, infatti, richiamando la fondamentale importanza ricoperta dal divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti quale valore imprescindibile di ogni Stato democratico, e tenendo a mente quanto dedotto dalla Corte di Novi Sad sia in primo che in secondo grado nell'ambito del giudizio civile, la Corte EDU ha pertanto ritenuto provati i maltrattamenti subiti dal ricorrente, considerando questi ultimi come integranti una condotta vietata dall'art. 3 CEDU. Parimenti, la Corte ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU nella parte in cui obbliga gli Stati contraenti ad attivarsi per compiere indagini effettive e idonee ad accertare i fatti di reato. Nel caso di specie, non accogliendo le argomentazioni prospettate dal Governo serbo secondo cui l'art. 3 CEDU integrerebbe obbligazioni di mezzo e non di risultato, ha invece evidenziato come le indagini condotte fossero inadeguate rispetto al reato da accertare. In particolare, la decisione della procura di rigettare la richiesta di incriminazione avanzata dal ri-

corrente è stata fondata principalmente sulle testimonianze rese dai poliziotti, senza tuttavia fornire una adeguata motivazione, né tantomeno indagare sulla credibilità dei testimoni, avendo invece il ricorrente fondato l'accusa su prove documentali, quali i referti medici ed altri documenti attestanti le lesioni subite.

Su queste premesse, la Corte ha proceduto poi ad analizzare se, nel caso di specie, fosse stato violato anche il diritto del ricorrente ad avere un equo processo *ex art. 6, 1° comma, CEDU*, essendo stata ammesso nel compendio probatorio una prova estorta in violazione dell'art. 3 della Convenzione. Tuttavia, diversamente da quanto prospettato nel ricorso dal sig. Zličić, e con una maggioranza di sei voti contro uno, la Corte di Strasburgo ha ritenuto di dover accogliere la tesi sostenuta dal Governo serbo secondo cui, sebbene ammesso nel giudizio di primo grado, il certificato in questione non avrebbe esercitato alcuna influenza sulla decisione finale di condanna. Ergo, il processo non sarebbe stato iniquo per il ricorrente che, in ogni caso, sarebbe stato ritenuto responsabile del reato a lui ascritto, come comprovato dalla testimonianza resa dai due poliziotti, ritenuta dalle autorità giudiziali statali di ogni grado cruciale ai fini della condanna.

Sul punto la Corte ha così proceduto: preliminarmente, ha ritenuto opportuno richiamare la stretta connessione sussistente tra l'ammissione di prove ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU e la violazione del diritto ad un equo processo. In questa sede, però, ha anche evidenziato come diverso sia il trattamento riservato alle differenti tipologie di prove ammesse. Precisamente, ha distinto da un lato le dichiarazioni estorte mediante tortura e/o trattamenti inumani e degradanti per le quali vige incontestata la preclusione probatoria (*Gäfgen c. Germania*, sentenza del 1° giugno 2010), e dall'altro le prove "fisiche" ottenute attuando la medesima condotta. Proprio in relazione a questa seconda categoria, l'iniquità dell'intero processo deriverebbe dal grado di abusi posti in essere, potendo essi assurgere a tortura o trattamenti inumani e degradanti. Invero, nel primo caso trova applicazione la preclusione probatoria, mentre nel secondo, ammesso che la prova non sia stata rilevante ai fini della decisione di condanna, non vigerebbe alcuna preclusione (*El Haski c. Belgio*, sentenza del 25 settembre 2012, par. 85).

Sulla base di dette premesse, la Corte di Strasburgo ha dunque analizzato la questione nei termini indicati dal ricorrente, ritenendo opportuno qualificare il certificato oggetto di controversia non come una dichiarazione ma, bensì, come un mero riconoscimento del fatto che una certa sostanza stupefacente fosse stata trovata in possesso del ricorrente e, pertanto, sequestrata. Si tratterebbe quindi di un documento strettamente legato ad una prova "fisica" (la sostanza stupefacente) e, dunque, rientrante nella seconda categoria di prove ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU. In particolare, avendo preventivamente stabilito che gli abusi subiti dal ricorrente fossero qualificabili come trattamenti inumani e degradanti e avendo il Governo serbo confermato la totale irrilevanza del documento ai fini della condanna finale, la Corte ha pertanto concluso confermando l'assenza di qualsivoglia violazione del diritto del ricorrente ad avere un equo processo.

Gli effetti. La sentenza in esame offre molteplici spunti di riflessione, soprattutto alla luce dell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Bošnjak e di quanto recentemente

affermato dalla stessa Corte EDU nel caso *Ćwik c. Polonia* (sentenza del 5 novembre 2020), anch'esso avente ad oggetto il rapporto tra equo processo ed inutilizzabilità delle prove estorte in violazione dell'art. 3 CEDU.

In particolare, ciò che incuriosisce è come la Corte di Strasburgo sia passata dall'escludere in modo radicale, nella recente sentenza sul caso *Ćwik*, la possibilità di ammettere in giudizio come prova qualsiasi atto compiuto in violazione del divieto di tortura *ex art. 3 CEDU*, al ritenere invece legittima la possibilità per le corti nazionali di non escludere dal fascicolo processuale prove ottenute mediante trattamenti inumani e degradanti, anche se ciò significherebbe mettere in discussione uno dei principali pilastri su cui si fonda lo Stato di diritto.

Sarebbe infatti incoerente per uno Stato democratico perseguire e punire chi viola il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti e, ciononostante, consentire alle proprie corti di fondare le decisioni su materiale probatorio ottenuto violando il medesimo divieto. Ciò a maggior ragione se si considera la difficoltà, evidenziata dal giudice Bošnjak nella sua opinione parzialmente dissenziente, di stabilire se, e fino a che punto, la prova ottenuta in violazione dell'art. 3 CEDU ed ammessa in giudizio, non abbia effettivamente esercitato alcuna influenza sulla decisione finale di condanna. Non poche, infatti, risultano essere le perplessità, sia se si considera che nel caso de quo la stessa Corte di Cassazione, nel giustificare la propria decisione, ha esplicitamente affermato che la condanna del ricorrente è stata giustificata dalle testimonianze rese dai poliziotti "e non solo" da quanto invece attestato con il certificato di sequestro, sia in relazione al fatto che si tratterebbe in ogni caso di una valutazione poco oggettiva, considerata l'alta probabilità che il giudice sia inconsciamente influenzato nella sua decisione dal contenuto di prove dichiarate inammissibili (cd. effetto della contaminazione psicologica). Ciò appare essere vero soprattutto nei casi, come quello che ci occupa, in cui la violazione dell'art. 3 CEDU è stata confermata in un secondo momento, ossia quando la decisione era già stata presa.

In aggiunta, poco chiara appare la scelta effettuata dalla Corte di Strasburgo di qualificare il certificato oggetto di controversia non come una dichiarazione, ma bensì come prova "fisica". Invero, non solo alcuna motivazione è stata fornita, ma la stessa Corte avrebbe agito in maniera difforme rispetto alla sua stessa giurisprudenza. Sul punto, appare utile richiamare la distinzione tra dichiarazioni e prove elaborate in *Gäfgen*, in virtù della quale sono da considerarsi ammissibili solo quelle prove ottenute come conseguenza delle dichiarazioni estorte al ricorrente con condotte integranti trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU. Nel caso de quo, invece, il documento sottoscritto dal ricorrente assumerebbe sia per forma che per contenuto le caratteristiche proprie di una dichiarazione, per la quale vige incontestata la regola dell'esclusione probatoria.

In conclusione, sembrerebbe che, con la sua decisione, la Corte abbia volutamente messo da parte l'esigenza di assicurare a tutti i costi il rispetto di valori fondamentali, quali il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, una scelta che sicuramente è in contrasto con il carattere assoluto ed inderogabile di suddetta previsione normativa e che, a parere di chi scrive, risulta essere poco condivisibile, considerate le conseguenze che l'ammissione in giudizio di suddette prove ottenute mediante comportamenti vietati potrebbe avere all'interno di società fondate sull'ideale democratico. [Michela Chianese]

La repressione penale dell'accattonaggio (passivo) viola la dignità umana

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, 19 gennaio 2021, ricorso n. 14065/2015 – Pres. P. Lemmens – Lacatus c. Svizzera.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU – Accattonaggio – Sanzione detentiva – Dignità – Libertà di espressione ex art. 10 CEDU – Divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU

La questione: il giudizio cui la Corte Edu è stata chiamata concerne la compatibilità con gli artt. 8, 10 e 14, quest'ultimo in combinato disposto con l'art. 8 della CEDU, di una multa per accattonaggio, per l'ammontare di 500 Franchi Svizzeri (464 Euro circa), convertita successivamente in pena detentiva (5 giorni) a causa del mancato pagamento della multa stessa. La ricorrente, analfabeta, senza lavoro e proveniente da una famiglia molto povera, appartiene alla comunità Rom.

Il fatto. Violeta-Sibianca Lăcătuș, ricorrente, è una donna di nazionalità romena, appartenente alla comunità Rom, nata nel 1992 e residente in Romania. Nel 2011, trovandosi a Ginevra senza occupazione, stante l'assenza di sussidi di alcun tipo, al fine di guadagnarsi da vivere, principiava la sua attività di accattonaggio. Tale attività veniva svolta con l'unico ausilio di una tazza e senza mai, in base a quanto emerso in sede nazionale ed in Corte Edu, assumere un contegno aggressivo e/o violento.

Il 22 luglio 2011 le veniva inflitta una prima sanzione pecuniaria per una cifra pari a 100 Franchi Svizzeri (93 euro circa), in virtù dell'art. 11 A della *Loi pénale genevoise* che sanziona con una multa "chiunque commetta elemosina"; in tale occasione, a seguito di una perquisizione e senza alcun ordine da parte dell'autorità giudiziaria, il personale di polizia confiscava alla ricorrente una cifra pari a 16.75 Franchi Svizzeri (circa 15,50 euro).

Nei successivi due anni la ricorrente veniva sanzionata con ulteriori otto multe da 100 Franchi Svizzeri l'una le quali, ai sensi dell'art. 106, 2° comma, c.p. Svizzero, potevano essere oggetto di conversione ciascuna in un giorno di pena detentiva, in caso di mancato pagamento.

La ricorrente, dunque, contestava gli ordini di pagamento emessi a suo carico di fronte al *Tribunal de police du canton de Genève* il quale, nel gennaio del 2014, la condannava per accattonaggio infliggendole una multa di 500 Franchi Svizzeri, convertibili in 5 giorni di sanzione detentiva in caso di mancato pagamento. In tale sede veniva inoltre convalidata la confisca di 16,75 Franchi Svizzeri.

La ricorrente presentava appello avverso tale decisione alla *Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du canton de Genève*. Le censure mosse avevano ad oggetto la violazione della libertà di espressione con riferimento alla sua condizione economico-sociale; la violazione del divieto di discriminazione indiretta; la violazione della libertà personale, l'illegittimità della confisca subita e l'indeterminatezza della norma domestica che sanzionava l'accattonaggio, omettendo di definirlo. Tutte le censure, riportate in maniera sostanzialmente speculare anche nel successivo grado di giudizio nazionale dinanzi al *Tribunal fédéral*, sono state rigettate da entrambi i giudici.

Dal punto di vista della libertà di espressione, viene evidenziato come la norma sanzionante l'accattonaggio non costituisca per la Lăcătuș un impedimento *tout court* all'espressione della propria condizione e disagio, potendo la stessa avvenire in altre modalità. Inoltre, secondo il giudice domestico, la ricorrente non avrebbe posto in essere delle condotte atte a fornire informazioni sulla propria condizione o su quella della propria comunità, facendo emergere

dunque l'aspetto comunicativo come secondario, ancillare, rispetto a quello dell'accattonaggio.

In merito alla presunta discriminazione, viene invece osservato come l'art. 11A della *Loi pénale genevoise* non faccia in alcun modo riferimento alla comunità rom, non essendo inoltre l'alto numero di multe per accattonaggio nei confronti della comunità rom un dato di per sé sufficiente a dimostrare il coefficiente discriminatorio della norma.

La ricorrente, inoltre, non si troverebbe in uno stato di indigenza tale da essere considerato *ex se* un parametro di discriminazione, considerato da un lato il diritto costituzionale ad essere assistiti qualora ci si trovi in stato di disagio e difficoltà, previsto dall'art. 12 della Costituzione svizzera, e dall'altro l'assenza di domande per sussidi e assistenza a vario titolo da parte della ricorrente stessa.

Viene inoltre citata della giurisprudenza del *Tribunal fédéral* svizzero secondo la quale la pur riconosciuta libertà di accattonaggio, come parte integrante della libertà personale garantita dalla Costituzione, deve essere limitata in maniera ragionevole per salvaguardare l'ordine e la tranquillità pubblica dei residenti, dei commercianti e dei passanti, proteggendoli anche da eventuali condotte violente ed imprevedibili di coloro che mendicano. Ragionevoli e proporzionate restrizioni sarebbero da consentire e da auspicare anche al fine di combattere lo sfruttamento di esseri umani, specie di bambini, sovente correlato all'accattonaggio.

Infine, non essendo stata in grado di spiegare la provenienza del denaro al momento della perquisizione, era ragionevole, sempre secondo il giudice nazionale, presumere che il denaro in possesso della ricorrente fosse proveniente dall'illecita attività di accattonaggio, rendendo dunque non arbitraria la confisca effettuata ai suoi danni.

Stanti tali valutazioni la Lăcătuș, dal 24 al 28 Marzo del 2015, scontava 5 giorni di sanzione detentiva presso il carcere di *Champ-Dollon Remand*, a causa del mancato pagamento della multa di 500 Franchi Svizzeri.

La stessa presentava ricorso di fronte alla Sez. III della Corte Edu in data 17 marzo 2015, lamentando una violazione degli artt. 8, 10 e 14 della Convenzione.

Ad avviso della ricorrente, infatti, il divieto di accattonaggio costituirebbe una interferenza ingiustificata nella sua sfera personale protetta dall'art. 8 in quanto, essendo la ricorrente analfabeta e senza altre fonti di reddito, la priverebbe dell'unico strumento a lei concretamente disponibile per sopravvivere; il non poter mendicare costituirebbe anche una compressione non ragionevole della libertà e del diritto della ricorrente di poter comunicare il suo stato socio-economico agli altri individui ai sensi dell'art. 10 della Convenzione; infine, leggendo in combinato disposto gli

artt. 8 e 14 della Convenzione, il trattamento in concreto ricevuto sarebbe stato discriminatorio a causa della sua appartenenza alla comunità Rom e/o del suo stato di indigenza.

La decisione. La Corte decide di impostare il proprio ragionamento partendo da un'analisi comparatistica, che coinvolge sia legislazione e giurisprudenza di 38 Stati Membri sia la *case law* della Commissione Inter-Americana per i Diritti dell'Uomo, della Commissione Africana per Diritti dell'Uomo, fino ad arrivare a strumenti di *soft law* delle Nazioni Unite e alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro il traffico di esseri umani. Tra le varie, viene ad esempio presa in esame anche l'interessante sentenza n. 519/1995 della Corte costituzionale italiana, in cui viene tracciata la differenza tra accattonaggio "attivo", il quale permetterebbe l'utilizzo dello strumento penale, e l'accattonaggio "passivo", che si concretizza in una mera richiesta di aiuto e la cui sanzione penale rischierebbe di risultare in violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione Italiana.

Una volta ritenuto ammissibile il reclamo ai sensi dell'art. 8 della CEDU – peraltro senza contestazione da parte del governo svizzero – ed evidenziato come il concetto fondamentale di dignità umana, posto alla base dello spirito della Convenzione, sia riferibile non solo all'art. 3 ma anche alla disposizione in esame, la Corte procede alla valutazione dell'interferenza subita dalla ricorrente nell'esercizio delle prerogative garantite dall'art. 8 stesso. In particolare se, ai sensi del comma 2 della disposizione, tale interferenza sia disposta in conformità alla legge, ispirata ad uno o più degli scopi legittimi indicati dalla norma e se, infine, tale restrizione possa definirsi come necessaria in una società democratica.

Essendo pacifica l'esistenza di una base legale, la Corte ha poi considerato come, quantomeno in astratto, gli obiettivi sottostanti alla normativa svizzera non fossero in sé illegittimi. È stato evidenziato, ad esempio, come alcuni tipi di accattonaggio, specie se violento, possano effettivamente arrecare un danno all'ordine e alla quiete pubblica, e che inoltre sia certamente ragionevole l'intenzione di voler combattere lo sfruttamento di esseri umani in relazioni a tali pratiche, specie se di bambini (par. 97). Ciò posto, la Corte ha ritenuto altresì necessario verificare qualora la restrizione posta dalla norma in esame potesse ritenersi necessaria in una società democratica, avendo cura di precisare come una tale scelta radicale di politica criminale, la quale "*precluded a genuine balancing of the interests at stake*" (par. 102) avrebbe richiesto forti giustificazioni e uno scrutinio molto attento da parte dello stesso collegio.

I giudici si dicono pronti a riconoscere un margine di apprezzamento, seppur limitato, in capo alla Svizzera rispetto alla questione in esame, limitato da un lato poiché è in gioco un aspetto essenziale dell'esistenza e dell'identità dell'individuo – assume rilievo il riferimento alla "dignità" sovra citato – (si veda in tal senso *Parrillo c. Italia*, sentenza del 27 agosto 2015), dall'altro poiché si rileva – attingendo all'analisi comparatistica della legislazione degli Stati Membri, cui si è fatto cenno – un panorama delle risposte normative al fenomeno sì frammentato, ma all'interno del quale un divieto generale come quello svizzero sembra costituire l'eccezione.

È per tale motivo che la Corte lascia dipendere la sua decisione finale dall'effettivo e *concreto* (par. 57 e, tra le

altre, *Kimlya e altri c. Russia*, sentenza del 1° ottobre 2009) contemperamento degli interessi in gioco, il quale sembra del tutto assente nell'art. 11 A della *Loi pénale genevoise*. Tali interessi sono stati allora presi in carico e in analisi dalla Corte, la quale ha sottolineato come la ricorrente avesse un background estremamente umile e che fosse analfabeta, senza lavoro e senza l'aiuto di alcun sussidio governativo (sul punto il governo sostiene che la ricorrente abbia omesso di attivarsi quando avrebbe potuto, quest'ultima evidenza invece la complessità, la lunghezza e l'inaccessibilità della procedura di richiesta, specie per soggetti poco istruiti e con scarsi mezzi economici). Nella visione della Corte, in realtà, l'accattonaggio costituisce per la ricorrente uno strumento di sopravvivenza e, considerata la sua situazione di particolare vulnerabilità, ella aveva il diritto, ricompreso nella dignità umana, di comunicare la sua situazione e tentare di soddisfare i suoi bisogni primari attraverso il mendicare.

Rispetto alla sanzione pecuniaria poi convertita in detentiva, se ne evidenzia l'assoluta gravità, specialmente alla luce del fatto che, date le circostanze, quasi certamente la multa sarebbe divenuta pena detentiva, non facendo altro che amplificare la preesistente situazione di disagio e vulnerabilità della ricorrente. In contrasto con quanto sostenuto dalla *Federal Court* svizzera, viene sottolineato come il tipo di sanzione risulti non proporzionato sia rispetto all'esigenza di combattere il crimine organizzato e lo sfruttamento, sia rispetto all'esigenza di tutela e protezione dei passanti, residenti, e negozianti; un provvedimento di tale portata, infatti, avrebbe dovuto poggiarsi su ragioni di interesse pubblico più cogenti di quelle presenti nel caso di specie.

Con riferimento all'esigenza di tutela dallo sfruttamento, la Corte fa anche riferimento al report riguardante la Svizzera del *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA)* il quale, tra le altre cose, aveva evidenziato come la criminalizzazione di reati come l'accattonaggio ponesse i soggetti sfruttati e condannati in situazioni di estrema ed ulteriore vulnerabilità, lunghi, dunque, da essere risolutiva.

Per quel che riguarda, infine, l'argomentazione secondo cui tale sanzione sarebbe stata necessaria per la tutela degli interessi dei passanti, residenti e negozianti, nulla è emerso – né in sede processuale, né da eventuali denunce o segnalazioni di terze parti – di rilevante al fine di identificare una particolare condotta intrusiva e/o violenta da parte della ricorrente.

In definitiva, dunque, v'era la possibilità di raggiungere gli stessi obiettivi attraverso misure meno restrittive, come quelle adottate dalla maggior parte degli Stati presi in esame a livello comparatistico.

La Corte ha dunque stabilito come l'interferenza nell'esercizio dei diritti di cui all'art. 8 non fosse stata "necessaria in una società democratica", poiché viziata da mancanza di proporzione e necessità, ai sensi dell'art. 8 co. 2 della Convenzione, riscontrando dunque una violazione dello stesso e liquidando, ai sensi dell'art. 41, un'equa soddisfazione pari a 922 euro. Avendo riscontrato una violazione per quanto concerne l'art. 8, la Corte ha ritenuto non necessario dover pronunciare sulle censure riguardanti gli artt. 10 e 14 della Convenzione.

La decisione, presa all'unanimità, è stata affiancata da un'opinione concorrente, del giudice Keller, e due opinioni in parte dissenzienti, ad opera dei giudici Ravarani e Lem-

mens. In sintesi, in tutte le opinioni è stato in qualche misura contestato il pragmatismo della Corte che ha evitato di pronunciarsi sulle altre due censure, essendo già stata riscontrata una violazione dell'art. 8. Il giudice Lemmens, inoltre, ha evidenziato come, a suo avviso, ci fossero i presupposti anche per discutere – *ex officio* – attorno una possibile violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Gli effetti. Come la stessa Corte ha modo di evidenziare, questa è la prima volta in cui è chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità di sanzioni riguardanti l'accattonaggio e i principi della Convenzione. L'esito unanime conferisce a questa decisione una forza simbolica – ed anche, per certi versi, politica – non secondaria. Sotto questo profilo, le statuizioni secondo cui la dignità umana “*is seriously compromised if the person concerned does not have sufficient means of subsistence*” (par. 56) e “*the right to turn to others for help is at the very essence of the rights protected by article 8 of the Convention*” (par. 59) appaiono particolarmente indicative.

Un primo aspetto degno di nota riguarda il modo in cui la Corte giunge alla decisione: alla ordinaria panoramica sui principi di diritto in materia, nella presente decisione viene messo in mostra tutto l'incredibile patrimonio normativo e giurisprudenziale cui la Corte può attingere. In ossequio alla teoria della Convenzione come *living instrument*, nella decisione viene fatto riferimento alla *case law* della Commissione Inter-Americana per i Diritti dell'Uomo, a quella della Commissione Africana per Diritti dell'Uomo (parr. 48-49); si fa riferimento a strumenti di *soft law* da parte delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa stesso e ad una serie di posizioni prese dai rispettivi *expert bodies*; non mancano infine i riferimenti a determinate decisioni di corti domestiche.

Un secondo aspetto di interesse risiede nel consolidamento e la riaffermazione del principio secondo il quale la reale o presunta ostilità della popolazione nei confronti di un determinato gruppo di persone non possa in ogni caso costituire una valida giustificazione per la limitazione dei diritti di tale gruppo. La Corte aveva già affermato tale principio con riguardo all'omofobia nel contesto militare (*Smith e Grady c. Regno Unito*, sentenza del 27 settembre

1999, par. 97) e in una parte dell'opinione pubblica (*Alekseyev c. Russia*, sentenza del 21 ottobre 2010, par. 81). Questo principio viene in rilievo in *Lacatus* per contrastare le argomentazioni basate sull'intolleranza da parte della popolazione nei confronti della pratica dell'accattonaggio (par. 78) e quelle legate ad una correlazione tra questa pratica nelle vie della città e il rischio di ridurre il turismo nella città di Ginevra (par. 79). Secondo la Corte, “*the motivation to make poverty less visible in a city and to attract investments is not legitimate in the light of human rights*” (par. 113).

Ciò è significativo specialmente alla luce di alcuni precedenti, a tema “povertà”, in cui la Corte era stata tutt'altro che schierata in favore dei soggetti deboli. Si veda *Hudorovic c. Slovenia*, ad esempio, nel senso di una non violazione dell'art. 8 per mancanza di accesso all'acqua potabile di campi Rom (sentenza del 10 marzo 2020, sulla quale v. F. Iuliano, *Accesso delle comunità rom all'acqua potabile e art. 8 CEDU*, in *Giur. It.*, 2020, 786 e segg.) e *Garib c. Paesi Bassi*, nel senso di una non violazione dei principi della Carta di un sistema volto a far vivere in determinate aree della città di Rotterdam solo dei soggetti con un certo reddito o condizione sociale (Grande Camera, sentenza del 16 novembre 2017).

Tra le note negative, come sottolineato anche nelle opinioni concorrenti, v'è l'omessa pronuncia sulle censure riguardanti gli artt. 10 e 14, alla luce della riscontrata violazione *ex art.* 8. Un'analisi anche su questi profili, al di là del caso di specie, avrebbe sicuramente fornito interessanti e importanti linee guida in un'area ancora poco esplorata dalla giurisprudenza della Corte. Rispetto all'art. 14, in particolare, è rimasta a margine la questione, allegata dalla ricorrente e supportata dalla *third party intervention dell'ERRC (European Roma Rights Center)*, sull'applicazione *de facto* discriminatoria dell'art. 11 A della *Loi pénale genevoise*.

In ogni caso, *Lacatus* è una decisione forte destinata a produrre una importante risonanza. Circostanza peraltro già parzialmente avvenuta in Svizzera, dove il Procuratore Generale di Ginevra ha sospeso, con effetto immediato, il divieto generale di accattonaggio. [Angelo Forte]

Diritto Civile

a cura di Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli

con Raffaele Caterina, Marco Dell'Utri, Enrico Minervini, Stefano Pagliantini, Stefano Petitti e Gianluca Sicchiero

Consenso informato e diritto di autodeterminazione

Cassazione civile, Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469 – Pres. Travaglino – Rel. Scoditti – P.M. Pepe (conf.) – D.G.M.G. (avv.ti Nardi, Borghesani) – *Omissis*. (avv. Improda). *Accoglie il ricorso; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello in diversa composizione.*

Libertà religiosa – Autodeterminazione – Direttive anticipate

Il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita. (Massima non ufficiale)

Libertà religiosa – Autodeterminazione

La posizione soggettiva del Testimone di Geova che rifiuta le emotrasfusioni è qualificata dal duplice e concorrente riferimento al principio di autodeterminazione circa il trattamento sanitario e alla libera professione della propria fede religiosa, quale diritto inviolabile tutelato al massimo grado. (Massima non ufficiale)

Libertà religiosa – Sanità e sanitari – Pericolo di vita

La regola di giudizio che si trae dai principi costituzionali è che il Testimone di Geova ha diritto di rifiutare emotrasfusione, anche in caso di pericolo di vita, sussistendo un'osmosi di principi costituzionali che non necessita di alcun processo di bilanciamento. Sorge uno specifico rapporto giuridico contrassegnato dall'obbligazione negativa del sanitario di non ledere la sfera giuridica vantata dal Testimone di Geova, cui spetta la titolarità attiva del rapporto. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Motivi della decisione

1. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost., artt. 115, 116 e 132 c.p.c., art. 6 Cedu, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 5. Osserva la ricorrente che la motivazione della sentenza di appello è incomprensibile, e dunque apparente, perché pur riconoscendo che erano state acquisite testimonianze nel senso del dissenso attuale alle trasfusioni, rifiuta di statuire in base alle prove acquisite, dichiarando espressamente “non necessario” valutarne l'attendibilità, per avere deciso di basare la decisione solo sulla dichiarazione di

rifiuto del giorno precedente le trasfusioni, considerandolo preventivo e non attuale.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 13, 19 e 32 Cost., L. n. 180 del 1978, art. 1, L. n. 833 del 1978, art. 33, artt. 3, 8 e 9 Cedu, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che la corte territoriale ha erroneamente qualificato la fattispecie in termini di rifiuto preventivo, che invece riguarda i pazienti incapaci o incoscienti, mentre la D.G. dopo l'intervento di taglio cesareo era cosciente e mentalmente capace, sicché aggiornava e confermava il dissenso espresso. Aggiunge che la D.G., dopo avere ricevuto le informazioni sui rischi dell'intervento, aveva dichiarato di rifiutare il consenso alle trasfusioni “in qualsiasi circostanza” e che in assenza del consenso del paziente l'intervento medico è del tutto illecito, stante il diritto del paziente di rifiutare le cure. Osserva ancora che il rifiuto delle emotrasfusioni derivava da motivi religiosi (come ribadito dalla sentenza della Corte Edu 10 giugno 2010, “Testimoni di Geova vs. Russia”) e che tale forma di rifiuto, in quanto basata sulla fede, non costituisce il mero esercizio del diritto di autodeterminazione sanitaria ma è una vera e propria forma di obiezione di coscienza, radicata in ragioni religiose, per cui non si tratta di rispettare solo il corpo della persona nella sua fisicità, ma di rispettare la persona umana nella sua interezza, ossia nei suoi valori morali, etici e religiosi. Aggiunge che ai fini della responsabilità del medico per violazione del consenso informato rileva la lesione all'obiezione religiosa della ricorrente alle trasfusioni di sangue, con inoltre un effetto discriminatorio nei confronti della stessa.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del D.M. Salute 3 marzo 2005, art. 13, L. n. 180 del 1978, art. 1, L. n. 833 del 1978, artt. 4 e 33, art. 2697 c.c., art. 32 Codice deontologico dei medici, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che il consenso prestato all'intervento di laparotomia esplorativa non può essere considerato come implicito consenso prestato alla trasfusione, non essendo configurabile un consenso presunto o per *facta concludentia*, come affermato da Cass. n. 20984 del 2012 e Cass. n. 19212 del 2015. Aggiunge che la laparotomia esplorativa (intervento assentito dalla paziente) e le trasfusioni di sangue (trattamento rifiutato) sono trattamenti distinti, che richiedono consensi separati, posto che la trasfusione di sangue comporta l'assunzione di specifici rischi, tant'è che il D.M. Salute 3 marzo 2005 prescrive il consenso scritto per le trasfusioni di sangue da parte di un paziente cosciente. Osserva ancora che l'obbligo di consenso informato prevede che non possa essere somministrato il trattamento sanitario senza il corretto adempimento dell'obbligo informativo sulla base di informazioni che devono essere le più esaurienti possibili. Aggiunge che la D.G. aveva il pieno diritto di prestare il

consenso alla laparotomia esplorativa, ma di rifiutare di acconsentire alle trasfusioni di sangue, e che con il consenso alla laparotomia la paziente aveva prestato il consenso all'unica opzione che desse qualche possibilità di arrestare l'emorragia post-partum costituente pur sempre un rischio nel parto e nel taglio cesareo, senza acconsentire a trasfusioni di sangue. Osserva inoltre che se i sanitari fossero stati consapevoli del consenso rilasciato non avrebbero avuto bisogno di chiedere un'autorizzazione alla direzione sanitaria o al magistrato di turno presso la Procura della Repubblica e che quanto detto dal Dott. I. ("me la vedo io con il suo Dio") costituiva grave violazione della coscienza religiosa della paziente, in stato peraltro di debolezza emotiva e fisica per avere perso quasi metà del suo volume ematico.

4. I motivi dal primo al terzo, da valutare unitariamente in quanto connessi, sono fondati.

Va premesso che secondo la giurisprudenza di questa Corte il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata "ex ante" ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato ex post, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure (Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, relativa proprio ad un caso in cui paziente era un Testimone di Geova). Già prima era stato affermato che in materia di rifiuto di determinate terapie, alla stregua di un diritto fondato sul combinato disposto dell'art. 32 Cost., della L. 28 marzo 2001, n. 145, art. 9 (recante "ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina"), e art. 40 codice di deontologia medica, pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento impreveduto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente (Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, anche tale pronuncia relativa ad un caso in cui paziente era un Testimone di Geova).

Sulla base della giurisprudenza di questa Corte, il giudice di merito ha affermato che vi è assenza di prova che al momento di esprimere il rifiuto preventivo alla trasfusione l'appellante intendesse già rifiutare di sottoporsi a trasfusione anche nell'ipotesi di pericolo di vita; ha tuttavia affermato che l'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa implicava l'accettazione di tutte le sue fasi. La Corte d'appello ha così condiviso la valutazione del Tribunale la quale, secondo quanto risulta dalla decisione impugnata, era stata nel senso che fosse irrilevante accertare se vi fosse stato effettivo dissenso rispetto alla trasfusione una volta che la paziente non avesse ritenuto di rifiutare l'intervento chirurgico connesso alle trasfusioni. Articolando i diversi passaggi argomentativi della decisione, si ricava che la ratio decidendi è nel senso che non potesse considerarsi l'esistenza di un espresso, inequivoco ed attuale dis-

senso all'emotrasfusione perché l'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa implicava l'accettazione di tutte le sue fasi, ivi compresa la necessità della trasfusione per il caso di pericolo di vita.

Tale ratio decidendi viene impugnata in primo luogo con l'affermazione che lo stato di coscienza della paziente, successivamente al parto mediante taglio cesareo, comportava la piena consapevolezza in ordine alla gravità della propria situazione, in secondo luogo affermando che il consenso prestato all'intervento di laparotomia non comportava consenso all'emotrasfusione alla luce del diritto all'autodeterminazione della paziente e dell'incoercibilità del credo religioso della stessa, Testimone di Geova. Quest'ultima censura, a differenza della prima che resta sul piano del giudizio di fatto, ha il carattere di censura in diritto perché assume che il consenso al trattamento sanitario non possa essere qualificato anche come consenso all'emotrasfusione, dato che il diritto all'autodeterminazione ed il credo religioso impedirebbero di interpretare il consenso al trattamento come consenso anche all'emotrasfusione. Ove si assumesse che il consenso al trattamento non potesse costituire consenso anche all'emotrasfusione, per la ragione indicata nel ricorso, il giudice di merito dovrebbe nuovamente valutare l'esistenza di un espresso, inequivoco ed attuale dissenso alla luce di tale diversa valutazione giuridica della fattispecie.

4.1. I fatti di cui alla presente causa risalgono al (OMISSIS), per cui non può trovare applicazione la L. 22 dicembre 2017, n. 219 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"). Se si intende restare sul piano della norma ordinaria il riferimento è pertanto alla L. n. 833 del 1978, art. 33, comma 1, il quale, nell'ambito della disciplina sul trattamento sanitario obbligatorio, prevede che "gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari". Trattasi all'evidenza di richiamo nella disciplina ordinaria, relativa alla distinzione fra trattamenti sanitari volontari e obbligatori, del principio costituzionale di cui all'art. 32 Cost., comma 2, in base al quale "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". Ciò significa che, con riferimento all'epoca dei fatti di causa, la disciplina della fattispecie resta affidata ai principi costituzionali. È risaltante l'affermazione nella giurisprudenza costituzionale secondo cui a fronte della carenza di una specifica fattispecie legale nella quale sussumere il caso concreto spetta al giudice ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali (Corte cost. 5 febbraio 1998 n. 11 e 26 settembre 1998 n. 347). In mancanza della disciplina per fattispecie legale viene così in rilievo la giurisdizione per principi costituzionali.

L'operazione ermeneutica che il giudice comune deve compiere, per l'ipotesi che la controversia debba essere risolta mediante il diretto riferimento alla fonte costituzionale, è in primo luogo quella della ricognizione del caso concreto sulla base del rapporto giuridico dedotto in giudizio, alla stregua quindi dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda (cfr. art. 163 c.p.c., comma 3, n. 4). In secondo luogo devono essere identificati i principi costituzionali rilevanti, sulla base del criterio di adeguatezza al caso. In terzo luogo deve essere verificato se, in relazione alle circostanze del caso ed alla tipologia dei principi concorrenti, questi siano suscettibili di attuazione graduata nell'ambito di un bilanciamento, secondo la specifica natura che li distingue dalle regole, o possano trovare piena attuazione, non essendovi questione di ponderazione

con un principio di segno contrario. Infine il giudice formula il giudizio, il quale consta non della diretta applicazione del principio costituzionale, ma della regola di diritto formulata per il caso concreto sulla base della combinazione del detto principio, se del caso bilanciato con altro principio concorrente, con le circostanze del caso. L'esito di tale combinazione ha la forma propria della fattispecie giuridica (dato il presupposto di fatto, ne consegue un determinato effetto di diritto), che nel giudizio di legittimità dà contenuto al principio di diritto che la Corte di cassazione enuncia.

4.2. Il fatto, come puntualmente esplicitato nel secondo motivo di ricorso, è quello della sottoposizione di Testimone di Geova a trasfusione di sangue. È nota la contrarietà della trasfusione di sangue al credo religioso per i Testimoni di Geova, fondata, come si legge in Cass. n. 4211 del 2007, su una particolare lettura di alcuni brani delle Scritture: Gen. 9, 3-6; Lev. 17, 11; Atti 15, 28, 29. Il divieto di assumere sangue costituisce precetto religioso per il Testimone di Geova.

Con i motivi di ricorso, quali elementi di diritto del rapporto dedotto in giudizio, la ricorrente fa valere sia il diritto di autodeterminazione con riferimento al trattamento sanitario che la libertà di manifestazione del proprio credo religioso. Come si legge nel ricorso, "quella dei Testimoni di Geova non costituisce una mera autodeterminazione sanitaria, ma una vera e propria forma di obiezione di coscienza...se un Testimone di Geova accettasse volontariamente una trasfusione di sangue, ciò equivarrebbe ad un atto di abiura della propria fede" (pag. 31); e più avanti, "non si tratta, quindi, di rispettare solo il corpo della persona nella sua fisicità, ma di rispettare la persona umana nella sua interezza, ossia nei suoi valori morali, etici e religiosi" (pag. 32). La posizione soggettiva fatta valere risulta quindi qualificata dal duplice e concorrente riferimento al principio di autodeterminazione circa il trattamento sanitario e alla libera professione della propria fede religiosa.

I principi costituzionali che così entrano in gioco sono quelli per un verso riconducibili all'autodeterminazione sanitaria, per l'altro alla libertà religiosa. Con riferimento al primo, come da ultimo ribadito nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte da Cass. 11 novembre 2019, n. 28985, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 Cost. e art. 32 Cost., comma 2. Si tratta di affermazione coerente a quanto già affermato dalla giurisprudenza costituzionale: "il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" (Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438).

Quanto al profilo della libertà religiosa, deve darsi con continuità alla giurisprudenza di questa Corte, la quale ha già posto in evidenza il collegamento del diritto di rifiutare il trattamento sanitario all'art. 19 Cost. in relazione a casi in cui il paziente era Testimone di Geova (Cass. 7 giugno

2017, n. 14158 e 15 maggio 2019, n. 12998, quest'ultima richiamata anche da Cass. 15 gennaio 2020, n. 515). Per la definizione della libertà religiosa può farsi riferimento alla recente sintesi della giurisprudenza costituzionale offerta da Corte cost. 5 dicembre 2019, n. 254 (relativa all'edificazione di edifici di culto in controversia concernente un caso di confessione religiosa musulmana): "la libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. è un diritto inviolabile (sentenze n. 334 del 1996, n. 195 del 1993 e n. 203 del 1989), tutelato "al massimo grado" (sentenza n. 52 del 2016) dalla Costituzione. La garanzia costituzionale ha valenza anche "positiva", giacché il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è "da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze n. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità" (sentenza n. 67 del 2017)".

A sostegno del diritto di rifiutare l'emotrasfusione allegato dalla ricorrente nel caso di specie (segnatamente con il secondo motivo di censura) vi è così il complesso concorso di principi rappresentato da quello all'autodeterminazione in materia di trattamento sanitario e quello di libertà religiosa. Tale osmosi di principi costituzionale non incontra nel caso di specie, per come accertato dal giudice di merito, principi di segno contrario suscettibili di bilanciamento. L'accertamento di fatto compiuto dal giudice di merito evidenzia esclusivamente la circostanza della necessità dell'emotrasfusione per il mantenimento in vita della paziente. Da tale circostanza emerge la tutela della salute quale diritto dell'individuo, sancito dall'art. 32 Cost., e dunque un principio nuovamente riconducibile alla posizione soggettiva della ricorrente e non ad un bene-interesse contrapposto a tale posizione (non potendosi ritenere il riferimento nella norma costituzionale all'interesse della collettività alla salute dell'individuo in contraddizione al principio di autodeterminazione enunciato nella medesima norma). La circostanza della necessità dell'emotrasfusione è inoltre priva di rilievo ai fini dell'insorgenza di un principio da contrapporre a quello dell'autodeterminazione e della libertà religiosa (la giurisprudenza di questa Corte, come si è visto, ha già ritenuto esclusivamente operante, con riferimento alla circostanza in discorso, il principio di cui all'art. 19 Cost.). Il complesso di principi evidenziati non incontra perciò principi costituzionali di segno opposto i quali impongano una forma di bilanciamento. Non essendovi materia di ponderazione con altri principi costituzionali, essi possono trovare piena e diretta attuazione.

La regola di giudizio che si trae dall'identificata osmosi di principi costituzionali, con riferimento alle circostanze del caso, è che il Testimone di Geova ha diritto di rifiutare l'emotrasfusione. Sulla base della fonte costituzionale, avente qui efficacia orizzontale, sorge uno specifico rapporto giuridico contrassegnato dall'obbligazione negativa del sanitario di non ledere la sfera giuridica vantata dal Testimone di Geova, cui spetta la titolarità attiva del rapporto.

4.3. Come si è visto, la ratio decidendi della decisione impugnata è nel senso che non potesse considerarsi l'esistenza di un espresso, inequivoco ed attuale dissenso all'emotrasfusione perché l'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa implicava l'accettazione di tutte le sue fasi, ivi compresa la necessità della trasfusione per il caso di pericolo

di vita. Tale ratio è stata impugnata denunciando che il consenso prestato all'intervento di laparotomia non comportava consenso all'emotrasfusione alla luce del diritto all'autodeterminazione della paziente e dell'incoercibilità del credo religioso della stessa. L'impugnazione è da reputare fondata sulla base dell'evidenziata regola di giudizio in quanto la Testimone di Geova, sotto la copertura del complesso di principi costituzionali evidenziati, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione anche con dichiarazione formulata prima del trattamento sanitario. L'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa non ha implicato l'accettazione anche dell'emotrasfusione. La dichiarazione anticipata di dissenso all'emotrasfusione, che possa essere richiesta da un'eventuale emorragia causata dal trattamento sanitario, non può dunque essere neutralizzata dal consenso prestato a quest'ultimo.

Restano naturalmente, per il dissenso espresso prima del trattamento sanitario, le condizioni fissate da Cass. n. 23676 del 2008, e cioè un'articolata, puntuale, espressa ed attuale dichiarazione dalla quale inequivocamente emerge la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita.

È doveroso aggiungere, con lo sguardo alla L. 22 dicembre 2017, n. 219, che la posizione del medico non è esente da garanzie in circostanze come quella del caso di specie. Prevede l'art. 1, comma 6 citata legge, non solo che "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale", ma anche che "il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali". Prestare il consenso ad un intervento chirurgico, al quale è consustanziale il rischio emorragico, con l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale. A fronte di tale determinazione del paziente il medico non ha obblighi professionali.

4.4. Va in conclusione enunciato il seguente principio di diritto: "il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita".

La corte territoriale ha reputato conforme a diritto l'esecuzione della terapia trasfusionale nei confronti della paziente, Testimone di Geova, sul presupposto che il consenso al trattamento sanitario implicasse il consenso all'emotrasfusione. Facendo applicazione in sede di rinvio dell'enunciato principio di diritto, che riconosce il diritto di rifiutare la terapia trasfusionale anche in presenza di consenso al trattamento sanitario, il giudice di merito deve accertare se sia intervenuto un informato, inequivoco, autentico ed attuale dissenso della paziente all'emotrasfusione.

5. Con il quarto motivo si denuncia omissis esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Osserva la ricorrente di avere denunciato

nell'atto di citazione il ritardato intervento ed il mancato tentativo di ricorrere a pratiche alternative alle emotrasfusioni e che la CTU, nonostante il giudice avesse posto specifico quesito, non aveva preso in considerazione le terapie alternative disponibili. Aggiunge che il giudice di appello avrebbe dovuto disporre nuova CTU perché la consulenza in atti erroneamente aveva affermato che la trasfusione di sangue era sempre indicata nel caso di emoglobina inferiore a 6 g/dl, senza considerare se il corpo stesse compensando adeguatamente il livello di emoglobina basso. Osserva ancora che recenti studi hanno documentato come i Testimoni di Geova ricevano abitualmente cure mediche di qualità senza trasfusioni di sangue.

5.1. L'accoglimento dei precedenti motivi determina l'assorbimento del motivo.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, con assorbimento del quarto motivo; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Milano in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. – *Omissis*.

L'autodeterminazione sanitaria del Testimone di Geova quale espressione di libertà religiosa

La particolare fattispecie del dissenso alla emotrasfusione nel paziente Testimone di Geova. La recente sentenza della Cass. civ., 23 dicembre 2020, n. 29469 rappresenta indubbiamente un punto di riferimento importante per la giurisprudenza nazionale in materia di consenso informato e diritto di autodeterminazione, specie in relazione al dissenso alle emotrasfusioni per motivi religiosi da parte del Testimone di Geova.

Con la decisione qui commentata, la Suprema Corte conferma la propria giurisprudenza (conforme a quella della Corte eur. dir. uomo ai sensi degli artt. 8 e 9 della Convenzione) che ha individuato nel dissenso alle emotrasfusioni del paziente Testimone di Geova una particolare fattispecie, distinta dalla normale autodeterminazione sanitaria inquadrata nel classico schema del consenso informato. La Corte, infatti, rileva come in questo caso si realizzi un'"osmosi di principi costituzionali" che vede come perno l'art. 19 Cost., ossia la libertà religiosa.

Paziente Testimone di Geova che esprime un dissenso espresso e attuale a un trattamento sanitario. La presente vicenda, che risale al 2004, riguarda il rifiuto alle emotrasfusioni espresso da una paziente Testimone di Geova in occasione di un intervento programmato di parto cesareo.

Durante il ricovero la donna ribadiva ai medici, sia verbalmente che per iscritto, il suo dissenso alle emotrasfusioni, da ritenersi valido in ogni circostanza, anche di fronte al pericolo di vita. A tal fine consegnava ai medici anche una dichiarazione scritta (DAT) nella quale spiegava che tale rifiuto si fondava sulle sue profonde convinzioni religiose.

Dopo l'intervento la signora MG subiva una grave

emorragia a seguito della quale i medici la sottoponevano a una laparotomia esplorativa per accertare le cause del sanguinamento. Nonostante il rifiuto opposto dalla paziente, i medici le somministravano sette emotrasfusioni.

La donna citava pertanto in giudizio i medici e la struttura ospedaliera, chiedendo il risarcimento dei danni subiti come conseguenza delle trasfusioni imposte, in grave violazione del suo diritto all'autodeterminazione.

In primo grado, il Trib. di Milano respingeva le richieste della donna. Secondo i giudici meneghini, con l'accettazione dell'intervento di laparotomia, la signora MG manifestava il desiderio di essere curata e con ciò accettava implicitamente tutte le fasi dell'intervento, inclusa la necessità di eventuali emotrasfusioni. Inoltre, ad avviso dei giudici, non veniva dimostrato che il dissenso preventivo alla terapia trasfusionale fosse manifestato nella piena consapevolezza circa l'effettività e la gravità del pericolo per la propria vita.

La Corte di Appello di Milano confermava la decisione di prime cure, condividendone le argomentazioni circa l'implicito consenso alle emotrasfusioni.

Pertanto, per fare chiarezza anche in relazione al perimetro entro cui la Cassazione, quale giudice di legittimità, si è espressa, il caso riguarda il rifiuto specifico (non generico) alle emotrasfusioni manifestato a voce e per iscritto da un paziente Testimone di Geova cosciente, pre L. 22 dicembre 2017, n. 219 (legge sul c.d. biotestamento).

Il rifiuto delle emotrasfusioni per motivi religiosi implica la permanenza nel tempo del dissenso. Con la pronuncia la Cassazione dà risposta a quattro importanti domande oggetto di dibattito in campo giuridico e medico.

“Quali principi costituzionali trovano applicazione in materia di dissenso alle emotrasfusioni da parte di un Testimone di Geova?”

Dato che all'epoca dei fatti non era ancora entrata in vigore la L. n. 219/2017, la Cassazione rileva che “la disciplina della fattispecie resta affidata ai principi costituzionali” sul diritto di autodeterminazione sanitaria (artt. 2, 13 e 32 Cost.) e di libertà religiosa (art. 19 Cost.).

Quanto al diritto di autodeterminazione, la Corte ribadisce che “la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce ...diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute” (v. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28985) e richiama la fondamentale decisione della Corte cost. n. 438/2008, secondo cui “il consenso informato... si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento” negli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Rispetto alla libertà religiosa, la Corte preliminarmente ricorda che si tratta di “un diritto inviolabile” tutelato “al massimo grado” (v. Corte cost. n. 52/2016) e chiarisce la portata di tale garanzia che deve

essere positiva, “giacché il principio di laicità ... è “da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze Cass. n. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità” (sentenza Corte cost. 7 aprile 2017, n. 67). Quindi, secondo la cassazione, è necessario che l'ordinamento appresti dei meccanismi volti a dare effettiva attuazione e tutela a tale diritto fondamentale.

Al riguardo, segue un passaggio molto interessante della sentenza. Non ha senso, secondo la Corte, contrapporre all'esercizio del diritto di rifiuto alle emotrasfusioni, quale espressione di libertà religiosa, la garanzia della vita o salute del paziente. Nella fattispecie in esame il Giudice non può ricavare una regola di giudizio del caso concreto operando “[un'] attuazione graduata nell'ambito di un bilanciamento” tra il diritto di manifestare la propria fede religiosa e “la circostanza della necessità dell'emotrasfusione per il mantenimento in vita della paziente”. Questi diritti e interessi rientrano esclusivamente nella “sfera soggettiva [del paziente] ... e non ad un bene-interesse contrapposto a tale posizione”. Non sussiste, in altri termini, “un principio da contrapporre a quello dell'autodeterminazione e della libertà religiosa”, garantita con “piena e diretta attuazione” dall'art. 19 Cost. La Corte, con un'efficace immagine mentale, descrive un processo di “*osmosi*” di tali diritti costituzionali, non occorrendo pertanto alcuna opera di bilanciamento fra gli stessi. In questo modo la pronuncia conferma il definitivo abbandono dell'abusato concetto di “intervento per stato di necessità” usato in passato per violare la porta dell'autodeterminazione sanitaria e delle volontà espresse dall'individuo.

Da tale interpretazione dei principi costituzionali, la Corte ricava la seguente regola di giudizio: il “Testimone di Geova ha diritto di rifiutare l'emotrasfusione”, essendosi instaurato col medico “uno specifico rapporto giuridico contrassegnato dall'obbligazione negativa del sanitario di non ledere la sfera giuridica vantata dal Testimone di Geova, cui spetta la titolarità attiva del rapporto”.

Al centro, come da giurisprudenza consolidata, viene pertanto posto il paziente, con le sue scelte di vita e i valori che caratterizzano la persona, fra cui i propri convincimenti religiosi.

La regola di giudizio enunciata permette a questo punto alla Corte di rilevare l'erroneità del ragionamento fatto nei precedenti gradi di giudizio, secondo cui a) l'accettazione dell'intervento chirurgico equivaleva ad un consenso implicito al trattamento trasfusionale; b) l'unico modo per manifestare un autentico dissenso era lasciare l'ospedale. Secondo la Corte “la dichiarazione anticipata di dissenso all'emotrasfusione, che possa essere richiesta da un'eventuale emorragia causata dal

trattamento sanitario, non può ... essere neutralizzata dal consenso prestato a quest'ultimo". Pertanto, una cosa è il consenso all'intervento chirurgico e un'altra è il consenso al trattamento emotrasfusionale.

“Quale valore specifico deve essere giuridicamente attribuito al rifiuto delle emotrasfusioni espresso da un paziente Testimone di Geova?”

Si può dire che la pronuncia in commento attribuisce un valore peculiare al dissenso alle emotrasfusioni da parte del Testimone di Geova nell'ambito della protezione costituzionale della libertà religiosa in quanto, come testualmente richiamato nella pronuncia, “deve darsi qui continuità alla giurisprudenza di questa Corte, la quale ha già posto in evidenza il collegamento del diritto di rifiutare il trattamento sanitario all'art. 19 Cost. in relazione a casi in cui il paziente era Testimone di Geova”:

– Cass. civ., 7 giugno 2017, n. 14158, relativa a un paziente incosciente in seguito a un incidente sul lavoro e al potere di rifiutare le emotrasfusioni da parte del suo amministratore di sostegno secondo le volontà precedenti espresse a mezzo DAT;

– Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 12998, relativa al diritto di un paziente con emorragie conseguenti a un'invalidante malattia cronica a vedersi nominato un amministratore di sostegno con il potere di rifiutare le emotrasfusioni a protezione del rispetto della volontà del paziente espressa anche a mezzo DAT in previsione del futuro, ma probabile, pericolo di vita;

– Cass. civ., 15 gennaio 2020, n. 515, relativa a un sinistro stradale mortale, in cui il risarcimento danni della vittima era stato ridotto in appello del 50% perché il paziente, in stato di incoscienza, aveva rifiutato a mezzo DAT le trasfusioni di sangue, rifiuto da qualificarsi come contributo causale (equivalente a condotta negligente) al danno. Diversamente, la Suprema Corte qualifica il rifiuto alle emotrasfusioni “atto di esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento” ed esclude che possa mai equivalere a condotta negligente e causale del danno. Dopo il richiamo sia agli artt. 2, 13, 19 e 32 Cost. che agli artt. 8, 9 e 14 Corte eur. dir. uomo, si conclude che “è sufficiente ribadire che la natura del diritto esercitato, cioè il rifiuto dell'emotrasfusione, ha acquistato una tale rilevanza anche nella coscienza sociale da non ammettere limitazioni di sorta al suo esercizio”.

La Cassazione sposa e riporta, nell'illustrare questo concetto, larghi stralci del ricorso presentato dalla paziente, laddove previo richiamo della “sentenza della Corte eur. dir. uomo, 10 giugno 2010, “Testimoni di Geova di Mosca vs. Russia” (si vedano i parr. 132, 136 e 141 scaricabile dalla banca dati della CEDU, <https://hudoc.echr.coe.int/>), sottolinea che “quella dei Testimoni di Geova non costituisce una mera autodeterminazione sanitaria, ma una vera e propria forma di obiezione di coscienza”, dato che, “se un Testimone di Geova accettasse volontariamente una trasfusione di sangue, ciò equivarrebbe ad un atto di abiura della propria fede”, e che, “non si tratta, quindi, di

rispettare solo il corpo della persona nella sua fisicità, ma di rispettare la persona umana nella sua interezza, ossia nei suoi valori morali, etici e religiosi”.

L'unicità di questo dissenso sta nel suo duplice valore, come afferma la Corte, ossia quale espressione del “principio di autodeterminazione circa il trattamento sanitario” e della “libera professione della propria fede religiosa”.

Pertanto il medico, nell'approcciarsi ad un paziente Testimone di Geova, deve essere bene consapevole della forza di tale rifiuto che, come riporta sempre la Corte, “non costituisce il mero esercizio del diritto di autodeterminazione sanitaria ma è una vera e propria forma di obiezione di coscienza, radicata in ragioni religiose”.

“Di fronte al peggioramento delle condizioni cliniche che possono far ritenere sussistente un pericolo di vita per il paziente, il suo precedente rifiuto ad un trattamento sanitario considerato dai medici salva vita, mantiene valore o può essere superato?”

La Cassazione risponde a tale quesito affermando che “il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte”.

La sentenza richiama alcuni precedenti accessi giurisprudenziali (in particolare la v sentenza Cass. civ., 15 settembre 2008, n. 23676) ove la cassazione ha avuto modo di precisare le caratteristiche che deve avere tale dissenso per considerarsi valido ed operante, ossia che deve essere “espreso, inequivoco ed attuale”. La Corte, all'epoca, esclude valore ad una manifestazione di dissenso alle emotrasfusioni da parte di un Testimone di Geova visto che, in quel caso essa era stata espressa con un cartellino contenente esclusivamente un “sibillino sintagma ‘niente sangue’”.

Tuttavia, già all'epoca, anche prima dell'introduzione delle DAT avvenuto con la L. n. 219/2017, la Corte aveva chiaramente sancito che in presenza di una manifestazione di volontà anche espressa in forma scritta purché articolata, puntuale ed inequivoca, il dissenso in essa contenuto doveva ritenersi pienamente valido e operante.

Pertanto, se il paziente rifiuta un trattamento sanitario in modo specifico, non conta che vi sia o non vi sia il rischio di pericolo di vita: tale rifiuto diviene insuperabile. Il motivo della centralità di tale dissenso è spiegato dalla sentenza in commento grazie al richiamo dei principi costituzionali pertinenti come su illustrati.

L'attualità del dissenso, quindi, non è da riferirsi al momento del peggioramento della situazione clinica o del sorgere del pericolo di vita, ma alla volontà manifestata. Il dissenso dato in condizioni di piena capacità non perde valore, per la Cassazione, qualora sopraggiunga un successivo stato di incapacità del soggetto o una situazione di pericolo.

La ragione del rifiuto della terapia trasfusionale, collegato all'adesione ad una determinata religione, è ragione che di per sé stessa comporta la permanenza nel tempo della volontà, che è espressione dell'osser-

vanza incondizionata dei principi di cui alla fede manifestata.

“Intervento e rifiuto alle emotrasfusioni: rispetto del principio di ‘alleanza terapeutica’ tra medico e paziente”.

La Cassazione fornisce in conclusione anche un c.d. *obiter dictum* (essendo su altro il fulcro della sentenza), con “uno sguardo” alla L. n. 219/2017 e ai principi essenziali nella relazione medico paziente.

In primis, nell’ordinanza si fa richiamo alla prima parte dell’art. 1 comma 6 della stessa laddove si afferma che “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale”.

Pertanto, secondo la L. n. 219/2017, una volta che il medico ha applicato i principi in essa espressi tesi alla valorizzazione della volontà del paziente, qualora dal dissenso del paziente derivino conseguenze per lo stesso pregiudizievoli, il medico è esente da conseguenze civili e penali. Peraltro, per inciso, la stessa giurisprudenza penale di merito ha infatti ritenuto penalmente responsabile per violenza privata il medico che procede ad emotrasfusione nonostante il dissenso espresso dal paziente (v. Trib. Termini Imerese, 8 giugno 2018, n. 465 – confermata dalla Corte di appello di Palermo – su di un caso di paziente Testimone di Geova cosciente; G.I.P. di Tivoli del 17 febbraio 2017 e Trib. di Tivoli n. 1179/2020 del 9 dicembre 2020, su rifiuto alle emotrasfusioni da parte di paziente Testimone di Geova incosciente manifestato tramite DAT ribadite da parte di un amministratore di sostegno appositamente nominato).

Confermata così l’insuperabilità del dissenso alle emotrasfusioni dalla recente norma di legge, a questo punto, l’Ordinanza considera un solo raro e residuale caso in cui potrebbe trovare applicazione il 6° comma dell’art. 1 della L. n. 219/2017, art. 1, 6° comma, dove si legge che “il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”. Quello in cui un paziente prestasse “il consenso a un intervento chirurgico, al quale è consustanziale il rischio emorragico, con l’inequivoca manifestazione di dissenso all’esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri”.

Colpisce l’uso dell’aggettivo “consustanziale”, proprio in genere del vocabolario teologico, in quanto ben chiarisce quanto fossero diverse le circostanze del caso di specie, in cui il giudice di appello aveva erroneamente affermato che per il medico era legittimo ritenere configurato un consenso implicito alla trasfusione con il consenso all’intervento. La Corte priva di ogni valenza tale ragionamento anche alla luce della nuova normativa, e precisa che il medico deve comunque rispettare il dissenso, potendo legittimamente astenersi dall’intervento chirurgico solo nel raro caso in cui alla realizzazione di un intervento

chirurgico fosse “consustanziale” il rischio emorragico, vi fosse cioè una “identità di sostanza” (cioè, in termini scientifici, un’equivalenza del 100%). In tal caso, il paziente non potrebbe pretendere che l’intervento fosse comunque realizzato senza l’utilizzo delle emotrasfusioni; il medico avrebbe già chiarito, prima dell’intervento, che quella specifica operazione chirurgica senza sangue sarebbe incompatibile con la vita e non vi sarebbe alcuna speranza di sopravvivenza.

Una situazione in sostanza non difforme dal caso in cui un paziente chieda una dose di morfina per il dolore che incidendo sulla sua condizione cardiaca causerebbe al 100% la morte.

La Corte di cassazione civile, perciò, conformemente alla propria giurisprudenza ma anche a quella della Corte cost. e della Corte eur. dir. uomo, ha chiaramente voluto eliminare ogni possibilità di comportamenti tipici della “medicina difensiva” (tanto dannosa quanto inutile) diretti a compulsare, se non a forzare, un consenso del paziente con lo spettro di rifiutare arbitrariamente l’esecuzione chirurgica per il semplice “rischio emorragico”, che anche se in diversa misura è proprio di ogni intervento.

Perciò anche con riferimento alla nuova legge, la Corte conferma quello che già aveva chiaramente riconosciuto, ossia che “il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte”, ovvero, con lo stesso principio di diritto contenuto nella decisione in commento: “Il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l’emotrasfusione ... anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita”.

Conclusioni. La sentenza e il principio da essa enunciato rappresentano uno strumento di tutela non solo per il paziente, ma anche per gli operatori sanitari che hanno bisogno di certezze e garanzie. In passato i sanitari potevano pensare di trovarsi fra “l’incudine e il martello” di fronte al dissenso alle emotrasfusioni del paziente Testimone di Geova, ostaggi delle loro paure. L’opzione era: rispettare la volontà del paziente e non trasfondere avendo il timore, in caso di esito infausto, di azioni penali, ovvero trasfondere nonostante il dissenso subendo anche in questo caso azioni civili e penali da parte del paziente e dei suoi congiunti? L’evoluzione giurisprudenziale, anche con la sentenza in commento, e indubbiamente la L. n. 219/2017, sembrano aver messo finalmente a tacere questi dubbi e paure. Ora di una cosa non si deve aver paura: applicare la legge e rispettare la Costituzione.

Federico Papini, Lucio Marsella,
Cristina Mosenscaia

Giurisdizione

Cassazione civile, Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598 (ordinanza interlocutoria) – Pres. Mammone – Rel. Lamorgese – P.M. Celentano (diff.) – Randstad Italia S.P.A. (avv. Brugnoletti) – Umana S.P.A. (avv. Bertoldi) – Azienda U.S.L. Valle d’Aosta, IN.VA S.P.A. (avv.ti Bortoni, Dal Piaz) – Synergie Italia Agenzia per il Lavoro S.P.A. (avv. Balestrieri). *Rinvia tre questioni pregiudiziali all’esame della Corte di Giustizia della Unione Europea.*

Competenza e giurisdizione civile – Giurisdizione – Consiglio di Stato – Omesso rinvio pregiudiziale – Motivi inerenti alla giurisdizione – Cassazione a Sez. un. – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. – Appalti pubblici – Effettività della tutela giurisdizionale

Appare dubbia la compatibilità con i principi e le norme del T.U.E., T.F.U.E. della Carta dei Diritti della Unione Europea, (in particolare con i principi di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale interna agli Stati membri dell’Unione), di una prassi interpretativa nazionale del concetto di “motivi inerenti alla giurisdizione”, che escluda il sindacato della Corte di cassazione a Sezioni unite sul c.d. “difetto di potere giurisdizionale”: consistente nella applicazione da parte del Consiglio di Stato di principi e prassi nazionali configgenti con sentenze della Corte di Giustizia della Unione Europea, tenuto conto dei limiti della “autonomia procedurale” degli organi giudiziari degli Stati membri, quali affermati dalla giurisprudenza conforme della medesima Corte di Giustizia. (Fattispecie relativa ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale negli appalti pubblici). (Massima non ufficiale)

Processo amministrativo – Unione Europea – Effettività – Equivalenza – Compatibilità – Prassi interpretativa – Giurisdizione – Motivi – Insindacabilità – Pregiudizialità – Appalti pubblici – Ricorso principale – Ricorso incidentale – Esame – Priorità – Interesse

Appare dubbia la compatibilità con i principi e le norme del T.U.E., T.F.U.E. e della Carta dei Diritti dell’Unione Europea (in particolare con il principio della prevalenza e della diretta applicabilità del diritto europeo), di una prassi giurisdizionale nazionale del concetto di “motivi inerenti alla giurisdizione”, che escluda il sindacato della Corte di cassazione a Sezioni unite sul c.d. difetto di potere giurisdizionale”: consistente nell’omesso rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato di normative o prassi processuali nazionali incompatibili con il diritto dell’Unione; anche in considerazione del rischio di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto della Unione Europea e di realizzare il consolidamento del contrasto interpretativo stesso. (Massima non ufficiale)

Processo amministrativo – Unione Europea – Compatibilità – Giurisdizione – Motivi – Insindacabilità – Prassi interpretativa – Principi – Prevalenza Diretta applicabilità – Effettività – Uniforme applicazione – Contrasto interpretativo – Giudicato

Appare dubbia la compatibilità con i principi e le norme del diritto comunitario sugli appalti in materia di diritto a ricorsi effettivi ed efficaci, da parte dei concorrenti ad una gara pubblica;– come dichiarati ed interpretati dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia della Unione Europea – di una prassi giurisdizionale nazionale, secondo cui l’impresa che sia stata esclusa da una gara d’appalto per aver presentato un’offerta tecnica inappropriata, non sarebbe legittimata a proporre motivi inerenti alla intera aggiudicazione, facendo valere l’interesse legittimo strumentale alla caducazione della gara stessa, per conseguire il bene della vita della sua ripetizione. (Fattispecie in materia di priorità dell’esame del ricorso principale e/o incidentale in materia di appalti pubblici).

Omissis. – I dubbi di compatibilità con il diritto dell’Unione e le motivazioni del rinvio sulla prima questione pregiudiziale.

32.– L’orientamento sopra illustrato (sub paragrafi 24-27), in base al quale le Sezioni unite ritenevano ammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto dell’Unione, era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell’Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (nella specie, con le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18; 5 aprile 2016, C-689/13; 4 luglio 2013, C 100/12), esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione – per avere compiuto un’attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale – censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall’essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione. Diversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell’Unione lo Stato ha rinunciato all’esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall’Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell’applicazione del diritto dell’Unione.

33.– Ed infatti, “il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d’accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico

di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi" (Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere n. 1/91, p. 21; 3 aprile 1968, C-28-67, Westfalen/Lippe GmbH; 15 luglio 1964, C-6/64, Costa; secondo quest'ultima "il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia").

34.– Il richiamato orientamento delle Sezioni unite (sub paragrafi 24-27) – che aveva interpretato le pertinenti disposizioni processuali nazionali nel senso di ritenere inerenti alla giurisdizione e dunque ammissibili, come motivi di ricorso per cassazione, le censure proposte per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di giustizia interpretative del diritto dell'Unione – era determinato dalla necessità di dare attuazione alle "(...) statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee [che] hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985)" (in tal senso, Corte costituzionale, 13 luglio 2007, n. 284) ed obbligano gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alle norme del diritto dell'Unione.

35.– A venire in rilievo è l'obbligo degli Stati di dare leale attuazione al principio secondo cui il giudice nazionale "è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione (...) fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giudiziario di grado superiore qualora esso ritenga (...) che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 ottobre 2010, C-173/09, Elchinov, p. 30; Grande Sezione, 5 luglio 2016, C-614/14, Atanas Ogniano, p. 28; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13, p. 38). Quest'ultima decisione ha precisato che "l'effetto utile dell'articolo 267 T.F.U.E. sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20)" (Corte di giustizia, 5 aprile 2016, Puligienica, p. 39-40).

36.– L'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione (le sentenze del Consiglio di Stato acquistano forza di giudicato dopo la scadenza dei termini di impugnazione fissati nell'art. 92 cod. proc. amm. o all'esito dell'infruttuoso esperimento del ricorso per cassazione). Ed infatti, la direttiva 89/665

"è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (Corte di giustizia, 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391/15, p. 30)" (Corte di giustizia, 5 settembre 2019 cit., Lombardi, p. 21). Altrimenti verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'articolo 1, terzo comma, della stessa direttiva, di garantire che "le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile".

37.– Il ricorso per cassazione costituisce l'unico strumento per reagire a violazione del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2018, riconosce che "specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste", ma osserva che "deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione [quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi], eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'articolo 395 cod. proc. civ.". Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte cost. 2 febbraio 2018, n. 19). Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 cod. proc. civ.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. È comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione. 38.– L'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2018, che preclude alle Sezioni unite di esaminare nel merito i denunciati il contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, determina il consolidamento della violazione di tale diritto ed espone lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità. Ciò in contrasto con il principio secondo cui "Nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie" (Corte di giustizia, 7 febbraio 1973, C-39/72, Commissione europea c. Repubblica italiana, p. 24).

39.– Il riferimento al principio di “autonomia procedurale” degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l’individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall’Unione, lungi da fugare, in realtà, alimenta il dubbio di compatibilità con il diritto dell’Unione, che deve essere sciolto dalla Corte di giustizia. 40.– Ed infatti, se è vero che “conformemente alla giurisprudenza costante della Corte [di giustizia], in mancanza di norme dell’Unione in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell’ordinamento, in forza del principio di autonomia procedurale”, ciò vale tuttavia alla duplice condizione “che [tali modalità] non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell’Unione (principio di effettività)” (sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, punto 24 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che le due condizioni cumulative, vale a dire il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere rispettate affinché uno Stato membro possa far valere il principio dell’autonomia processuale nei casi disciplinati dal diritto dell’Unione (sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal* (...), punto 25” (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, p. 48-49).

41.– La Corte ha precisato che “per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve ricordare che esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell’Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno [seguono richiami di giurisprudenza]” (tra le tante, Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, *Lucio Cesare Aquino*, p. 50).

41.1.– Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputa di avere svolto un’attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto dell’Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, esercita poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia.

41.2.– La suddetta prassi giurisprudenziale non sembra in linea con il principio dell’interpretazione conforme del diritto nazionale, imposto dal diritto dell’Unione, il quale “esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira la direttiva in questione [seguono richiami di giurisprudenza]” (Corte di giustizia, 15 settembre 2011, C-53/10, *Land Hessen*, p. 33). La “esigenza di un’interpretazione conforme del diritto nazionale è insita nel sistema del Trattato FUE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze,

la piena efficacia del diritto dell’Unione quando risolve la controversia di cui è investito (sentenza del 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 114)” (Corte di giustizia, 26 ottobre 2016, C-611-14, *Canal Digital Danmark A/S*, p. 33). In una fattispecie come quella in esame, il ricorso per cassazione sarebbe (e fino alla sentenza della Corte cost. n. 6 del 2018 è stato ritenuto) ammissibile anche in base al diritto nazionale, sotto il profilo del difetto o eccesso di potere giurisdizionale del giudice che abbia esercitato poteri giurisdizionali di cui è privo (per le ragioni indicate sub paragrafo 32), quando ha (o si sostiene che abbia) applicato regole processuali contrastanti con sentenze della Corte di giustizia, quindi incompatibili con il diritto dell’Unione.

42.– “Dall’altro lato, per quanto riguarda il principio di effettività, una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (sentenza del 20 ottobre 2016, *Danqua*, C-429/15, punto 29), (...) tenendo conto del ruolo di detta norma nell’insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest’ultimo dinanzi ai diversi giudici nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 21 febbraio 2008, *Tele2 Telecomunicazioni*, C-426-05, punto 55)” (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, *Lucio Cesare Aquino*, p. 52-53). Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli articoli 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, i quali impongono agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione (ad esempio, Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300/11, *ZZ*, p. 55, 57, 65). Nell’ordinamento nazionale la “tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” costituisce obiettivo proclamato anche nel codice del processo amministrativo (articolo 1).

43.– La prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondente nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.

43.1.– Con riguardo al rispetto dei diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento, la Corte di giustizia ha chiarito che gli Stati membri non possono fare valere il principio di autonomia procedurale nella formazione degli istituti processuali in una fattispecie concernente la domanda di tutela proposta dai partecipanti ad una gara di appalto, in relazione alla quale “risulta dall’articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all’esame nel merito di tale ricorso” (sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*, p. 33).

43.2.– Analogo dubbio può essere avanzato con riguardo ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, se si considera che analoghi ricorsi per cassazione, in controversie similari aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di esclusione e aggiudicazione di gare di appalto disciplinate dal diritto dell'Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni unite prima del 18 gennaio 2018 (data della sentenza della Corte cost. n. 6 del 2018), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (v. Cass., Sez. Un., n. 13243 del 2019), pur se presentati in epoca precedente, senza che la diversità di esito sia stata determinata da modifiche normative introdotte da legislatore dell'Unione europea o da sentenze della Corte di giustizia sopravvenute.

44.– I limiti alla autonomia procedurale degli Stati (in relazione ai principi di equivalenza ed effettività) non subiscono deroghe in considerazione della natura amministrativa della materia (riguardante l'aggiudicazione degli appalti), tanto più che, nell'originale sistema giurisdizionale italiano, la materia amministrativa non è "riservata" ai giudici amministrativi ma è ripartita tra questi ultimi e i giudici ordinari, spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono esse l'effetto di fare radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione (come accade per le sentenze del Consiglio di Stato, diversamente da quanto previsto per le sentenze degli altri organi giurisdizionali). La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da fare ritenere a queste Sezioni unite – le quali vigilano sul "rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni" (articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario) – che il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione.

45.– Infine non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111, ottavo comma, della Costituzione), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. "È infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, punto 3)" (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Ibérica SA, p. 38). All'applicazione del diritto comunitario non è di ostacolo l'esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, "senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale [seguono richiami di giurisprudenza]" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-

337/03 e C-473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Kticikdeveci, p. 54).

46.– Quesito sulla prima questione pregiudiziale.

Il primo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 T.F.U.E., letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per "motivi inerenti alla giurisdizione" – quale si evince dalla sentenza della Corte cost. n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla "autonomia procedurale" degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali.

Seconda questione pregiudiziale. Premessa.

47.– Ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione, si imporrebbe la valutazione della compatibilità della sentenza impugnata del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione sulla questione concernente la legittimazione del concorrente escluso a contestare la propria esclusione mediante la critica dell'aggiudicazione della gara ad un altro concorrente, sulla base di censure dirette al travolgimento e alla ripetizione della procedura di gara.

48.– Tale questione, secondo la tesi della ricorrente R., dovrebbe essere risolta facendo applicazione dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nei tre precedenti citati (sub paragrafi 12.1, 25, 36, 43.1) su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani.

49.– Permane, tuttavia, incertezza circa la possibilità di offrire alla questione controversa una soluzione analoga a quella espressa nei precedenti richiamati, in considerazione del fatto che, nella fattispecie in esame, non è messa in discussione la legittimità dell'ammissione (cioè il possesso dei requisiti di partecipazione) alla gara del concorrente escluso né dell'aggiudicatario (come invece nei casi esaminati nelle sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 8-9 e 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, p. 13-14). Il ricorrente principale, pur avendo contestato (infondatamente secondo la valutazione operata dai giudici amministrativi in primo grado e in appello) la valutazione della

propria offerta tecnica (sulla base dei criteri di valutazione indicati nel disciplinare di gara), cui è conseguito il mancato superamento della “soglia di sbarramento”, ha proposto ulteriori motivi di impugnazione – concernenti i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti – che contestavano in radice le operazioni e l’esito della gara, al fine di provocare il travolgimento e la ripetizione della stessa, motivi giudicati inammissibili dal Consiglio di Stato, in accoglimento in via prioritaria dell’eccezione di inammissibilità (e del ricorso incidentale) dell’aggiudicatario basati sul difetto di interesse del ricorrente principale a coltivare l’impugnativa.

50.– Sulla suddetta questione il Collegio ritiene necessario interpellare la Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 T.F.U.E.. Tuttavia, l’attuale orientamento delle Sezioni unite è nel senso di escludere sia la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell’omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell’Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014), sia la stessa possibilità per le Sezioni unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell’8 luglio 2016). Questo orientamento suscita dubbi di compatibilità con il diritto dell’Unione che ne mette in discussione la vincolatività per queste Sezioni unite e che si chiede alla Corte di giustizia di sciogliere.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell’Unione e le motivazioni del rinvio sulla seconda questione pregiudiziale.

51.– Preliminarmente si osserva che, ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l’inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l’omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni unite ad utilizzare lo strumento di cui all’articolo 267 T.F.U.E., che è necessario e insostituibile per fare emergere il contrasto della sentenza amministrativa impugnata con il diritto dell’Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia.

52.– La tesi secondo cui l’unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell’Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (v. sub paragrafo 31) non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Kobler; 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo spa; 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione c. Repubblica italiana).

53.– In ogni caso, il fatto che per reagire ad una violazione dell’obbligo di rinvio si debba ricorrere ai principi dell’illecito comunitario dimostra che la violazione stessa, in quanto tale, resta priva di un rimedio che consenta di evitare che il giudice di ultima istanza, sottraendosi all’obbligo di rinvio, impedisca di fatto, in primo luogo, alla Corte di giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell’Unione ad essa affidato dal Trattato istitutivo e, in secondo luogo, alle Sezioni unite di esercitare la

funzione di garanzia, che le è affidata nell’ordinamento nazionale, inerente al rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 dell’Ordinamento giudiziario, cit.), tanto più, come si è detto (sub paragrafi 27 e 36), in un momento in cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante con il diritto dell’Unione. – Ad avviso del Collegio, il giudice nazionale che, in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall’obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio – anche “nuovamente” quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p. 14) – e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell’Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l’ultima parola in ordine all’interpretazione di tale diritto, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell’ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

55.– L’articolo 267 T.F.U.E. “istituisce una procedura di cooperazione diretta tra la Corte di giustizia e i giudici degli Stati membri [la quale é] fondata su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte” (Corte di giustizia, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, C-106/16, Polbud, p. 27; 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C62/14, p. 15) di cui non sono tollerate indebite commistioni. “[I]l procedimento di rinvio pregiudiziale (...) costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale nell’Unione europea il quale (...) mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati (v. parere 2/13, del 18 dicembre 2014, punto 176 e giurisprudenza ivi citata) (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 15).

56.– Le norme nazionali di procedura “non possono ridurre la competenza e gli obblighi incumbenti sul giudice nazionale in quanto giudice di rinvio, ai sensi dell’art. 267 T.F.U.E.” e “non devono essere applicate [quando] abbiano l’effetto di ledere tale competenza” (Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12, p. 12). 57.– L’articolo 267 T.F.U.E. vieta agli Stati membri di limitare, mediante norme legislative o prassi interpretative nazionali, la facoltà delle giurisdizioni, anche non di ultima istanza, di operare il rinvio alla Corte, in quanto il giudice nazionale ha il dovere di garantire la piena efficacia delle norme dell’Unione (Corte di giustizia, 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, Melki e Abdeli, p. 40-45; 15 gennaio 2013, C-416/10, Krizan, e a., p. 65-73). “L’articolo 267 T.F.U.E. conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell’ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un’interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell’Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. I giudici nazionali sono d’altronde liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno (v. sentenze del 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonché dell’11 settembre 2014, A, C-112/13, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)” (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 17).

58.– Dubbia è dunque la compatibilità con il diritto dell’Unione dell’orientamento interpretativo di cui si è dato

conto (sub paragrafo 50) che in radice esclude la possibilità per le Sezioni unite della Corte di cassazione, investite da un mezzo di impugnazione ordinaria, qual è il ricorso per cassazione, di esaminarlo nel merito quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato e di effettuare direttamente il rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la compatibilità della sentenza impugnata con il diritto dell'Unione.

59.– Il suddetto orientamento che vieta alle Sezioni unite della Corte di cassazione di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale – il cui scopo è proprio quello di “evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie” (Corte di giustizia, 12 giugno 2008, C-458/06, p.) – favorisce il consolidamento del suddetto orientamento nell'ordinamento nazionale, tenuto conto che l'erronea soluzione data da un giudice di ultima istanza a questioni di diritto dell'Unione europea rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie e comporta la lesione definitiva dei diritti del singolo.

60.– Quesito sulla seconda questione pregiudiziale.

Il secondo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 T.F.U.E., letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni unite per “motivi inerenti alla giurisdizione”, sotto il profilo del cosiddetto “difetto di potere giurisdizionale”, non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento dell'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Le motivazioni del rinvio sulla terza questione pregiudiziale.

61.– La terza questione pregiudiziale riguarda la compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione, più volte espressi in materia dalla Corte di giustizia. Il punto di vista del Collegio è nel senso che le censure proposte da R. siano ammissibili e, quindi, avrebbero dovuto essere esaminate nel merito dal Consiglio di Stato, come già rilevato nel giudizio dal Tri-

bunale amministrativo regionale, secondo il quale “Nel caso in esame la ricorrente [R.] ha partecipato alla gara essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica. Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando. Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili”.

62.– La posizione del concorrente ad una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti ad ottenere la ripetizione della gara e, di conseguenza, il travolgimento della aggiudicazione al concorrente, non è assimilabile a quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara, fino a quando non si sia formato il giudicato sulle ragioni della sua impugnazione (cfr. Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30-33; nella sentenza 11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 58, la Corte ha osservato che “[n]el procedimento principale [...] l'Archus e la Gama hanno proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, adottate contemporaneamente, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico”).

63.– La Corte di giustizia “ha già avuto occasione di rilevare [che] il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza (...) (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, [Puligienica], C-789/13, p. 29)” (Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30 e 25).

64.– Ed infatti, “il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto [o la inammissibilità] del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri (...) In tale situazione l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese Ric. 2019 n. 30174 sez. SU – dell'amministrazione stessa (...) L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente” (Corte di giustizia, Lombardi, cit., p. 24, 28, 29; cfr. Puligienica, cit., p. 28; Fastweb, cit., p. 33). Secondo la Corte di giustizia, “tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'articolo 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatori” (11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 56 e 58).

65.– In altri termini, non si può escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere di conseguenza all'indizione di una nuova gara, evidenziandosi l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Conforme è l'indirizzo espresso dalle Sezioni unite nel 2017: “basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente

a contestare l'aggiudicazione" (Cass., Sez. Un., n. 31226 del 2017).

66.– Quesito sulla terza questione pregiudiziale.

Il terzo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Pulgigenica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla "soglia di sbarramento" attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che conte-

stino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare. – *Omissis*.

La Corte di cassazione a sezioni unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello?

Eugenio Picozza*

La nota di commento alla ordinanza sopra riportata esamina in modo critico le tre questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, alla luce dei principi, delle norme e degli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia della Unione Europea, in materia di riparto delle giurisdizioni all'interno degli Stati Membri.

La Corte ha costantemente affermato di non essere competente al riguardo (come pure in tema di qualificazione e di articolazione delle situazioni giuridiche soggettive all'interno degli Stati membri), limitandosi a prescrivere che la tutela delle situazioni stesse (qualunque sia l'organo giurisdizionale competente dello Stato membro) deve essere effettiva, cioè piena, completa ed erogata in un ragionevole spazio di tempo. In particolare non deve essere negato, sia da norme di diritto sostanziale che processuale, l'accesso alla giustizia, né che sia reso troppo difficile od oneroso o reso in tempi inaccettabilmente lunghi.

Allo stato attuale della legislazione e dei principi generali dell'ordinamento giuridico "multilivello", dunque – tenendosi conto che il Consiglio di Stato è sempre stato considerato (anche dalla Corte di Giustizia UE) come organo giurisdizionale di ultima istanza, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 267 T.F.U.E. – gli unici rimedi previsti sono: nell'ordinamento europeo la possibilità per gli interessati che si ritengono lesi dal mancato rinvio pregiudiziale, di proporre azione dinanzi al Tribunale Civile di Roma per far valere la c.d. "responsabilità comunitaria"; e nell'ordinamento interno, di proporre azione di responsabilità civile per risarcimento dei danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie da parte dei magistrati di ciò responsabili, accanto alla responsabilità disciplinare del magistrato stesso (legge 117/1988 come novellata nel 2015 che disciplina anche la problematica del mancato rinvio pregiudiziale).

Alla luce di tali argomentazioni, l'Autore ritiene che difficilmente le tre questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte possano essere accolte, perché solo le Autorità competenti all'interno degli Stati membri (Corte Costituzionale e Cassazione a Sezioni Unite) possono qualificare e articolare i c.d. "motivi di giurisdizione" di cui all'articolo 111 comma 8 della Costituzione.

Una soluzione possibile a suo avviso, sarebbe quella di una riforma legislativa, conforme alla Costituzione, che istituisca una Cassazione Amministrativa come giudice finale della propria giurisdizione cui spetti anche la decisione definitiva in materia di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del T.F.U.E.; mentre per la soluzione di veri e propri "conflitti" tra le varie giurisdizioni, potrebbe essere reintrodotta il Tribunale dei Conflitti già vigente in epoca remota. Queste soluzioni sono state del resto adottate da importanti Stati membri della Unione Europea.

Per quanto riguarda in particolare la terza questione pregiudiziale, che pone problematiche specifiche in tema di effettività della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, va rilevato che effettivamente -per un periodo di tempo abbastanza lunga, gli organi della giurisdizione amministrativa non si erano adeguati all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia che è intervenuta diverse volte sul tema. Ma allo stato attuale la situazione appare mutata.

Da notare un indirizzo del Consiglio di Stato che ammette entro certi limiti e a determinate condizioni, la possibilità di azione di revocazione secondo il combinato disposto degli articoli 106 c.p.a. e 395/396 c.p.c.

Se l'indirizzo "sostitutivo" della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili dovesse stabilizzarsi, la Corte stessa potrebbe assumere (come dal titolo della nota) il ruolo di Garante dell'Ordinamento Giuridico "multilivello".

* Il contributo è stato sottoposto a referaggio interno.

Ingressio

Il compianto Maestro Nicola Picardi nel mirabile saggio “La giurisdizione all’alba del terzo millennio”¹, dopo aver messo in rilievo le concezioni della *jurisdictio*² e dell’*ordo judicarius*³ come fondanti il concetto di giurisdizione nel diritto comune, concludeva il saggio con il capitolo “La giurisdizione tra stato e comunit ”⁴, nel quale sottolineava il passaggio epocale dal concetto di “potere giudiziario”⁵ a quello di “servizio pubblico della giustizia”⁶, riscontrando tuttavia “prolungamenti e corollari della concezione classica della giurisdizione”⁷ ed auspicando un concetto di giurisdizione come potere indipendente, diffuso e professionale⁸.

Allineata a questa concezione appare anche l’analisi economica del diritto: gi  nella classificazione ONU dei servizi, compariva il servizio giustizia, come anche i servizi ordine pubblico e difesa.

L’Unione Europea ha recepito pienamente questa concezione, dapprima con la Dir. 92/50 sugli appalti pubblici di servizi, e poi con il regolamento del Consiglio n. 3693/93, da ultimo sostituito dal regolamento (UE) N. 1209/2014 della Commissione del 29 ottobre 2014, recante modifica del regolamento (CE) n. 451/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, che definisce una nuova classificazione statistica dei prodotti associata alle attivit  (CPA), e abroga il regolamento (CEE) n. 3696/93 del Consiglio numero 84.23 “servizi di giustizia e attivit  giudiziarie”. La regola dell’efficienza della giurisdizione come servizio pubblico,   la prima regola da osservare per l’analisi economica del diritto⁹.

Non cos  appare il panorama della giustizia per una parte rilevante della sociologia del diritto. In particolare, secondo N. Luhmann, massimo teorico della sociologia dei sistemi, “il sistema politico, in un senso molto ampio,   caratterizzato, come abbiamo visto, dalla funzione di produrre potere, cio  di trasmettere in forme codificate e generalizzate simbolicamente, decisioni vincolanti”.

All’interno di questo sistema, Luhmann distingue due ulteriori “sottosistemi”: il sottosistema dei partiti politici, o sistema politico in senso stretto, e il sistema della pubblica amministrazione, comprendente, senza particolari differenziazioni, il legislativo, l’esecutivo e

il giudiziario, unificati dalla funzione di emanare attraverso procedure burocratiche decisioni vincolanti¹⁰.

Non   una visione molto “comunitaria” per dirla con Picardi, ma alle volte Luhmann   ancora pi  pessimista, ad esempio quando afferma che qualsiasi procedimento (legislativo, amministrativo e, quindi, anche giudiziario) serve – attraverso le garanzie procedurali dell’azione, della difesa e del contraddittorio – a “ridurre le aspettative”¹¹, nell’ambito generale della riduzione della complessit  giuridica e sociale.

A livello giuridico, il dibattito sulla struttura e funzione della giurisdizione   troppo vasto perch  se ne possa in questa sede rendere conto: mi limito dunque a citare due saggi che mi sono sembrati molto approfonditi, rispettivamente, sul concetto di giurisdizione¹² e sul sistema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato in Cassazione¹³.

In astratto, quasi tutta la dottrina   d’accordo: la nostra Costituzione ha scelto, in continuit  con la tradizione risalente ad ancor prima della unit  d’Italia, il modello della pluralit  delle giurisdizioni¹⁴, e quindi la c.d. unit  delle giurisdizioni   solo un profilo funzionale, non strutturale.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha riconosciuto il carattere di giurisdizione di ultimo grado al Consiglio di Stato in sede consultiva, cos  come alla Corte dei conti in sede di controllo.

La Corte di cassazione a Sezioni unite   un organo distinto e autonomo dalla Corte di cassazione, intesa come un terzo grado di giudizio limitatamente al controllo di legittimit  della giurisdizione ordinaria.

Il problema nasce invece quando dalla teoria si passa alla prassi (*ex facto oritur jus*): di fronte al limpido dettato della legge sull’ordinamento giudiziario (ai sensi dell’art. 65 del regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12 “La Corte suprema di Cassazione, quale organo supremo di giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unit  del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzione, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge”) troviamo invero una “non definizione” nell’art. 111, 8  comma, Cost. “Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il

¹ Nella *Collana Dialettica, Diritto e Processo* a cura di Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, III, Milano, 2007.

² Id., *op. cit.*, 28 e segg.

³ Ivi, 33 e segg.

⁴ Ivi, 65 e segg.

⁵ Ivi, 165 e segg.

⁶ Ivi, 167 e segg.

⁷ Ivi, 171 e segg.

⁸ Ivi, 187 e segg.

⁹ R. Posner, *The economic of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1983; e pi  recentemente R.D. Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000, 171 e segg.

¹⁰ Cos  Zolo, *Complessit , potere, democrazia*, saggio introdotto-

vo al volume di Luhmann *Potere e complessit  sociale* ed il Saggiatore Milano 2012, passim ma particolarmente alla nota 56.

¹¹ Cos  nel libro *Legitimation durch verfahren*, trad. it *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, passim.

¹² A. Poggi *Il sistema giurisdizionale tra “Attuazione” e “Adeguamento” della Costituzione*, Napoli, 1995.

¹³ M.V. Ferroni, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2008.

¹⁴ Non   un caso che, contestualmente alla L. 20 marzo 1865, n. 2248 All. E, vi sia anche l’allegato D. Sul punto v. per tutti Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo: Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000.

ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

Già di per sé, il concetto di “motivi di giurisdizione” è una meta-definizione, una clausola in bianco e nello stesso tempo di chiusura. Ma la problematica è aggravata dal fatto che la Costituzione non possiede gli stessi criteri di interpretazione della legge.

Infatti, com'è a tutti noto, l'interpretazione delle norme costituzionali fatta dalla Sovrana Corte costituzionale (e resa dalla medesima obbligatoria anche per le Corti di merito, pena la dichiarazione di inammissibilità) si basa sulla c.d. teoria neocostituzionalistica, il cui massimo teorico è Robert Alexy, secondo cui l'interpretazione dei principi va fatta bilanciando il peso dei principi o dei valori plurimi incorporati nello stesso principio.¹⁵ Dunque si tratta di criteri “politici” e non giuridici (che fungono solo da supporto ai primi) di interpretazione, anche perché come Kelsen scriveva a suo tempo nella Dottrina pura del Diritto “Ogni atto di interpretazione è un atto politico”¹⁶.

Quanto alla relazione obbligatoria tra costituzione e legge, nonostante l'ultima disposizione finale e transitoria della Costituzione si ponga in un'ottica kelseniana, il rapporto giuridico di esecuzione tra la Costituzione, come legge fondamentale, e leggi ordinarie dello Stato o delle Regioni, non ha avuto vita felice. Rapidamente si è passati al rapporto di “attuazione” della Costituzione o, più recentemente ed evocando il linguaggio musicale, ad un rapporto di armonia con la Costituzione o semplicemente di “rispetto”.

Queste problematiche rendono molto difficile il compito della Corte costituzionale, che in realtà non ha ricevuto espressamente dalla Costituzione la funzione di regolatore di secondo grado dei confini tra giurisdizioni, a differenza del ruolo di regolatore dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni di cui all'art. 134 della Costituzione medesima.

Eppure, nell'arco di venti anni è dovuta intervenire assumendosi questo scomodo compito diverse volte, specialmente e dapprima con la celebre sentenza n. 204 del 2004; e successivamente con la recente sentenza n. 6/2018.

Nel primo caso, oltre a quelle degli *ordo judiciarum*, c'erano le richieste e le pressioni delle classi forensi in cerca di equilibrio nella spartizione del mercato.

Il secondo caso appare, ad un osservatore indipendente, piuttosto una querelle tra *ordo judiciarum*, che poco ha a che vedere con il servizio pubblico della giustizia, e molto di più con la concezione tradizionale e classica della giustizia come “potere” pubblico, che attraverso la funzione giurisdizionale, e rispettando la forma del procedimento (processo), si trasforma in atti (sentenze e altri provvedimenti), in pieno accordo con la tesi di Luhmann.

D'altra parte, il Maestro Benvenuti, al quale si deve la ricostruzione dei rapporti tra potere, funzione e procedimento¹⁷ nella prospettiva della c.d. teologia politica, (e per chi ha avuto la fortuna di conoscerlo), era uno spirito abbastanza ironico e scettico, forse per le sue radici veneziane. Si ha quindi un prolungamento della concezione classica e tradizionale di giurisdizione di cui giustamente scriveva Picardi: il servizio pubblico alla giustizia rimane per così dire “sullo sfondo”.

Expositio

Formulato così un sommario quadro di riferimento della problematica nel suo complesso, passo ad una breve esposizione della mia tesi, che consente di affrontare poi unitariamente le problematiche insite nelle tre questioni pregiudiziali poste dalla Corte di cassazione nella ordinanza interlocutoria che qui si annota. Ovviamente si tratta di un puro punto di vista personale, anche se radicato in alcuni principi fondamentali ricostruttivi dell'ordinamento giuridico della Unione Europea.

La Corte di Giustizia, fin dagli albori della CEE (secondo le sentenze richiamate dalla Corte di cassazione nella ordinanza qui annotata)¹⁸, non ha mai dichiarato che l'ordinamento comunitario è “sostitutivo” di quelli nazionali. Ha invece dichiarato, con giurisprudenza pacifica, che si tratta di un ordinamento “integrato” in quelli nazionali. Questa visione – com'è noto – ha fatto molta fatica ad essere accettata dagli Stati membri (in Italia forse un punto fermo è la sentenza della Corte cost. n. 248/2007). In precedenza, prevaleva una concezione nettamente dualistica e separata tra gli ordinamenti giuridici, anche per quanto riguarda l'annoso problema della ascrizione delle fonti comunitarie tra le fonti del diritto nazionale.

Un'altra distinzione interessante posta (implicitamente) dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia è quella tra atti vincolanti (convenzioni, regolamenti, certi tipi di decisioni) e atti obbligatori (direttive, anche se *self executing*). Ricordiamo che le direttive europee sono tuttora vincolanti per lo scopo che vogliono raggiungere, e non per il concreto contenuto; e che la stessa Corte di Giustizia, in un lontano caso del 1994 (Corte giust. CE, 1° giugno 1994, n. 396) ha affermato che, in caso di violazione di una direttiva *self executing*, il parametro cui fare riferimento nel denunciare la violazione, non è la direttiva stessa, ma il provvedimento nazionale che ne effettua la recezione.

Questa è la regola generale, con una duplice eccezione: quando la recezione sia carente o infedele¹⁹.

Anche l'art. 117, 1° comma, Cost. (da interpretare

¹⁵ Cfr. Tra i molti Suoi scritti *Teoria dei diritti fondamentali* traduzione italiana Bologna, 2012.

¹⁶ Id, *La dottrina pura del diritto*, Milano, 1962, 134.

¹⁷ Cfr. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv.*

Trim. Dir. Pubbl., 1952, 118 e segg.

¹⁸ V. ad esempio, *Corte Giust. EU* sentenza Van Gend e Loos 5 febbraio 1963 in causa 26/62.

¹⁹ V. la trattazione del caso in E. Picozza, *Il diritto pubblico*

in combinato disposto con l'art. 11) dispone che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei "vincoli" derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli "obblighi" internazionali"²⁰.

Orbene, come ci insegna la dogmatica giuridica e segnatamente la disciplina urbanistica (che fa applicazione della tesi dogmatica sulle "limitazioni dei diritti"), i vincoli sono obblighi positivi o negativi di particolare forza ed efficacia giuridica; ma rientrano pur sempre nella categoria generale dell'obbligo, e non in quella della soggezione²¹.

Come si conviene ad ogni obbligo, esso deve essere adempiuto possibilmente in modo specifico; ma tranne i casi eccezionali dell'art. 2932 c.c., l'inadempimento dell'obbligo è sanzionato con la responsabilità.

La stessa Corte di cassazione ha oscillato tra la natura contrattuale o extracontrattuale dell'inadempimento comunitario, fino a quando si è dovuta allineare alla tesi scelta dallo stesso legislatore (cfr. l'art. 43, l. n. 183/2011, nella parte in cui dispone che "la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato").

La scelta fatta dal legislatore, peraltro, rafforza la tesi qui sostenuta, anche nei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: si tratta di un obbligo di particolare rilevanza, in linea con la visione tradizionale che anche il diritto internazionale continua ad avere di tali rapporti. Tale obbligo discende in via generale dal rapporto di leale collaborazione tra UE e Stati Membri, riprodotto in tutte le versioni temporali dei Trattati, mentre la Corte di Giustizia insiste sul fatto che i giudici sono i primi responsabili della effettiva e leale attuazione del diritto comunitario nel proprio Stato. La frase di circostanza, adottata quasi sempre dalla Corte di Giustizia, secondo cui "lo Stato è venuto meno agli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'ordinamento giuridico europeo" è fortemente simbolica: d'altra parte con la storica sentenza del 5/3/1996 nelle cause C-43 e C-48 la Corte ha espressamente qualificato in termini di responsabilità civile l'inadempimento agli obblighi comunitari; e lo ha esteso a tutti i poteri pubblici, legislativo, esecutivo e giudiziario (caso *Brasserie du Pêcheur*; e poi *Lomas*, *Kobler*, *Traghetti del Mediterraneo* e altri).

Dal punto di vista delle fonti nazionali poi, la scelta della configurazione dell'inadempimento comunitario come responsabilità civile (e in determinati casi, anche disciplinare) è stata fatta propria nella legge sulla responsabilità dei magistrati n. 117/1988, dopo la riforma del 2015, e quindi con la recezione dell'art. 43 della L. n. 183/2001. Infatti l'art. 2 della legge²² configura in termini di responsabilità per colpa grave la violazione manifesta del diritto della Unione Europea; ed in tal caso, ai fini dell'accertamento e della qualificazione (in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea) si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

Infine, l'azione per l'accertamento della responsabilità civile trascina con sé l'azione disciplinare tranne il caso in cui quest'ultima sia già stata proposta²³. Ed in tal caso, l'accertamento della responsabilità disciplinare non conosce il limite della colpa grave.

Mi sembra dunque che si possa ragionevolmente concludere sul punto nel senso che l'adempimento ai vincoli posti dall'ordinamento comunitario rientri nella figura generale; e che quindi la sua violazione non possa che dare luogo a responsabilità civile per illecito comunitario. È chiaro che del mancato adempimento risponde in via principale lo Stato inadempiente attraverso il proprio Governo (che rappresenta nel diritto internazionale pubblico la personalità dello Stato: La Corte ha chiarito, fuori da ogni dubbio, questa imputazione anche quando l'inadempimento sia compiuto da un potere locale o dallo stesso potere giudiziario: v. già sentenza *Salomone Haim*)²⁴.

Non mi sembra che nell'ordinamento europeo esistano azioni di adempimento specifico o coattivo degli obblighi comunitari; esistono invece sanzioni pesanti anche per ogni giorno di ritardo, e sanzioni specifiche nei singoli settori e politiche comunitarie, per esempio in materia di ripetizione degli aiuti di Stato indebiti).

D'altra parte, e senza alcuna pretesa di invadere spazi di competenza propri degli studiosi del diritto pubblico comparato, gli interventi di tipo "sostitutivo" sono propri del modello degli stati federali e non delle unioni di Stato atipiche, come è quella europea. La salvaguardia del ruolo principale dei giudici nazionali nella attuazione del diritto europeo, secondo il parametro della leale collaborazione e cooperazione, è ribadita icasticamente nell'art. 274 del Trattato pro-

dell'economia nella integrazione europea, Roma, 1996. Il problema si è posto, all'epoca, in materia di appalti pubblici, soprattutto a causa di alcune illegittime esclusioni compiute dalla Repubblica italiana del campo di applicazione della direttiva servizi 92/50 (l'esclusione riguardava gli enti pubblici economici).

²⁰ Sulla diversa efficacia delle due prescrizioni "Vincoli o Obblighi" rimangono fondamentali rispettivamente le sentenze della

Corte cost. n. 248 e 249/2007.

²¹ V. per tutti Nicolò, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1962.

²² Art. 2 Responsabilità per dolo o colpa grave.

²³ Art. 9 Azione disciplinare.

²⁴ Cfr. Corte Giust. CE, *Salomone Haim Repubblica Federale di Germania*: sentenza 4. luglio. 2000 – causa C-424/9.

prio a proposito delle controversie nelle quali l'Unione sia parte: "Fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali".

Sul piano della disciplina nazionale e costituzionale, comunque, proprio l'art. 120 Cost. assegna allo Stato centrale l'esercizio del potere sostitutivo nei confronti degli organi delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme di trattati internazionali o della normativa comunitaria; mentre l'art. 117, 5° comma, affida sempre alla legge dello Stato la disciplina del potere sostitutivo in caso di inadempimento delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano alla attuazione degli atti dell'Unione Europea che rientrino nella loro competenza diretta.

Peraltro, proprio l'art. 120 Cost. dispone all'ultimo periodo che "la legge definisce le procedure (sostitutive) atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.". Non può essere altrimenti in uno Stato democratico e pluralista, anche tenendo presente che se il federalismo amministrativo (D.P.R. n. 112/1998) è una realtà, non altrettanto si può affermare per quello costituzionale (L. n. 131/2003) e fiscale. Questo modello, nato dall'interpretazione dinamica e non statica del principio di separazione delle competenze di cui all'art. 97 Cost., era stato peraltro già anticipato dal Trattato CEE di Roma: sul piano stragiudiziale esso è stato attuato con la procedura che prende le mosse dalla c.d. denuncia di inadempimento comunitario, la quale nel pieno rispetto dei principi del diritto di difesa e del contraddittorio, ha una funzione prima di tutto "persuasiva" nei confronti dello Stato inadempiente, e solo residualmente "sanzionatoria" (in senso lato) con l'azione giudiziaria di fronte alla Corte di Giustizia.

Ma a ben vedere, anche l'istituto della pregiudizialità comunitaria si pone in questa ottica di piena collaborazione, con la precisazione che la Corte di Giustizia – già nella lettera inviata ai poteri giudiziari degli

stati membri il 26 settembre 1996 – non vuole confusioni tra questioni pregiudiziali di interpretazione comunitaria e richieste di accertamento della compatibilità della legislazione nazionale con il diritto comunitario medesimo²⁵.

Anche l'ultima comunicazione della Corte di Giustizia in ordine di tempo del 28 maggio 2011²⁶, denominata Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, insiste con assoluta chiarezza sul fatto che le questioni pregiudiziali devono riguardare solamente la portata e l'interpretazione del Trattato e degli atti comunitari di diritto derivato o l'accertamento della validità delle disposizioni comunitarie²⁷. Purtroppo, la funzione e il ruolo della Corte di Giustizia nel giudizio interpretativo derivante dalle questioni pregiudiziali non è (spesso inconsapevolmente) compreso anche dagli organi giurisdizionali di ultimo grado; che non di rado usano obiettivamente l'istituto della domanda di pronuncia pregiudiziale per cercare una legittimazione alle proprie tesi; ovvero una sorta di quarto grado di risoluzione delle controversie, un giudice finale in Lussemburgo (cfr. Corte giust. UE, Sez. VII, 17 settembre 2020, n. 92).

Ma la Corte di Giustizia non è mai caduta in questo tranello (teso a volte con successo anche presso la Corte costituzionale, non solo italiana). Infatti, essa ha sempre dichiarato che non è competente a qualificare le situazioni giuridiche nazionali sostanziali o processuali; che non le spetta di definire le attribuzioni e le competenze di enti o di organi in attuazione di disposizioni del diritto comunitario; che non è competente in materia di articolazione delle attribuzioni tra Stato e Regioni (salvo il caso eccezionale in cui la competenza – spesso statale – viene direttamente fissata da un regolamento o da una decisione vincolanti²⁸.

Altrettanto vale, dunque, per l'articolazione del riparto delle giurisdizioni nazionali o la determinazione delle procedure processuali applicabili al caso concreto²⁹, compresa la titolarità della richiesta di pregiudiziale comunitaria. In altri termini, la Corte di Giustizia non è competente a dichiarare se alla Corte di cassa-

²⁵ V. già E. Picozza *Processo amministrativo e diritto comunitario* prima edizione, Padova, 1997, ove si riporta il testo della lettera del 26 settembre 1996. V. anche il testo della suddetta Nota Informativa riguardante la proposizione di domande di pronunce pregiudiziali da parte dei giudici nazionali in *Diritto dell'Unione Europea* 1996 883.

²⁶ In Gazz. uff. UE, 2 maggio 2011, C/160/1.

²⁷ Cfr. art. 267 T.F.U.E.

²⁸ Tuttavia la mancanza di una competenza specifica e "sostitutiva" della Corte non legittima gli Stati membri ad adottare una propria interpretazione delle norme di legge antinomiche con quelle della comunità europea. L'obbligo della c.d. "interpretazione conforme" e del c.d. "effetto utile della norma europea" sono due dei quattro principi generali in materia di efficacia giuridica dell'ordinamento comunitario insieme al principio generale del primato del diritto comunitario e della efficacia diretta del medesimo. Ben presto infatti la Corte di Giustizia ha prescritto

che tale obbligo di interpretazione conforme sussiste non solo per le norme di carattere sostanziale (cioè quelle attinenti alla organizzazione e alla attività amministrativa, ovvero – in teoria generale norme di organizzazione e norme di conformazione e/o di condotta), ma anche per le norme procedurali e processuali.

Per le prime il principio è stato codificato all'articolo 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 : "Art. 1. Principi generali dell'attività amministrativa".

Per le seconde e cioè le norme processuali v. già Corte Giust. CE, 15 maggio 1986, in Causa C-222/84 Johnston; 25 luglio 1991, in Causa C-208/1990 Emmott; 14 dicembre 1995 in causa 430 e 431/93 e soprattutto le due celebri Factortame I e Zuckerfabrik sulle quali v. infra le note 35 e 36.

²⁹ V. già Corte Giust. CEE del 16 settembre 1976 in causa 33/76. Soprattutto con la famosa sentenza Peterbroeck (14 dicembre 1995 in cause riunite C-430/1993 e 431/1993 la Corte fa il punto complessivo degli obblighi degli Stati membri:

zione a Sezioni unite sia attribuito il potere “sostitutivo” di sollevare una questione (nel caso, di pregiudizialità comunitaria) in caso di omissione (ma anche di errata impostazione della questione medesima) da parte del Consiglio di Stato o della Corte dei conti. Così come, a mio avviso, non è competente ad affermare se la posizione di una questione pregiudiziale o, all’opposto, l’applicazione di una prassi o di una interpretazione giurisprudenziale, può avere una connessione con i “motivi di giurisdizione” dell’art. 111 Cost.

Spetta infatti all’ordinamento giuridico interno designare il giudice competente (anche in materia di impugnazioni ordinarie e straordinarie) e le modalità procedurali (compresa la titolarità della questione pregiudiziale). La Corte di Giustizia può solo accertare se i rimedi azionabili nell’ordinamento interno sono effettivi ed equivalenti nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive direttamente protette dall’ordinamento comunitario come diritti soggettivi. Non così quando ci sia una competenza diretta ed esclusiva della Corte come nella fattispecie dell’art. 263.

Queste conclusioni potrebbero astrattamente autorizzare a giungere alla stessa affermazione della sentenza della Corte cost. n. 6/2018, in quanto il Consiglio di Stato è pacificamente organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa e quindi esclusivo titolare ed anzi obbligato a sollevare la questione stessa. Se non vi procede, i rimedi astrattamente concepibili, *de iure condito*, sono tre:

- l’azione di revocazione, secondo una intelligente e opportuna giurisprudenza amministrativa, quando ricorrono i presupposti per qualificare l’omesso rinvio alla Corte di giustizia (ma analoga soluzione potrebbe essere affermata per la mancata remissione alla Corte costituzionale) come errore di fatto dovuto alla inesatta percezione materiale della questione, nei termini risultanti obiettivamente dai fatti e dai documenti processuali;

- l’azione di responsabilità comunitaria contro il Governo dello Stato per il risarcimento del danno derivante da tale illecito;

- l’azione di responsabilità civile e disciplinare nei confronti dei magistrati amministrativi che vi hanno dato causa.

De iure condendo, invece, potrebbe essere esplorata anche la possibilità dell’introduzione, da parte del legislatore, di un nuovo caso di revocazione ai sensi dell’art. 395 c.p.c. (andrebbe ovviamente distinto il caso del contrasto della sentenza nazionale con quella europea pronunciata anteriormente, da quello in cui la sentenza europea è successiva a quella resa dal giudice interno), ma con tutte le ‘avvertenze del caso’, trattandosi di incidere sul concetto di ‘definitività’ della statuizione e sull’istituto, conosciuto anche dal

diritto europeo come basilare per ogni sistema processuale, del passaggio in cosa giudicata.

Tuttavia, l’ordinanza della Suprema Corte che qui si commenta (come altre precedenti e dalla stessa puntualmente evocate) fonda le motivazioni sul concetto di “motivi di giurisdizione”, e quindi appare opportuno un breve commento critico su ciascuna delle questioni pregiudiziali dalla medesima sollevate.

A questo proposito, mentre è facile definire il concetto di effettività della tutela, non altrettanto agevole è definire le relazioni tra effettività della tutela e motivi di giurisdizione.

Analogo discorso vale per il concetto del giusto processo (art. 2 c.p.a.) mediante il quale si attua, nei limiti delle disposizioni di legge, la giurisdizione medesima (art. 111, 1° comma, Cost.). Infatti, le componenti funzionali del giusto processo sono le stesse del principio di effettività della tutela. Questa singolarità rende complicatissimo discernere tra limiti interni e limiti esterni di giurisdizione, anche perché si tratta di concetti storicamente variabili.

Si è visto ad esempio che un tempo l’esercizio della giurisdizione esclusiva da parte del Consiglio di Stato era insindacabile, tranne i casi di palese difetto di giurisdizione, da attribuire al giudice ordinario; ora proprio in base al principio della pienezza e completezza della tutela, l’esercizio “per difetto” della giurisdizione (quando il Consiglio di Stato giudica solo della tutela degli interessi legittimi e non anche dei diritti soggettivi che vi sono connessi o addirittura autonomi) è certamente ritenuto motivo di giurisdizione come l’ordinanza della cassazione puntualmente ricorda³⁰.

Così anche si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale³¹.

Confutatio

Con questo richiamo alla prudenza possiamo cercare di analizzare criticamente le tre richieste di rinvio pregiudiziale proposte dalla Corte di cassazione a Sezioni unite.

Esame della prima questione pregiudiziale

La prima questione pregiudiziale si basa su una motivazione ampiamente articolata e fortemente suggestiva.

Tuttavia mi permetto di osservare che il problema dogmatico (ma non privo di riflessi pratici) sembra essere un altro, e cioè il seguente: ammettendo il ricorso per cassazione a sezioni unite in tale fattispecie,

³⁰ V. in particolare punto 3.1. dell’ordinanza. *Ex multis*, anche Cass., Sez. un. civili n. 23395/2016.

³¹ Ivi punto 23.1. e precedenti giurisprudenziali riportati.

la Suprema Corte diventa in un certo senso (come scritto nel titolo della nota a sentenza) garante del rispetto dei principi e delle regole dell'ordinamento multilivello.

Senonché questo, a mio personale avviso, è un compito che le può essere attribuito solo dal legislatore (anche con una integrazione all'art. 65 della vigente legge sull'ordinamento giudiziario), alla doppia condizione che:

- una tale innovazione legislativa passi indenne un eventuale scrutinio di costituzionalità rispetto ai parametri costituiti dagli artt. 100, 103, 111 e 113 della Costituzione medesima;

- venga dichiarato dalla Corte di Giustizia UE conforme a quanto prevede in materia il T.F.U.E. all'art. 267. Applicando ora una facile deduzione logica, la conseguenza pratica è che:

- o il Consiglio di Stato, in quanto organo di ultima istanza, è titolare esclusivo ed obbligatorio della richiesta di pregiudiziale;

- oppure, seguendo la tesi della ordinanza della Cassazione, si dovrebbe paradossalmente ritenere che il Consiglio di Stato non è organo di ultima istanza, né tanto meno “obbligato” a porre pregiudiziali comunitarie potendosi sempre ipotizzare la proposizione di “un ricorso di diritto interno” alla Corte di cassazione.

Questa conclusione reca con sé, peraltro, la soluzione di una serie di problemi legati alla ricostruzione, in termini generali e di sistema, della responsabilità civile e disciplinare degli organi attraverso i quali lo Stato esercita la funzione giurisdizionale, concentrandosi – in capo ad un unico plesso giurisdizionale, e cioè quello ordinario in quanto giudice di ultima istanza e di controllo del rinvio pregiudiziale – la responsabilità per l'esercizio della funzione in parola, esautorando totalmente la responsabilità del giudice amministrativo nonostante il fatto che lo stesso conosca della controversia attraverso due gradi di giudizio pieni.

Vi è poi un altro problema intimamente connesso al primo. Se la Corte di cassazione diventa titolare della posizione di questioni pregiudiziali anche se inerenti alla giurisdizione amministrativa, perché non dovrebbe a maggior ragione diventare titolare anche del controllo di conformità delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai principi e alle regole della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo? Si tratta a volte di lesioni ancor più gravi della mancata richiesta pregiudiziale, quando sia alterato il diritto alla difesa e alla integrità e pienezza del contraddittorio processuale (artt. 6 e 13 CEDU).

Tuttavia, la Corte costituzionale già con la sentenza “gemella” n. 249/2007 ha rivendicato a sé stessa il controllo di compatibilità delle leggi interne (sostanziali e processuali) con i principi e le norme della CEDU.

Potrebbe dunque “entrare in concorrenza” con la Suprema Corte di cassazione, ammettendo sì il ricorso in cassazione a sezioni unite per motivo di giurisdizio-

ne (o meglio della sua effettività con riferimento al diritto comunitario, in caso di mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato o della Corte dei conti); ma imponendo al contempo alla Corte di cassazione stessa di sollevare questione di costituzionalità per contrasto con il diritto comunitario alla luce dell'art. 117, 1° comma, Cost., e anche di una sua stessa giurisprudenza.

Alla luce di queste considerazioni, l'affermazione contenuta nel punto 44 della ordinanza sembra piuttosto una prospettiva *de iure condendo*, che l'applicazione di una norma vigente, anche se di rango costituzionale.

D'altra parte, una interpretazione sistematica e storico evolutiva dell'art. 65 non consente a mio avviso di ottenere una tale estensione di sindacato in via puramente pretoria. Infatti la norma è una tipica applicazione della Dottrina dello Stato vigente nel sistema autoritario, tesa ad identificare l'unità e la completezza del “diritto oggettivo nazionale” con sovranità estesa a tutto il territorio dello Stato.

La questione comunitaria eccede sempre evidentemente i limiti della sovranità territoriale, per cui solo la legge (come è avvenuto con la L. n. 183/2011 per la qualificazione della responsabilità comunitaria in termini di illecito ex art. 2043 c.c.) può attribuire eventualmente tale potere, restando però esposta (come prima si è scritto) allo scrutinio di costituzionalità e della stessa compatibilità comunitaria.

In fin dei conti non esiste una definizione comunitaria obbligatoria e vincolante di “giurisdizione” (anzi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea si tende a largheggiare sulla portata e l'ambito di applicazione del concetto di giurisdizione includendovi, come si è visto, organismi che hanno precipue finalità di controllo o anche di arbitrato). In altri termini la definizione ampia di giurisdizione che è ricavabile dai precedenti della Corte di Giustizia è una definizione funzionale e non strutturale; funzionale, cioè, ad assicurare il massimo possibile di effettività al diritto comunitario. Quanto ad una possibile “incompatibilità comunitaria” delle norme costituzionali sostanziali e processuali, la stessa Corte di Giustizia rifiuta di prendere posizione in tal senso rendendosi conto della delicatezza e problematicità di una tale impostazione e delle conseguenze che ne derivano.

In ciò il compito di “armonizzazione” è molto agevolato dalla flessibilità delle norme costituzionali, molto più malleabili delle disposizioni delle leggi ordinarie. Come dimostrano numerosi esempi (interpretazione dell'art. 41, 1° comma, dell'art. 42 e dello stesso art. 43) la Costituzione si adegua ai principi e alle norme del diritto europeo mediante una interpretazione “politica” (spesso condotta dalla Corte costituzionale) o semplicemente entrando in quiescenza (temporanea) circa l'efficacia di una singola disposizione. Nella stagione delle privatizzazioni, ad esempio, l'art. 43 sulla riserva originaria o espropriazione di attività economiche era entrato in “disarmo”; dopo

l'approvazione del Trattato di Lisbona e l'art. 36 della Carta dei Diritti della Unione Europea è tornato in auge.

In conclusione quindi, dal punto di vista della analisi grammaticale e sintattica, sarebbe sufficiente sfruttare l'interpretazione dell'aggettivo "inerenti" per ampliare o restringere l'ambito di applicazione del concetto stesso di giurisdizione;³² è possibile addirittura graduare una gamma da un minimo ad un massimo.

a) In una prospettiva classica e tradizionale della giurisdizione (come scriveva Picardi), i soli motivi inerenti alla giurisdizione si traducono nel mero accertamento del rispetto del limite come già prescriveva l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario.

b) In una prospettiva di servizio pubblico alla comunità il concetto di giurisdizione dovrebbe comprendere il giudizio sulla effettività del suo esercizio e sul rispetto del principio del giusto processo, ma questa soluzione non comporterebbe necessariamente l'attribuzione di tale potere alla Corte di cassazione a Sezioni unite.

Infatti l'esperienza costituzionale e legislativa di molti Stati membri della Unione Europea dimostra che è possibile un'altra soluzione, rispettosa dei principi e delle regole del diritto processuale da un lato; e dell'ordinamento giudiziario, dall'altro. Ed è quella di istituire una Cassazione amministrativa come giudice finale di legittimità, di giurisdizione esclusiva e nei casi ammessi dalla legge, anche di merito (ivi incluso ovviamente l'accertamento del rispetto dei principi e delle regole del diritto europeo, anche in relazione alle questioni della omessa o errata posizione di questioni pregiudiziali comunitarie, da parte dei giudici di primo grado o di appello); mentre per la soluzione dei veri e propri "conflitti" di giurisdizione potrebbe essere "ripristinato" un apposito Tribunale dei Conflitti in composizione paritaria.

Sembra opportuno ricordare in proposito che il conflitto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., non riguarda solo i limiti delle attribuzioni del giudice ordinario rispetto a quello amministrativo o viceversa; ma anche i conflitti di giurisdizione tra Consiglio di Stato e Corte dei conti; tra giudice amministrativo e giudice tributario; tra giudice tributario e giudice ordinario; tra giudice amministrativo e tribunale superiore delle acque pubbliche; tra giudice amministrativo e commissario degli usi civici etc.

In conclusione, sulla prima questione pregiudiziale, come ho già scritto sopra, non credo che la Corte di Giustizia si assuma il compito di interprete di un articolo significativo della Costituzione Italiana, l'art. 111; e meno che mai del concetto di giurisdizione e

al suo interno dei "motivi inerenti alla giurisdizione" e ciò per due principali ragioni:

Da un punto di vista formale, perché come ricorda la nota informativa del 2011 e la giurisprudenza costante della Corte stessa in materia, la questione pregiudiziale deve riguardare esclusivamente la portata, il campo di applicazione e l'interpretazione del diritto comunitario; e non la compatibilità delle norme nazionali, specialmente se di rango costituzionale, con il diritto comunitario medesimo: Qualora la Corte di Giustizia si assumesse tale compito, diventerebbe un controllore di secondo grado delle leggi e della stessa giurisprudenza nazionale degli Stati membri della Unione Europea, sovvertendo così il tipico "dialogo tra le Corti" che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico multilivello³³.

Dal punto di vista sostanziale perché la Corte di Giustizia ha costantemente dichiarato che non le spetta la competenza di designare il giudice competente per una determinata fattispecie, salvo il caso di sua competenza diretta in base alle norme di diritto comunitario (es. art. 263 T.F.U.E.); né tanto meno di stabilire le norme procedurali.

È vero invece che, quando manca un rimedio procedurale, il giudice nazionale può ispirarsi al diritto processuale comunitario e fare ricorso all'applicazione del principio di equivalenza; per assicurare l'effettività della tutela alle situazioni giuridiche direttamente protette dall'ordinamento comunitario medesimo come diritti soggettivi³⁴.

A tale proposito, va rimarcato che la Corte di cassazione si sofferma ampiamente sui principi di equivalenza e di effettività al punto 4 della propria ordinanza.

Tuttavia, mio sommo avviso, si tratta di accertare previamente quale sia il giudice tenuto a fare applicazione del principio comunitario di equivalenza e quali siano le conseguenze sul piano giuridico della mancata applicazione.

Infatti, dal punto di vista del soggetto obbligato, l'esigenza di applicare il principio di equivalenza, secondo la Corte di Giustizia, sembra riguardare il giudice che sta decidendo la controversia (nel caso di specie il Consiglio di Stato), non il giudice che eventualmente decida in sede di impugnazione avverso tale decisione. Inoltre dal punto di vista oggettivo – come dimostrano i casi *Factortame I* e *Zuckerfabrick*, ma anche il caso *Peterbroeck* – ben può e deve, detto giudice, applicare il principio di equivalenza, non solo disapplicando la normativa nazionale incompatibile, ma "creando" all'uopo istituti processuali idonei a garantire l'effettività del diritto dell'Unione. Questo

³² V. Pugliatti *Grammatica e diritto*, Milano, 1978; e più in generale Perelman *Logica giuridica, nuova retorica* traduzione italiana Milano, 1967.

³³ Tra i molti contributi sul tema cfr. de Vergottini *Oltre il dialogo delle Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bologna il Mulino 2010.

³⁴ L'attuale punto di vista della Corte di Giustizia della Unione Europea sul ruolo "incrociato" dei principi di equivalenza e di effettività ai fini di accertare i limiti della c.d. autonomia delle norme processuali interne, è ampiamente illustrato nella sentenza del 15 marzo 2017 C-3/2016 Lucio Cesare Aquino punto 48.

non significa invadere la sfera di produzione normativa riservata al legislatore, sia quello nazionale, sia quello europeo.

Sono rimasti celebri sotto questo profilo il caso *Factortame*³⁵ e il caso *Zuckerfabrik*³⁶. Che tale adeguamento avvenga in via legislativa o pretoria al diritto comunitario non interessa affatto; è l'ordinamento interno che deve risolvere "al suo interno" la problematica. Per restare in concreto al caso degli appalti sono la dottrina e la giurisprudenza che devono allargare la concezione dell'interesse legittimo e di altre categorie giuridiche, onde renderle compatibili con le pertinenti norme del diritto della Unione. Se il giudice investito della decisione non vi fa ricorso, si pone a mio avviso un problema di responsabilità comunitaria dello Stato e di responsabilità civile e disciplinare del giudice stesso, non un problema di allargamento dei confini della nozione di limiti esterni di giurisdizione³⁷.

D'altra parte – secondo il diritto europeo quale interpretato dalla Corte di Giustizia – se le norme processuali nazionali nel caso concreto, appaiono di dubbia compatibilità con il pertinente diritto dell'Unione, dovrà essere lo stesso giudice a porre la questione pregiudiziale alla Corte: ma non sulla compatibilità della norma processuale nazionale con quella comunitaria (come ricorda la stessa Corte di Giustizia nella nota informativa citata), bensì sulla effettiva portata del diritto comunitario medesimo su quella questione.

È sempre il giudice nazionale che ne deve trarre le conseguenze sul piano pratico, altrimenti la Corte di Giustizia interverrebbe in via suppletiva e sostitutiva, intervento non compatibile con la teoria dell'ordinamento giuridico europeo "integrato" in quelli nazionali.

Chi invece può e deve intervenire in via suppletiva e sostitutiva (se non lo fa il giudice investito della questione) è il legislatore dello Stato, come già disponeva la legge generale sull'adeguamento dello Stato italiano all'ordinamento comunitario (legge c.d. "La Pergola", n. 86 del 9 marzo 1989; cfr. in particolare l'art. 3, non più vigente)³⁸.

Esame della seconda questione pregiudiziale

La seconda questione pregiudiziale posta dalla Corte di cassazione a Sezioni unite è, in un certo senso, un postulato applicativo della prima, nel senso che – ammettendo un allargamento del campo di applicazione del concetto di "giurisdizione", e al suo interno della categoria dei "motivi di giurisdizione", sembra logico dedurne anche la facoltà di sostituirsi al Consiglio di

Stato e alla Corte dei conti, nell'omesso rinvio pregiudiziale.

Tuttavia, una scelta di tal fatta comporta una delicata problematica non solo di diritto europeo ma anche di diritto, soprattutto processuale, nazionale.

Fermo rimanendo che – come si è detto alla fine del paragrafo 3.1. – è difficile che la Corte di Giustizia entri nella scelta delle modalità procedurali più opportune per assicurare il rispetto della effettività comunitaria (ma nel caso dell'omesso rinvio pregiudiziale, anche della tutela del giusto processo) –, mi permetto di esprimere qualche dubbio sulla compatibilità di tale strumento, con i principi della teoria generale del processo.

Secondo la prassi interpretativa dell'art. 111 Cost., normalmente possono essere impugnate solo le "decisioni" del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, per i noti motivi inerenti alla giurisdizione. Nonostante il linguaggio "giustiziale" e non "giurisdizionale" adottato dalla Carta Costituzionale, si dovrebbe trattare in ogni caso di sentenze definitive o di altre pronunce idonee a definire il giudizio (art. 33 e 34 c.p.a.).

Sotto questo profilo, peraltro, sembra non "auto-sufficiente", l'affermazione contenuta al punto 58 della ordinanza interlocutoria qui commentata. Infatti, il mezzo di impugnazione ordinario del ricorso per Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ha sempre un proprio "oggetto". Tuttavia le questioni "pregiudiziali", come ben sottintende il termine e come ritenuto da parte della dottrina processualistica, sono questioni precedenti all'oggetto del giudizio (nel caso della giustizia amministrativa l'accertamento della illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo con l'adozione dei conseguenti provvedimenti (art. 29 e 34 c.p.a.; ovvero l'accertamento e la dichiarazione della lesione di interessi legittimi e/o di diritti soggettivi con conseguente condanna della p.a. (c.p.a. art. 30) eventualmente anche all'adempimento specifico c.p.a. art. 31)³⁹.

È risaputo che sono proponibili questioni pregiudiziali di rito o di merito: ma nel caso tipico della questione pregiudiziale comunitaria, si tratta di una questione pregiudiziale "decisiva" per la soluzione nel merito della controversia, come riconosciuto in più luoghi dalla stessa ordinanza. Accettando tale possibilità, la Corte di cassazione diverrebbe sostanzialmente un "predecisore" del giudice amministrativo, che in sede di rinvio dovrebbe solamente applicare la sentenza della Corte di Giustizia, come intermediata dalla questione pregiudiziale posta dalla Cassazione stessa.

³⁵ Corte Giust. CE, 19 luglio 1990.

³⁶ Corte. Giust. CE, 21 febbraio 1991

³⁷ Il principio della responsabilità dello Stato per l'inadempimento agli obblighi derivanti dalla appartenenza all'ordinamento comunitario è stato limpidamente posto come è noto dalla sentenza 19 novembre 1991 – cause riunite C-6/90 e C-9/90 Francovich.

³⁸ Che è stata abrogata e sostituita dalla L. 4 febbraio 2005 n. 1.

Tale legge è poi stata sostituita con la L. 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

³⁹ Sul tema della pregiudizialità v. di recente Primerano *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo* Torino Giappichelli 2017.

Inoltre, quando – come nel caso di specie – le questioni pregiudiziali sono anche incidentali, nella prassi interpretativa esiste una certa prudenza nel devolverle ad altro giudice.

Ad esempio più volte, si è tentato di impugnare in Consiglio di Stato o presso le Sezioni di Appello della Corte dei conti, ordinanze del giudice di primo grado che sollevavano questioni incidentali di costituzionalità (o anche pregiudiziali comunitarie); ma che io sappia vi è stato sempre un *self restraint* da parte degli organi di giustizia amministrativa di ultimo grado, che hanno dichiarato l'inammissibilità di tali impugnazioni. Inoltre proprio il legislatore all'art. 111 c.p.a. ha affidato al giudice *a quo* (il Consiglio di Stato) – pendente il giudizio per cassazione – la funzione di decidere sulla sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati⁴⁰.

In conclusione quindi, il passo è breve perché vi sia una decisione “diretta” da parte della Cassazione a Sezioni unite, come prevede in certi casi e condizioni, lo stesso art. 384 c.p.c.⁴¹.

Con la conseguenza paradossale che la Cassazione diventerebbe un giudice di legittimità puro e semplice delle sentenze amministrative di appello⁴², con controllo pieno sulla legittimità quanto meno del vizio di violazione di legge e di incompetenza.

Nella posizione della seconda questione pregiudiziale, poi, mi sembra di poter ragionevolmente affermare che la Corte si spinge ad una affermazione sociologica più che giuridica confondendo il “risultato” delle omissioni di rinvio pregiudiziale, con “l'effetto giuridico” proprio di tali omissioni.

Allo stato della legislazione comunitaria e nazionale l'effetto esclusivo sembra essere unicamente la responsabilità dello Stato⁴³.

Esame della terza questione pregiudiziale

La terza questione pregiudiziale è posta in modo molto efficace e potrebbe concretamente indurre la Corte di Giustizia della Unione Europa ad assumere il ruolo predecisore, di cui si è trattato in più luoghi.

Peraltro la responsabilità di questa “sostituzione” della Corte di Giustizia al giudice nazionale, ricadrebbe oggettivamente sul Consiglio di Stato, che per quasi un decennio ha rinviato alla Corte questioni che potevano essere agevolmente risolte in sede interna, allargando i confini applicativi sia della categoria dell'interesse legittimo, sia quelli dell'interesse a ricorrere.

Si deve però ricordare che la giurisprudenza amministrativa più recente si è allineata all'indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia⁴⁴, sollecitato dalla rimessione della Adunanza plenaria n. 6/2018.

L'esistenza dei precedenti di “allineamento”, quindi, potrebbe avere l'effetto pratico di far dichiarare alla Corte di Giustizia non più rilevante la questione pregiudiziale posta; anche se la Corte è molto attenta a rendere giustizia nel caso concreto, a prescindere se lo Stato membro nell'ambito dei suoi poteri pubblici (legislativo, esecutivo e giudiziario) abbia nel frattempo posto o meno rimedio ai propri inadempimenti.

Tuttavia, la problematica generale sembra essere quella della influenza dei principi e delle regole comunitarie sulle categorie giuridiche sostanziali e processuali nazionali.

Infatti, proprio la tecnica della interpretazione conforme e dell'effetto utile del diritto europeo, comporta la necessità di adeguare il campo di applicazione e la portata delle categorie giuridiche nazionali, civili, penali e amministrative.

A parte i frequenti casi di “sostituzione” legislativa nel campo della azione diretta dell'Unione Europea (attraverso convenzioni, regolamenti e decisioni), i quali possono addirittura sostituire la categoria del diritto soggettivo a quella dell'interesse legittimo (ad esempio per gli aiuti diretti all'agricoltura e alla pesca) o comunque richiedere l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a. (es. la fattispecie delle quote latte e degli aiuti di Stato); anche i casi di “armonizzazione procedurale” (come le procedure degli appalti pubblici) influiscono sulla natura giuridica degli istituti del diritto amministrativo nazionale.

Così, ad esempio, un contratto di appalto pubblico è un negozio giuridico di diritto civile; la concessione è un contratto e così via. Anche la soluzione contenuta nel primo codice dei contratti approvato con D.P.R. 163/2006 e s.m.i. non è stata sufficiente ad evitare contrasti di giurisdizione come implicitamente ricorda la stessa ordinanza qui commentata.

Ma vi è di più: l'effetto della incidenza del diritto comunitario sulle categorie nazionali, non riguarda solo la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive (che comunque deve essere sempre operata esclusivamente dal giudice nazionale stesso o direttamente dal legislatore); ma anche concetti ed istituti del procedimento e del processo.

Infatti, la Corte di Giustizia è molto rigida nell'ap-

⁴⁰ Sulle questioni incidentali nel processo amministrativo; e sul loro rapporto con le questioni pregiudiziali v. Di recente Stefano Gattamelata *Commento all'articolo 8 del codice del processo amministrativo* in *Codice della Giustizia Amministrativa*, a cura di Giuseppe Morbidelli e l'ampia bibliografia ivi citata, Milano, 2015 218 e segg.

⁴¹ Cfr. art. 384, 2° comma, c.p.c.

⁴² Art. 360 c.p.c.

⁴³ V. Ancora sentenza Francovich punti da 32 a 37.

⁴⁴ Cons. di Stato, Sez. IV, 1° luglio 2020, n. 4225; Cons. Stato

IV, 10 luglio 2020, n. 4431; Cons. Stato IV, 13 ottobre 2020, n. 6157; Cons. Stato IV, 13 ottobre 2020, n. 6151. Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020 n. 443).

Cons. di Stato, Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165.

Cons. di Stato Sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5777.

Cons. di Stato, Sez. V, 30 luglio 2020, n. 4856 e 4855; entrambe, per usare le parole della stessa Ad. plen. n. 6/2018, hanno dato definitivamente atto che “si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l'obbligatorietà dell'esame del ricorso principale”.

plicare la categoria kelseniana della presupposizione tra gli atti giuridici: ad esempio se un concorrente ha impugnato direttamente un bando di gara che gli impedisce o gli pregiudica concretamente la partecipazione, non ha alcun senso di giustizia obbligarlo egualmente a partecipare alla gara con inutile dispendio di risorse e rischi di richieste di risarcimento dei danni.

Inoltre il procedimento di gara non può essere segmentato in fasi alla ricerca di una impossibile simmetria dei vizi di legittimità denunciati dai singoli concorrenti. Una volta superata la fase di iniziativa del procedimento di gara con l'ammissione della domanda di partecipazione, tutta la problematica ulteriore va trasferita in sede di giudizio sulla aggiudicazione.

Questo denuncia, e a ragione, l'ordinanza della Corte di cassazione al punto 65.

Ma sembra che la questione come si è sopra rappresentato, debba ormai ritenersi definitivamente superata.

L'incidenza del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche soggettive collegate al processo

Le medesime considerazioni valgono, a mio giudizio, circa l'incidenza del diritto europeo su categorie giuridiche quali le situazioni giuridiche soggettive collegate al processo (con particolare ma non esclusivo riferimento all'interesse legittimo), al diritto di azione, e alle condizioni processuali (con particolare riferimento all'interesse a ricorrere).

Per la verità le incursioni del diritto europeo nel diritto processuale degli Stati membri sono abbastanza rare; si è molto enfatizzata tale questione negli appalti pubblici, ma ci sono numerosi altri esempi, quali il regime processuale del codice doganale comune ed altri casi.

Anche in questa fattispecie occorre sempre distinguere il grado di obbligatorietà della norma comunitaria: quando essa è sostitutiva ovvero unificativa, la competenza comunitaria si sostituisce a quella nazionale, con tutte le conseguenze che secondo il nostro sistema giuridico, tale sostituzione o uniformazione comportano.

Non è scontato peraltro che in caso di qualificazione diretta come diritto soggettivo da parte del diritto europeo, la tutela giurisdizionale spetti al giudice ordinario. Normalmente anzi – in una interpretazione comunitariamente conforme dell'art. 103 Cost. – di fronte all'esercizio di un potere amministrativo, la tutela rientrerà nella competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 7 e 133 del codice del processo amministrativo.

Ovviamente se questo giudice non esercita tutta la giurisdizione di cui è investito, la omissione diventa un limite esterno di giurisdizione secondo una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di cassazione. In altre ipotesi lo stesso art. 113 Cost. riserva la giurisdizione esclusiva al giudice ordinario.

Quindi, in ultima analisi, la scelta concreta è rimessa al legislatore ordinario secondo un criterio di egua-

glianza, imparzialità, razionalità, proporzionalità ed in definitiva equità.

Più delicate sono le ipotesi di “armonizzazione processuale” come appunto quelle contenute nelle Dir. 665/89 e 13/92 (per i settori allora esclusi dalla concorrenza), e trasfuse nelle Dir. 23, 24 e 25 del 2014.

Peraltro la regola generale è abbastanza chiara: spetta all'ordinamento giuridico sostanziale e processuale di ciascuno Stato membro designare le competenze e le regole processuali più idonee a raggiungere l'obiettivo comunitario della effettività della tutela giurisdizionale.

Ma poiché la tutela giurisdizionale si deve dimensionare su quella sostanziale, come ritiene la Corte di cassazione già dal 2006 e dal 2008, è utile confrontare previamente la qualificazione di dette situazioni giuridiche soggettive rispettivamente nell'ordinamento europeo e in quello nazionale.

Al proposito non è affatto vero che la Unione Europea conosca e riconosca solo situazioni di diritto soggettivo, anche se la nozione di *legitimate expectations* non corrisponde perfettamente a quella dell'interesse legittimo nostrano.

È vero però ed anzi indubitabile che dove il potere amministrativo si confronta con le quattro libertà fondamentali normalmente il soggetto si trova in una situazione di diritto soggettivo perfetto.

In una prospettiva giuridica e soprattutto economica di tipo liberale (non necessariamente neoliberalista) l'Unione Europea aderisce alla teoria generale classica della limitazione dei diritti, piuttosto che a quella di stampo socialista, della conformazione preventiva dei diritti.

Non di meno, di fronte ad obblighi di servizio di carattere generale dello Stato membro, quali la protezione dell'ambiente, dei beni culturali e ambientali, del paesaggio, del territorio, della protezione civile, della salute e della incolumità personali (corrispondenti grosso modo agli interessi sensibili di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241 art. 19) le autorità competenti degli Stati membri hanno il potere– dovere di limitare l'esercizio di questi diritti (v. ad esempio la Dir. 123/2006, artt. 4 e segg.), purché sia dato ingresso a mezzi di ricorso efficaci ed effettivi anche ai sensi della Carta Diritti dell'Unione Europea art. 47.

Soprattutto, il diritto europeo è molto rigoroso nell'accertare i motivi imperativi di interesse pubblico, negando – almeno nelle materie in cui l'attività economica è rigorosamente esposta alla concorrenza del o per il mercato – che motivi di interesse economico nazionale possano limitare il diritto alla concorrenza.

Ne consegue che anche nella materia degli appalti pubblici, la posizione soggettiva del concorrente è di pieno diritto soggettivo: non a caso si tratta di una fattispecie che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, almeno fino alla fase di perfezionamento del contratto e all'eventuale dichiarazione di inefficacia dello stesso. Pertanto, quando il giudice amministrativo nazionale deve tutelare questo diritto soggettivo comunitario, non può utilizzare l'abito

mentale consueto del tradizionale interesse legittimo di tipo pretensivo o oppositivo.

Se così fosse il legislatore nazionale non gli avrebbe affidato addirittura il potere di dichiarare inefficace la conclusione del contratto. Che spesso il diritto soggettivo sia alla base della tutela dell'interesse legittimo, è risaputo fin dalla Costituzione come eccellente dottrina ha posto in risalto⁴⁵.

La conseguenza giuridica è che laddove lo dispone la direttiva "ricorsi", l'interesse legittimo comprende sia la tutela sostanziale all'ottenimento diretto del bene della vita, sia la tutela strumentale a conseguire una utilità materiale o immateriale.

Sempre sul piano delle condizioni dell'azione, anche l'interesse a ricorrere deve essere ricostruito mediante una interpretazione e una applicazione conformi al diritto europeo: questo è il senso della prescrizione comunitaria "chiunque sia stato o rischi di essere leso". Non ci sono certo ostacoli di ordine dogmatico contro tale ricostruzione, che non è che una delle tante applicazioni dei principi del primato, della diretta applicazione dell'ordinamento europeo; ma soprattutto dell'obbligo di interpretazione conforme e della regola dell'effetto utile.

Del resto nozioni come quella di interesse a ricorrere (plasmata sulla figura generale dell'interesse ad agire art. 100 c.p.c.) sono in continua evoluzione, perché il legislatore si è ben guardato dal definirle direttamente. Sono nozioni di "origine giurisprudenziale", e non dogmi giuridici intangibili (sempre che ne esistano, come dimostrano le recenti vicende legislative ed amministrative della emergenza sanitaria).

Concludendo sulla terza questione pregiudiziale, sono dell'opinione che la Corte di Giustizia riscontrerà l'avvenuto adeguamento della giurisprudenza amministrativa, non senza richiamare il giudice stesso al rispetto del principio della effettività e del giusto processo comunitari.

Diritto al mantenimento

Cassazione civile, Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183 – Pres. Giancola – Rel. Nazzicone – P.M. (avv. Galli) – C.F. (avv. Richiello). *Conferma App. Firenze, 29 marzo 2018.*

Famiglia – Filiazione – Separazione personale –

⁴⁵ Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, Milano, 1953.

⁴⁶ Cfr. Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991.

⁴⁷ Cfr. Michele Trimarchi. *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Torino, 2018.

⁴⁸ All'art. 10-bis, 1° comma, il terzo e il quarto periodo sono sostituiti dai seguenti: "La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di

Peroratio ed exitus

L'auspicio personale in quanto facente parte della componente "dottrinale", è che i contrasti di giurisprudenza si risolvano secondo il metodo della piena e leale collaborazione nel perseguimento del concetto di giurisdizione come servizio pubblico della giustizia; e non nella concezione classica e tradizionale della separazione ed esclusività dei poteri giurisdizionali⁴⁶.

Richiamo qui all'attenzione del lettore le affermazioni contenute nella "ingressio", che delineano il contesto della situazione attuale. Le lotte tra poteri giurisdizionali non sono utili al cittadino e alle imprese che chiedono giustizia. D'altra parte, se le giurisdizioni non si adeguano volontariamente al principio del coordinamento dinamico, prima o poi interviene il legislatore, magari su pressione delle fonti o della giurisprudenza comunitaria, come già è avvenuto per il D.P.R. n. 80/1998 e soprattutto per la L. n. 205/2000.

La mia opinione è che l'effetto del diritto europeo nel campo del diritto dell'economia sia stato tutto sommato positivo ed abbia contribuito al lento (e non compiuto passaggio) dell'economia italiana da un modello corporativo ad un modello sostanzialmente concorrenziale; e anche al ridimensionamento di un concetto proprio della dottrina dello Stato, quello della "inesauribilità del potere amministrativo",⁴⁷ assolutamente fuori posto nell'era del "postmoderno". Eppure proprio nel decreto semplificazioni convertito in L. n. 120/2020, tale tesi riappare, addirittura, con la forza e il con valore di legge⁴⁸.

Segno che evidentemente lo stesso legislatore del 2020 in piena emergenza sanitaria, non ha ancora compreso (o voluto comprendere) la vera portata della tutela delle situazioni giuridiche soggettive per come sono protette dall'ordinamento europeo.

Mantenimento figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente – Condizioni – Onere della prova

Il diritto al mantenimento trova un limite sulla base di un termine, desunto dalla durata ufficiale degli studi e

cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato."

dal tempo mediamente occorrente ad un giovane laureato, in una data realtà economica, affinché possa trovare un impiego, salvo che il figlio non provi non solo che non sia stato possibile procurarsi il lavoro ambito per causa a lui non imputabile, ma che neppure un altro lavoro fosse conseguibile, tale da assicurargli l'auto-mantenimento. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Nel concetto di “indipendenza economica” questa Corte ha condivisibilmente ricondotto quanto occorre per soddisfare le primarie esigenze di vita, secondo nozione ricavabile dall’art. 36 Cost., dunque in presenza della idoneità della retribuzione a consentire un’esistenza dignitosa (Cass. 11 gennaio 2007, n. 407). La legge, quindi, fonda l’estinzione dell’obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni, in concomitanza all’acquisto della capacità di agire e della libertà di autodeterminazione, che si conseguono al raggiungimento della maggiore età.

Tale la conclusione appare coerente, sul piano assiologico, con gli artt. 1,4 e 30 Cost.: i primi due che proclamano – addirittura in cima ai principi fondamentali della Repubblica – essere questa “fondata sul lavoro”; il terzo che afferma il “dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”, secondo una correlazione ineliminabile fra funzione educativo-formativa ed obbligo di mantenimento.

Osservandosi dunque dalla dottrina, che si è occupata ex professo dell’argomento, come, perché si dia un senso all’obbligo economico a favore dei figli maggiorenni a carico dei genitori, ormai non più titolari di poteri disciplinari e rappresentativi, tale obbligo necessariamente si correla alla concreta condotta di impegno nella personale formazione, o, dove terminata, nella ricerca di un impiego.

Si tratta, in sostanza, dell’applicazione del principio dell’abuso del diritto, o, meglio, ricorrendo alle clausole generali da tempo caratterizzanti il nostro ordinamento, della buona fede oggettiva: il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non può sorgere già “abusivo” o “di mala fede”: onde, perché esso sia correttamente inteso, occorre che la concreta situazione economica non sia il frutto di scelte irragionevoli e sostanzialmente volte ad instaurare un regime di controproducente assistenzialismo, nel disinteresse per la ricerca della dovuta una indipendenza economica.

Al riguardo, questa Corte ha da tempo operato condivisibili riferimenti ai principi predetti della “ragionevolezza”, della “normalità” e del divieto di abuso del diritto (Cass. 20 agosto 2014, n. 18076; nonché Cass. 1 febbraio 2016, n. 1858).

Secondo il principio della autoresponsabilità dei soggetti, più sopra richiamato. (*Omissis*).

Il concetto è quello della cd. capacità lavorativa, intesa come adeguatezza a svolgere un lavoro, in particolare un lavoro remunerato. Essa si acquista con la maggiore età, quando la legge presuppone raggiunta l’autonomia ed attribuisce piena capacità lavorativa, da spendere sul mercato del lavoro, tanto che si gode della capacità di agire (e di voto): salva la prova di circostanze che giustificano, al contrario, il permanere di un obbligo di mantenimento.

In mancanza, il figlio maggiorenne non ne ha diritto; ed, anzi, può essere ritenuto egli stesso inadempiente all’obbligo, posto a suo carico dall’art. 315-bis c.c., comma 4, di “contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie

sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”.

(*Omissis*). 4.5.2. – Con particolare riguardo all’attività di studio, occorre osservare come sia del tutto corretto che tale opportunità venga dai genitori offerta alla prole, atteso che l’ordinamento giuridico tutela le esigenze formative e culturali (artt. 9,30,33 e 34 Cost.), comportando tale arricchimento personale anche un indiretto beneficio alla società.

Ciò vuol dire che, trascorso un lasso di tempo sufficiente dopo il conseguimento di un titolo di studio, non potrà più affermarsi il diritto del figlio ad essere mantenuto: il diritto non sussiste, cioè, certamente dopo che, raggiunta la maggiore età, sia altresì trascorso un ulteriore lasso di tempo, dopo il conseguimento dello specifico titolo di studio in considerazione (diploma superiore, laurea triennale, laurea quinquennale, ecc.), che possa ritenersi idoneo a procurare un qualche lavoro, dovendo essere riconosciuto al figlio il diritto di godere di un lasso di tempo per inserirsi nel mondo del lavoro.

Tale regola vale in tutti i casi in cui il soggetto ritenga di avere concluso il proprio percorso formativo e non abbia, pertanto, l’intenzione di proseguire negli studi per un migliore approfondimento, in quanto il figlio reputi terminato il periodo di formazione ed acquisizione di competenze.

La capacità di mantenersi e l’attitudine al lavoro sussistono sempre, in sostanza, dopo una certa età, che è quella tipica della conclusione media un percorso di studio anche lungo, purché proficuamente perseguito, e con la tolleranza di un ragionevole lasso di tempo ancora per la ricerca di un lavoro.

Invero, occorre affermare come il diritto al mantenimento debba trovare un limite sulla base di un termine, desunto dalla durata ufficiale degli studi e dal tempo mediamente occorrente ad un giovane laureato, in una data realtà economica, affinché possa trovare un impiego; salvo che il figlio non provi non solo che non sia stato possibile procurarsi il lavoro ambito per causa a lui non imputabile, ma che neppure un altro lavoro fosse conseguibile, tale da assicurargli l’auto-mantenimento (*Omissis*).

(*Omissis*). 4.6. – Conseguenze sull’onere della prova. Da quanto esposto deriva che l’onere della prova delle condizioni che fondano il diritto al mantenimento è a carico del richiedente.

L’obbligo di mantenimento legale cessa con la maggiore età del figlio; in seguito ad essa, l’obbligo sussiste laddove stabilito dal giudice, sulla base delle norme richiamate.

Ai fini dell’accoglimento della domanda, pertanto, è onere del richiedente provare non solo la mancanza di indipendenza economica – che è la preconditione del diritto preteso – ma di avere curato, con ogni possibile, impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro.

Non è dunque il convenuto – soggetto passivo del rapporto – onerato della prova della raggiunta effettiva e stabile indipendenza economica del figlio, o della circostanza che questi abbia conseguito un lavoro adeguato alle aspirazioni soggettive.

Infatti, raggiunta la maggiore età, si presume l’idoneità al reddito, che, per essere vinta, necessita della prova delle fattispecie che integrano il diritto al mantenimento ulteriore.

Ciò è coerente con il consolidato principio generale di prossimità o vicinanza della prova, secondo cui la riparti-

zione dell'onere probatorio deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio riconducibile all'art. 24 Cost, ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente, ove i fatti possano essere noti solo ad una delle parti, ad essa compete l'onere della prova, pur negativa (Cass. 25 luglio 2008, n. 20484; nonché ancora Cass. 16 agosto 2016, n. 17108; Cass. 14 gennaio 2016, n. 486; Cass. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 25 luglio 2008, n. 20484; Cass. 1 luglio 2009, n. 15406).

4.7. – La prova presuntiva. Peraltro, le concrete situazioni di vita saranno sovente ragione d'integrazione della prova presuntiva circa l'esistenza del diritto, in quanto, ad esempio, incolpevole del tutto o inesigibile sia la conquista attuale di una posizione lavorativa, che renda il figlio maggiorenne economicamente autosufficiente.

Se, pertanto, sussista una condotta caratterizzata da intenzionalità (ad es. uno stile di vita volutamente inconclu-

dente e sregolato) o da colpa (come l'inconcludente ricerca di un lavoro protratta all'infinito e senza presa di coscienza sulle proprie reali competenze), certamente il figlio non avrà dimostrato di avere diritto al mantenimento.

Ne deriva che, in generale, la prova sarà tanto più lieve per il figlio, quanto più prossima sia la sua età a quella di un recente maggiorenne; di converso, la prova del diritto all'assegno di mantenimento sarà più gravosa, man mano che l'età del figlio aumenti, sino a configurare il "figlio adulto", in ragione del principio dell'autoresponsabilità, con riguardo alle scelte di vita fino a quel momento operate ed all'impegno profuso, nella ricerca, prima, di una sufficiente qualificazione professionale e, poi, di una collocazione lavorativa.

In particolare, tale onere della prova risulterà particolarmente lieve in prossimità della maggiore età, appena compiuta, ed anche per gli immediati anni a seguire, quando il soggetto abbia intrapreso, ad esempio, un serio e non pretestuoso studio universitario: già questo integrando la prova presuntiva del compimento del giusto sforzo per meglio avanzare verso l'ingresso nel mondo del lavoro (e non solo). – *Omissis.*

Sui limiti al mantenimento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente

Massimo D'Auria*

Alla luce dell'operare combinato del principio di autoresponsabilità e della funzione educativa del mantenimento, la sentenza che si commenta ricostruisce in maniera innovativa il riparto dell'onere probatorio nei casi in cui si contesta la permanenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, con il risultato che graverà su quest'ultimo, in linea con il principio processuale di prossimità dell'onere della prova, la dimostrazione che la condizione di dipendenza non dipenda da sua colpevole inerzia.

Il fatto e il principio di diritto

Il principio di diritto di cui all'ordinanza che si commenta in materia di durata e condizioni dell'obbligo di corresponsione dell'assegno periodico di mantenimento in favore dei figli maggiorenni costituisce un *revirement* la cui significatività, sul piano culturale, è paragonabile a quello che la giurisprudenza aveva intrapreso nella diversa ipotesi del mantenimento in favore del coniuge che non dispone di redditi sufficienti¹. Ed invero, leggere in una pronuncia della Cassazione che "l'obbligo legale di mantenimento cessa con la maggiore età del figlio" e non al raggiungimento dell'autosufficienza economica, rappresenta un passaggio che può, in linea teorica, certamente definirsi "epocale", foriero sia di ulteriori sviluppi che di possibili resistenze.

Si ricorderà che quell'innovativa decisione resa in materia di assegno di mantenimento post – coniugale è stata successivamente ridimensionata dall'intervento delle Sezioni unite². Per quanto, anche alla luce di questo precedente, sia consigliabile mantenere un atteggiamento di prudenza sulla stabilità del *decisum*, nondimeno le ragioni argomentative addotte, oltre ad esprimere un *trend* giurisprudenziale, da tempo condiviso dalla dottrina³, ma ancora non entrato nel "diritto vivente"⁴, paiono abbastanza solide da far ritenere improbabile una revisione degli argomenti che sorreggono la decisione. Al tempo stesso, la motivazione autorizza ad intraprendere un percorso volto a maturare una maggiore sensibilità verso le specificità del caso che possono condurre a giustificare la permanenza dell'obbligo di mantenimento nonostante il raggiungimento della maggiore età.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Cass. civ., 10 maggio 2017, n. 11504 su cui v. A. Astone, *Assegno post – matrimoniale ed autoresponsabilità dei coniugi*, in *Dir. Fam. Pers.*, 4, 2017, 1208 e segg.

² Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, su cui v. G.F. Basini, *Le sezioni unite ripensano i criteri di attribuzione e rideterminano la funzione dell'assegno post – matrimoniale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 6, 2018, 1857 e segg.; G. Savi, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post – matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, in *Dir. Fam. Pers.*, 3, 2018, 897 e segg.

³ In tema, da ultimo v. B. Toti, *Oltre ad una certa età il figlio è*

ormai un adulto (recenti orientamenti in materia di mantenimento del figlio maggiorenne), in *Nuova leggi. civ. comm.*, 2019, 374 e segg.; A. Liuzzi, *Mantenimento dei figli maggiorenni, onere probatorio e limiti temporale*, in *Fam. Dir.*, 2005, 140 e segg.

⁴ Trib. Crotone, 7 settembre 2020, n. 737 ribadisce che il mantenimento non cessa con la maggiore età; Trib. Ancona, 1° aprile 2019, n. 608. Si veda Cass. civ., 17 luglio 2019, n. 19135, in *Il familiarista*, con nota di Fiorendi, *Mantenimento dei figli maggiorenni non ancora autosufficienti*, ove l'autosufficienza economica viene comunque declinata mediante un accertamento di fatto del giudice che, tra i vari fattori cui avere riguardo, considera anche "l'acquisizione di una condizione di indipendenza economica".

Questa la ragione per cui conviene partire dal fatto che, nel caso scrutinato dalla Cassazione, può essere così sintetizzato.

Al vaglio della Cassazione giungono le doglianze su un provvedimento di revoca sia dell'assegno di mantenimento al figlio maggiorenne, sia dell'assegnazione della casa familiare.

Detto provvedimento era stato motivato dalla Corte d'Appello in forza della considerazione che l'obbligo di mantenimento deve presumersi non più sussistente quando il figlio abbia superato i trent'anni, e non vi siano *deficit* obiettivi, ossia riferibili al figlio e non certo al contesto del mercato del lavoro, che impediscano il conseguimento della indipendenza economica reddituale.

Le doglianze a fondamento del ricorso evidenziano la circostanza che il figlio maggiorenne non avrebbe ancora raggiunto la stabilità economica in quanto il suo reddito da lavoro risultava prevalentemente composto da attività di docenza precaria in supplenza presso le scuole. Richiamandosi ai precedenti giurisprudenziali della Cassazione, a mente dei quali l'autosufficienza deve intendersi conseguita quando il figlio abbia ottenuto un impiego all'altezza delle professionalità acquisite durante il corso di studi e, quindi, una posizione economica sociale adeguata alle sue aspirazioni, si chiedeva pertanto di cassare il provvedimento di revoca con conseguente ripristino dell'obbligo di mantenimento, sino a quando il figlio non avesse acquisito tale indipendenza.

La Cassazione ha respinto le doglianze ritenendole in parte inammissibile ed in parte infondate in ragione del combinato operare di due principi: la funzione educativa del mantenimento; il principio di autoresponsabilità.

Il precedente orientamento giurisprudenziale

L'orientamento giurisprudenziale dal quale la Cassazione odierna prende decisamente le distanze è quello seguito sin da risalenti pronunce secondo cui l'estinzione dell'obbligo di mantenimento in favore del figlio maggiorenne coincide con il raggiungimento

della sua indipendenza economica, a meno che la protrazione della condizione di "dipendenza" sia colpevolmente imputabile al figlio⁵.

In assenza di una specifica indicazione normativa sulla rilevanza che il raggiungimento della maggiore età aveva rispetto all'obbligo di mantenimento gravante sui genitori, l'orientamento giurisprudenziale ha imboccato una china tale che la minore o maggiore età costituisce un dato giuridicamente irrilevante al fine di decidere su condizioni e durata del diritto al mantenimento. Ciò tanto più perché la giurisprudenza considerava raggiunto l'obiettivo dell'indipendenza economica del figlio subordinatamente all'ottenimento di un'occupazione che gli avrebbe consentito di percepire un reddito corrispondente alla sua professionalità, oltre che ad una collocazione adeguata alle sue aspirazioni⁶.

A guisa di corollario del principio sostanziale sopra enunciato vi era, inoltre, quello, di ordine processuale, secondo cui sarebbe stato onere dei genitori dimostrare il raggiungimento dell'autosufficienza economica del figlio ovvero l'imputabilità in capo al figlio del suo mancato raggiungimento⁷. Anche data l'evidente gravosità del carico probatorio in capo ai genitori (e, in caso di separazione, al genitore non collocatario), questa giurisprudenza giungeva ad esiti non dissimili da un diritto del figlio alla protrazione potenzialmente *sine die* a ricevere il pagamento di un assegno periodico di mantenimento.

Proprio la gravosità di un carico probatorio tale da risultare diabolico a carico del genitore tenuto a versare l'assegno di mantenimento, suscitava in chi scrive il sospetto di una lettura fuorviante, già sul piano sostanziale, del sistema normativo⁸.

Quanto al problema della prova, si osservava che, in forza del principio c.d. di prossimità⁹, la dimostrazione del mancato raggiungimento dell'autosufficienza economica per "colpa" del figlio non avrebbe potuto essere posta a carico del genitore obbligato, spesso quello "non collocatario", ma avrebbe dovuto essere posta a carico del figlio sotto forma di prova che la condizione di dipendenza non fosse dipesa da sua colpevole inerzia. Sul piano sostanziale, si osservava

⁵ Cass. civ., ord., 5 marzo 2018, n. 5088, in *Rep. Foro It.*, 2018 voce "Matrimonio", n. 152; Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12952, in *Fam. Dir.*, 2017, 236; Cass. civ., 1° febbraio 2016, n. 1858, in *Fam. Dir.*, 2015, 134; Cass. civ., 20 agosto 2014, n. 18076, in *Foro It.*, 2015, I, c. 1021; Cass. civ., 26 settembre 2011, n. 19589, in *Foro It.*, 2012, I, c. 1553.

⁶ In tema, v. P. De Santis, *Sull'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non (per sempre) economicamente autosufficienti*, in *Giur. di Merito*, 2008, 4, 1194; S. Mezzanotte, *Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni*, in *Giur. di Merito*, 2006, 10, 2291; I. Nasti, "Nihil sub sole novi", *I figli maggiorenni economicamente non autosufficienti hanno diritto al mantenimento*, in *Fam. Dir.*, 2002, 354; L. Del Moral Dominguez, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne nella giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, 796; B. Levi, *L'obbligo del mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 323 e segg.

⁷ Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2289 in *Giur. It.*, 2002, I, c. 1183 e *Fam. Dir.*, 2001, 275 con nota di Finelli; Id., 21 maggio 2009, n. 11828, in *Giust. Civ.*, 2010, 2, I, 379.

⁸ Cui sia consentito rinviare M. D'Auria, *Ancora sulla durata dell'obbligo di mantenimento dei figli ai sensi dell'art. 147 c.c. La "colpa" del figlio maggiorenne e l'assenza dalle aule giudiziarie dell'art. 315 c.c. Riflessi in materia di onere della prova*, in nota a Cass. civ., 3 aprile 2002, n. 4765, in *Giur. It.*, 2003, I, 48.

⁹ Il richiamo al principio di prossimità dell'onere della prova è particolarmente valorizzato dall'ordinanza scrutinata alla stregua di un principio ordinante la distribuzione legalmente stabilita tra fatti costitutivi, impeditivi o estintivi, detraibili dal modo in cui le fattispecie normative sono state congegnate. Il tema è stato recentemente sviluppato, nel quadro di una più ampia riflessione tematica, da A. Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano, 2020, passim e con riferimento all'obbligo di mantenimento in favore del figlio specialm. 114.

che, nonostante l'assenza di indici normativi che, in termini letterali, avrebbero consentito di distinguere, in punto di diritto al mantenimento, la condizione dei figli minori dai maggiorenni, la responsabilizzazione dei figli adulti avrebbe però potuto guadagnata sulla base di un'interpretazione sistematica della normativa allora vigente orientata dal criterio costituzionale di ragionevolezza, oltre che evidentemente contraria a salvaguardare posizioni di rendita ingiustificate.

Una diversa lettura sistematica: il rilievo del disposto di cui all'art. 315-bis c.c.

L'assimilazione tra le due situazioni non coglieva lo spirito di un sistema normativo che, già nel tessuto codicistico post-riforma familiare, contemplava due significative disposizioni, quella di cui all'allora art. 315 c.c. (oggi 315-bis c.c.) e quella di cui all'art. 324 c.c.: la prima che sancisce l'obbligo a carico del figlio di contribuire "al mantenimento della famiglia finché convive con essa"; la seconda, che individua (ancora oggi) nel raggiungimento della maggiore età (o nell'emancipazione) l'estinzione dell'usufrutto legale sui beni del figlio in favore di uno o entrambi i genitori, istituto legale che attribuisce ai genitori, come elemento accessorio alla responsabilità genitoriale, il diritto sui frutti derivanti dal patrimonio del figlio minore affinché siano destinati al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli¹⁰.

Si noti, allora, che mentre l'usufrutto legale si estingue al compimento della maggiore età, ossia con il venire meno della responsabilità genitoriale, l'obbligo del figlio di contribuire, "in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito" al mantenimento della famiglia, si estingue con la cessazione della convivenza.

Assecondando la deriva giurisprudenziale, che mai ha preso sul serio il disposto dell'art. 315 c.c., la situazione che si veniva a creare aveva un che di paradossale poiché il figlio minore si sarebbe trovato in una posizione peggiore rispetto al figlio maggiorenne non economicamente indipendente e, tuttavia, convivente con la propria famiglia. Ed invero, il maggio-

renne avrebbe visto da un lato estinto l'usufrutto legale sui propri beni e, dall'altro, avrebbe continuato ad avere diritto al mantenimento, magari anche beneficiando dei frutti provenienti dall'usufrutto del patrimonio del fratello minore, sino a quando non si fosse reso economicamente indipendente¹¹.

A mancare all'appello era, a nostro avviso, proprio il ricorso al disposto di cui all'art. 315 c.c. Insomma, l'estinzione dell'usufrutto legale sui propri beni per ragioni di età avrebbe dovuto imporre al figlio divenuto adulto di cercare altrove, in mancanza di beni propri, e quindi nel lavoro (non necessariamente "quello della vita"), i mezzi per assolvere, in costanza di convivenza con la famiglia, al più oneroso obbligo di contribuzione fissato dall'art. 315-bis c.c.

Al figlio adulto, perciò, incombeva una scelta: estinguere il proprio obbligo di mantenimento della famiglia, rendendosi economicamente autosufficiente oltre che indipendente nel raggiungimento dei propri obiettivi esistenziali, oppure, continuare a convivere, sostenendo con il proprio reddito, sia da rendita che da lavoro, in proporzione alle proprie sostanze e alla propria capacità lavorativa, le spese per il mantenimento della famiglia, il tutto evidentemente nel necessario confronto con le priorità di vita di tutti i membri della comunità familiare e non già assecondando unicamente le proprie aspirazioni ed inclinazioni.

Magari l'evoluzione della situazione economica e sociale ha condizionato il calcolo costi/benefici facendo pendere la bilancia in favore della scelta di continuare la convivenza all'interno della famiglia, piuttosto che affrontare una condizione d'indipendenza divenuta sempre più difficile da conseguire in tempi di diffuso precariato. Senza dilungarsi su tale aspetto sociologico, la conclusione di quella riflessione era però che la tendenza giurisprudenziale a fare a meno di applicare seriamente il disposto di cui all'art. 315-bis, 4° co. c.c., considerandolo alla stregua di una regola imperativa solo sul piano morale, ha avuto indubbiamente un ruolo nell'incentivare la tendenza dei figli, peraltro spesso spettatori inconsapevoli delle liti tra genitori, a gravitare, senza adeguati contrappesi, il

¹⁰ La norma, spesso al centro di un contenzioso tributario, è stata intesa in senso perequativo tra i figli che hanno un patrimonio e altri che sono privi da Cass. civ., Sez. trib., 23 maggio 2013, n. 6360 in *Mass. Giust. Civ.*, 2014 che in massima recita: "Alla luce della disciplina dell'istituto dettata dal codice – valorizzandosi in particolare la destinazione, operata all'art. 324, 2° comma, dei "frutti percepiti al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli" – si è rilevato come l'usufrutto legale trovi oggi il suo fondamento nel principio di solidarietà familiare, in virtù del quale viene attribuito ai genitori il godimento di taluni beni di proprietà dei figli, affinché essi possano soddisfare esigenze dell'intera famiglia, "con l'ulteriore e non meno rilevante fine di attenuare le discriminazioni all'interno del medesimo nucleo familiare, tra figli che hanno un patrimonio e altri che ne sono privi". Il riflesso di tale funzione perequativa si ritrova nella massima consolidata secondo cui "Quanto agli interessi sul capitale del figlio minore, essi, come in genere i frutti dei beni del mede-

simo, spettano al genitore esercente la potestà, ai sensi dell'articolo 324 c.c., sicché deve escludersi che il figlio, divenuto maggiorenne, sia legittimato ad agire per il pagamento dei suddetti interessi inerenti al periodo antecedente al raggiungimento della maggiore età". In termini Cass. civ., 15 marzo 2017, n. 6819, in *Guida Dir.*, 2017, 29, 75; Cass. civ., 4 settembre 1999, n. 9386, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 1905; Cass. civ., 5 dicembre 1996, n. 10849 in *Studium iuris*, 1997, 408 e in *Foro It.*, 1997, I, 3337; Cass. civ., 8 novembre 1984, n. 5649, in *Mass. Giust. Civ.*, 1984, fasc. 11.

¹¹ Il tema della disparità di trattamento tra figli è stato discusso da Cass. civ., 7 luglio 2004, n. 12477, in *Giust. Civ.*, 2005, 3, 1, 699, seppure nel confronto tra figli minorenni "lavoratori" e maggiorenni "disoccupati" laddove i primi, perdendo la condizione di indipendenza economica, avrebbero avuto diritto soltanto agli alimenti e non più al mantenimento.

più a lungo possibile nell'alveo dell'economia domestica¹².

Sul significato sistematico del disposto di cui all'art. 337-septies c.c.: la funzione educativa del mantenimento

Complessivamente, l'interpretazione allora proposta consegnava ai giudici un sistema normativo tutt'altro che lassista poiché avrebbe consentito di dare veste giuridica doverosa all'impegno del figlio maggiorenne ad emanciparsi dalla famiglia di origine; un'interpretazione che, peraltro, già allora evidenziava l'esigenza di rinvenire nel mantenimento del figlio maggiorenne un fondamento ulteriore da quello "educativo" che il codice riconosceva al mantenimento dei figli minori, idoneo quindi circoscriverne condizioni e durata con riferimento al maggiore d'età¹³.

Da allora il panorama normativo è mutato e l'interprete trova nel disposto di cui all'art. 337-septies c.c. un indice normativo più stringente, peraltro significativamente inserito nell'ambito della crisi familiare, sul quale fondare il trattamento differenziato del figlio maggiorenne economicamente non indipendente rispetto al figlio minore, la cui posizione è disciplinata all'art. 337-bis c.c.

È proprio su questa disposizione che si è esercitato l'orientamento nomofilattico della Cassazione con una soluzione niente affatto intuitiva.

La disposizione si limita, infatti, a rinviare alla valutazione discrezionale del giudice la decisione sul diritto al pagamento di un assegno periodico in favore del figlio maggiorenne non indipendente economicamente.

La disposizione è stata sinora intesa nel senso che il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore del figlio maggiorenne il versamento dell'assegno periodico di mantenimento "se e fino a quando" egli non raggiunga l'indipendenza economica. Insomma, il "potere" che connota l'esercizio della discrezionalità giurisprudenziale sarebbe da interpretare in senso aleatico: "è possibile che" il mantenimento prosegua in favore del figlio adulto in ragione della sua non indipendenza economica e sino a quando questa non sia acquisita, in base ad una valutazione delle circostanze che, quindi, non attiene all'*an* ma al *quantum*. Ciò anche sul presupposto che, finché il figlio non viva altrove, l'impegno educativo ed economico graverebbe prevalentemente sul genitore collocatario.

Diversamente, la Cassazione osserva che, laddove il testo della disposizione enuncia che "il giudice può disporre", all'esito di una valutazione delle circostanze, in favore del figlio il versamento di un assegno periodico, la norma deve essere interpretata sul presupposto che l'obbligo di mantenimento in favore del figlio, quello insomma fissato dall'art. 147 c.c., cessa "automaticamente" al compimento della maggiore età, tanto è vero che il giudice "ha il potere" di disporlo al ricorrere di determinate circostanze.

Il passaggio che sostiene l'argomento è significativo e merita di essere evidenziato.

La Cassazione premette che la disposizione di cui all'art. 337-septies c.c. deve essere interpretata alla luce dell'assunto che il raggiungimento della maggiore età del figlio importa "automaticamente" la fuoriuscita del tema del suo mantenimento dall'area dei conflitti tra genitori e l'ingresso nel diverso rapporto di filiazione. Ciò la Corte deduce dal fatto che la norma prescrive che l'assegno dovrà essere versato direttamente all'avente diritto, ossia al figlio.

Certamente, una cosa è dire che, dal momento in cui il figlio diviene maggiorenne, l'avente diritto dovrà essere identificato direttamente con costui, altro è dire che il figlio potrebbe anche non avere più diritto al mantenimento una volta divenuto maggiorenne. Per arrivare al risultato che la Corte si prefigge, ossia qualificare il raggiungimento della maggiore età quale fatto estintivo del diritto del figlio al mantenimento, non basta soddisfare una giusta esigenza di riallocazione del soggetto a cui imputare il diritto a ricevere il pagamento dell'assegno, facendolo coincidere con l'avente diritto, ma occorre che, dal momento in cui il figlio diviene maggiorenne, tra il diritto al mantenimento e l'età del figlio s'instauri un rapporto di correlazione inversa, tale insomma che tanto più si va avanti con l'età, tanto meno si avrà diritto alla prosecuzione del mantenimento.

Funzione educativa del mantenimento e principio di auto – responsabilità

Quel rapporto di correlazione inversa si giustifica attraverso il riconoscimento della c.d. "funzione educativa" del mantenimento che vale a connotare il diritto del figlio come correlativo alla responsabilità genitoriale di talché quell'obbligo, posto ai sensi di quanto prescrive l'art. 147 c.c. e 315-bis c.c., dura fintantoché persiste la responsabilità genitoriale¹⁴.

¹² Ed è perciò da salutare con favore il richiamo che la Cassazione che si commenta fa al disposto di cui all'art. 315-bis, 4° comma, c.c. in un passaggio in cui si osserva come sussistendo la capacità lavorativa, il figlio potrebbe incorrere nell'inadempimento del suddetto obbligo.

¹³ E che rinviene anche nella disciplina della revocazione per sopravvenienza dei figli un altro indice idoneo a differenziare la posizione del minore e del maggiorenne. Si veda Cass. civ., 4 maggio 2012, n. 6761 in *Riv. Notar.*, 2012, 4, 2, 914 con nota di Musolino, secondo cui mentre la revocazione per sopravvenienza dei figli è consentita proprio per dare la possibilità al donante di riconsiderare l'attribuzione in funzione dei doveri di mantenimen-

to insorti a seguito della filiazione, "la revocazione della donazione non è consentita per sopravvenuta adozione del maggiore d'età, la quale è finalizzata non a proteggere la prole, ma ad assicurare all'adottante la trasmissione del nome e del patrimonio ("adoptio in hereditatem"), essendo, quindi, manifestamente infondata la questione di illegittimità dell'art. 803 c.c., in riferimento all'art. 3 cost., nella parte in cui non prevede la revocazione degli atti di liberalità per sopravvenienza di figli adottivi maggiorenni".

¹⁴ Cass. civ., 20 agosto 2014, n. 18076, in *Foro It.*, 2015, 3, I, 1021, con nota di Cocca; Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12952, in *Foro It.*, 2016, 9, I, 2741 nota di Casaburi; Cass. civ., 11 aprile 2019, n. 10207 non massimata.

Sempre secondo la Cassazione, le elargizioni che i genitori potranno continuare ad effettuare in favore dei figli maggiorenni dovranno essere intese come volontarie e, dunque, a titolo di adempimento spontaneo di doveri morali e sociali, dunque revocabili *ad nutum*. Ciò a meno che un diritto alla corresponsione non possa continuare alla luce di presupposti, ulteriori rispetto alla perdurante e probabile non indipendenza economica del figlio, che allignano nel rapporto di filiazione tra il figlio e ciascun genitore e che, dunque, reclamano il soddisfacimento di una funzione ulteriore e più complessa di quella educativa proprio perché è bidirezionale.

Non senza accenti critici rispetto ad un'ideologia assistenzialistica esclusivamente fondata sul "diritto ad ogni possibile diritto", la Cassazione ricollega al principio di auto – responsabilità nei rapporti familiari la "permanenza" di un diritto che, in assenza del soddisfacimento di ulteriori condizioni, deve ritenersi estinto¹⁵. Detto principio entra in gioco al fine di spostare l'asse della valutazione demandata al giudice dall'art. 337-*septies* c.c., dalla responsabilità genitoriale nel mantenere il figlio minore, sostenendone inclinazioni e aspirazione, alla auto-responsabilità del figlio adulto nella realizzazione di quelle aspirazioni, nel diligente svolgimento del progetto educativo – formativo.

In sostanza, al compimento del diciottesimo anno, il diritto al mantenimento si colora di contenuti ulteriori senza i quali la funzione educativa sarebbe sostanzialmente svuotata.

Si noti che, nella nuova prospettiva argomentativa, la ragione per cui con la maggiore età cessa l'obbligo di mantenimento nei confronti dei figli è identica a quella per cui sempre con la maggiore età cessa l'usufrutto legale sui beni del figlio. In entrambi i casi, l'ingresso nell'età adulta costituisce fatto estintivo della responsabilità genitoriale *ex* art. 147 c.c.¹⁶. Tale interpretazione incide inevitabilmente sulla distribuzione dell'onere della prova poiché quella per cui con la maggiore età del figlio ricorre un fatto estintivo del diritto al mantenimento a cui sempre il figlio potrebbe opporre dei fatti impeditivi¹⁷.

Perciò, laddove il figlio maggiorenne intenda chiedere il versamento di un assegno di mantenimento, sarà suo l'onere di dimostrare i fatti volti a sostenere questa sua pretesa: non, quindi, la mera prova della

sua mancanza d'indipendenza economica, che costituisce il presupposto senza il quale nemmeno può introdursi il tema del mantenimento, ma la prova che esso risponda ad un progetto educativo condiviso ancora da terminare o che, per le sue caratteristiche ed in ragione del breve lasso di tempo trascorso dal raggiungimento della maggiore età, deve ancora maturare in prospettive lavorative, non necessariamente subordinate, unitamente alla prova della sua diligenza nel perseguimento degli obiettivi.

Sotto un secondo profilo, finché conviva con la famiglia (ovvero con il genitore collocatario), il figlio ha anche il dovere di rendere "sostenibile" questo diritto non solo impegnandosi diligentemente nel perseguimento del progetto educativo e formativo che potrà condurlo a collocarsi in maniera soddisfacente nel contesto sociale, ma anche attivandosi nel reperimento di un lavoro al fine di rendere sostenibili le proprie aspirazioni, in attesa di riuscire ad acquisire il lavoro più aderente alle proprie aspettative, senza pesare su aspettative e interessi equi-ordinati dei propri genitori ed altri membri della famiglia. Qui soccorre il disposto di cui all'art. 315-*bis*, 4° comma, c.c. che, a detta della Cassazione, rende esigibile il suddetto dovere in capo al figlio, il che – a nostro avviso – vale quanto dire che l'obbligo del genitore non collocatario dovrà essere comunque commisurato alla potenziale espressione di una capacità lavorativa che il figlio è tenuto a rendere attuale, poiché in caso contrario sarà lui a ritenersi inadempiente ad un obbligo normativo.

Alcuni sviluppi

Non c'è dubbio che la motivazione raggiunge l'obiettivo di avere riequilibrato la distribuzione dell'onere della prova e dato un impulso considerevole all'utilizzo del disposto di cui all'art. 315-*bis* c.c. L'ampiezza della motivazione consente, inoltre, di intravedere numerosi sviluppi di tipo "locale" e, quindi, i prodromi di ulteriori fibrillazioni negli orientamenti giurisprudenziali consolidati che affannano, anzitutto, l'interpretazione del disposto di cui all'art. 337-*septies* c.c.

Il riconoscimento che la funzione educativa del mantenimento è condizionata dal principio di auto-responsabilità del figlio adulto consente anzitutto di preconizzare lo scostamento da quell'orientamento giurisprudenziale che, nonostante il raggiungimento

¹⁵ Su cui v. A. Cordiano, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018, 77.

¹⁶ Cass. civ., 16 settembre 2019, n. 23019 ha chiarito che con la maggiore età cessa la responsabilità genitoriale. Ma in generale, in dottrina prevale l'idea che la mancata previsione di un termine finale della responsabilità genitoriale implicherebbe la permanenza del dovere di mantenimento oltre il diciottesimo anno d'età. In termini critici, v. V. Caredda, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Dir. Fam. Pers.*, fasc. 4, 2015, 1424 e segg. la quale invece valorizza la prospettiva relazionale.

¹⁷ Probabilmente non è l'unica descrizione possibile della distribuzione dell'onere probatorio. Potrebbe forse sostenersi, in maniera meno drammatica che, a fronte di un diritto al manteni-

mento il cui fatto costitutivo è la mancata indipendenza economica, che con la maggiore età sopravviene un fatto impeditivo della sua prosecuzione, piuttosto che estintivo. Questa diversa configurazione non sposterebbe la distribuzione dell'onere della prova ritenuta corretta dalla Cassazione poiché, divenendo "*sui iuris*", resta inteso che il diritto al mantenimento del figlio non potrà più collegarsi *sic et simpliciter* ad un obbligo legale derivante dalla responsabilità genitoriale, che è appunto cessata, ma dovrà collegarsi ad ulteriori fatti costitutivi, quelli che, riguardando la sfera di responsabilità del figlio, dovranno essere provati dal medesimo in forza del principio di prossimità dell'onere della prova, affinché possa ritenersi ancora soddisfatta la funzione educativa del mantenimento.

della maggiore età del figlio, consente al genitore collocatario di agire autonomamente per ottenere il versamento dell'assegno di mantenimento anche in assenza di autonoma richiesta da parte del figlio maggiorenne¹⁸. A questo orientamento si accompagna, peraltro, la tendenza a sovvertire la regola legale del versamento diretto dell'assegno in favore del figlio, di cui all'art. 337-septies c.c., preferendo il pagamento in favore del genitore collocatario, anche laddove il figlio sia divenuto maggiorenne, fino a quando il figlio conviva con il genitore collocatario.

A nostro avviso, era già evidente che, se tra le valutazioni che il giudice avrebbe potuto svolgere vi era quella che fa leva sul semplice permanere della convivenza del figlio presso il genitore collocatario, allora la regola di cui all'art. 337-septies c.c. che prevede il versamento diretto all'avente diritto, diventerebbe l'eccezione così vanificando quella funzione educativa del mantenimento che, ulteriormente arricchita dai temi dell'auto-responsabilità, costituisce il principio fondante della regola. Ad ogni modo, se la maggiore età del figlio segna il passaggio del tema del mantenimento dall'area dei rapporti tra genitori a quello tra genitori e figli, l'assegno non potrà più essere più trattato *come se fosse* un modo di adempiere ad un diritto al rimborso delle spese sostenute dal genitore collocatario finché il figlio convive nella casa familiare.

Ciò significa comprendere che il tema della convivenza del figlio presso il collocatario è estranea alla semantica dell'art. 337-septies c.c.¹⁹, rientrando piuttosto in quella di cui all'art. 315-bis c.c. Al che diviene possibile anche cogliere un ulteriore possibile sviluppo del principio motivazionale, in punto di revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare.

Fideiussione – Tutela del consumatore

Cassazione civile, Sez. VI-1, 16 gennaio 2020, n. 742 (ordinanza) – Pres. Di Virgilio – Rel. Dolmetta – P.M. Immacolata (conf.) – Banca del Piceno Credito Cooperativo (avv. Vecchiola) – S. A. (avv. Piermartire) – S. E. (avv. Tomassini). *Dichiara la competenza del Tribunale di Fermo, al quale rimette la causa.*

¹⁸ L'orientamento maggioritario ritiene fondata la legittimazione del coniuge convivente che può agire *iure proprio* nei confronti dell'altro genitore, anche in assenza di un'autonoma richiesta da parte del figlio per richiedere il versamento dell'assegno. In tale senso Cass. civ., Sez. I, 23 ottobre 1996, n. 9238, Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 2005, n. 11320; ma v. Cass. civ., Sez. lav., 7 settembre 2007, n. 18844, Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2010, n. 23590 che si è pronunciata in merito al diritto del figlio maggiorenne di intervenire nel giudizio di separazione o divorzio pendente tra i propri genitori con lo scopo di far valere il proprio diritto al mantenimento e realizzando così un *simultaneus processus*.

¹⁹ Come del resto dimostra la circostanza che è possibile disporre la revoca dell'assegnazione della casa familiare allorché il figlio, seppure ancora economicamente non autosufficiente, abbia spostato il centro dei propri interessi altrove. In tema v. Cass. civ., 6 maggio 2019, n. 11844, in *Il familiarista*, 2018, 23 agosto

Infatti, il prevalente interesse del figlio minore, ai sensi dell'art. 337-sexies c.c., costituisce un dato che assume rilievo preminente nella decisione sull'assegnazione della casa familiare ai sensi di cui all'art. 6, 6° comma, L. n. 898/1970²⁰. Se, però, in tesi, il permanere della funzione educativa diviene elemento prevalente nel bilanciamento del giudizio di assegnazione²¹, l'attivazione della auto-responsabilità del figlio adulto potrebbe determinare la necessità di rivedere anche il provvedimento di assegnazione della casa familiare. Al compimento della maggiore età, anche il provvedimento di assegnazione potrebbe essere suscettibile di rivalutazione alla luce dei nuovi contenuti, mediati dal riconoscimento del principio di auto-responsabilità, che arricchiscono la funzione educativa del mantenimento e che, quindi, si riflettono anche nel provvedimento di assegnazione della casa familiare.

Tenuto conto della circostanza che, spesso, motivi di studio e lavoro possono condurre i figli anche a spostare il proprio centro di interessi altrove rispetto alla casa familiare, anche alla luce del ribaltamento dell'onere probatorio riconosciuto come tecnicamente corretto dalla odierna Cassazione, in assenza di idonea prova del soddisfacimento delle condizioni da parte del figlio, si potrebbe addivenire, come del resto nel caso scrutinato dalla Cassazione, alla revoca dell'assegnazione della casa familiare. A ben vedere, si tratta di soluzione che, magari in controluce, impone anche – e forse soprattutto – al genitore assegnatario della casa familiare, trascendendo i propri soggettivi interessi, di promuovere nel figlio il senso di auto-responsabilità necessario a “guadagnarsi” la permanenza del diritto a vivere nella casa familiare, sostenendone l'aspirazione a rendersi economicamente indipendente in tempi ragionevoli.

Competenza e giurisdizione civile – Fideiussore di soggetto professionista – Qualità di consumatore – Condizioni – Sussistenza – Foro esclusivo del consumatore – Applicabilità

Il carattere accessorio della fideiussione non preclude di

con nota di Pradella.

²⁰ In giurisprudenza v. Cass. civ., 6 agosto 2020, n. 16740, in *Dir. Giust.*, 2020, 7 agosto, con nota di Mascia; Cass. civ., 6 maggio 2019, n. 11844, in *Il familiarista*, 2018, 23 agosto con nota di Pradella; in dottrina da ultimo v. M. S. Merello, “*Affectio familiaris*” ed opponibilità del “diritto” al godimento della casa familiare, in *Dir. Fam. Pers.*, fasc. 4, 1° dicembre 2017, 1371 e segg.; M. Paladini, *L'abitazione della casa familiare nell'affido condiviso*, in *Fam. Dir.*, 2006, 329 e segg.

²¹ Secondo Cass. civ., 7 febbraio 2018, n. 3015, in *Mass. Giust. Civ.*, 2018, tale “ratio” protettiva, che tutela l'interesse dei figli a permanere nell'ambito domestico in cui sono cresciuti, non è configurabile in presenza di figli economicamente autosufficienti, sebbene ancora conviventi, verso cui non sussiste alcuna esigenza di speciale protezione.

qualificare come consumatore la persona fisica che abbia stipulato tale contratto onde garantire il debito assunto da un operatore professionale, rilevando esclusivamente, agli effetti di tale qualità, l'essere stata detta garanzia prestata per finalità non inerenti allo svolgimento dell'eventuale attività professionale del garante, secondo quanto previsto dal criterio generale di cui all'art. 3, 1° comma, lett. a), c. cons. (nella specie, è stata affermata l'applicabilità del foro esclusivo del consumatore alla causa tra fideiussore persona fisica e banca creditrice, nonostante il primo si fosse reso garante dell'obbligazione di un professionista). (Massima non ufficiale)

Omissis – [...] la questione centrale, che occorre risolvere rispetto alla fattispecie concretamente in esame, concerne l'interrogativo se la persona fisica – che, pur fuori dall'ambito di sue (eventuali) attività professionali, presta fideiussione a garanzia di un debito di un soggetto che non è consumatore – rimanga tale o debba per contro essere considerato come soggetto diverso dal consumatore (c.d. professionista di “riflesso” o di “rimbalzo”), secondo quanto è stato appunto ritenuto dalla pronuncia del Tribunale di Fermo.

16.– È tradizionale, per quanto non incontrastato, orientamento di questa Corte quello di ritenere che la persona fisica, che presta fideiussione per la garanzia di un debito ricadente su di un soggetto “professionale”, non assume lo status di consumatore.

In questa direzione si sono espresse, in particolare, le pronunce di Cass., 11 gennaio 2001, n. 314; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212; Cass., 9 agosto 2016, n. 16827; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846.

17.– Nel contesto di questo orientamento, particolare rilievo riveste la sentenza n. 25212/2011, che ne ha offerto la più elaborata ed ampia argomentazione.

Segnalato che in senso conforme “si è pronunciata anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza del 18 marzo 1998” (causa c-45/96), per la quale “la disciplina di tutela è applicabile solo quando il contratto principale si configuri come atto di consumo”, tale decisione ha fatto forte leva, in proposito, sul carattere di accessorialità che connota l'obbligazione fideiussoria.

“La garanzia personale, che viene prestata, è subordinata al debito principale cui accede”: “l'oggetto della obbligazione fideiussoria si determina “per relationem” sulla base del contenuto dell'obbligazione principale”. “Il legislatore, nel disciplinare le caratteristiche di tale fattispecie, agli artt. 1939, 1941 e 1945 c.c., ha reso evidenti i tratti del fenomeno negoziale intercorrente tra il debito principale e l'obbligazione fideiussoria, collegamento qualificabile come necessario, unilaterale e funzionale”: i distinti negozi sono “obiettivamente unificati da un nesso di interdipendenza che, per volontà del legislatore stesso, è tale da determinare che ogni vicenda del contratto principale si comunica al contratto subordinato e non viceversa”.

“Indefettibile corollario” di questa impostazione – si è quindi concluso – è che non si può “non porre lo stesso rapporto principale come punto di riferimento per l'indagine circa l'applicazione o meno della normativa speciale disciplinata dal codice del consumo”.

18.– In linea di dissonanza con questo orientamento si è pronunciata l'ordinanza di Cass., 12 gennaio 2005, n. 449

che, come la presente, riguarda un caso di un regolamento di competenza relativo al foro territoriale; e che, a riguardo al tema dello status da riconoscere al fideiussore, ha escluso che possa essere dato rilievo alla “natura societaria” del debitore principale ai fini dell'eventuale applicazione della normativa di protezione consumeristica.

Assai più vicina nel tempo è l'altra pronuncia che si è posta in termini dissonanti rispetto all'indicato orientamento tradizionale. Rileva dunque Cass., 31 dicembre 2018, n. 32225 che la tesi per cui l'accessorialità della fideiussione implica rinvio al rapporto principale, per la valutazione dell'eventuale status di consumatore del garante, è stata recisamente smentita dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

19.– Ribaltando la prospettiva adottata dalla sentenza del marzo 1998 (sopra, nel n. 17), la Corte di Giustizia, con le pronunce 19 novembre 2015 (causa c – 74/15) e 14 settembre 2016 (causa c – 534/15) ha infatti ritenuto (con diretto riferimento ai fattispecie relative a garanzie sia fideiussorie, che immobiliari costituite da terzi) che le “regole uniformi concernenti le clausole abusive devono applicarsi a “qualsiasi contratto” stipulato tra un professionista e un consumatore”; che l'“oggetto del contratto è quindi irrilevante”; che “è dunque con riferimento alla qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale, che la Dir. n. 93/13 definisce i contratti ai quali essa si applica”; che “tale criterio corrisponde all'idea che sulla quale si basa il sistema di tutela istituito da tale direttiva, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità”; che “questa tutela è particolarmente importante nel caso di contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore”; che il “contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto... come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce”, “dal punto di vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diverso dalle parti del contratto principale”.

20.– Il Collegio ritiene di dovere abbandonare l'orientamento tradizionalmente seguito da questa Corte in punto di criteri selettivi dell'eventuale ascrizione del fideiussore alla categoria normativa di consumatore.

Non può di certo essere ignorato, invero, il forte rilievo che, per la ricostruzione del diritto interno, vengono a rivestire gli interventi della Corte di Giustizia Europea (in proposito cfr., tra le altre, Cass., 3 marzo 2017, n. 5381; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468).

D'altra parte, quello dell'accessorialità fideiussoria si manifesta tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore. Connotante la struttura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorialità non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorialità potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale).

Non è un caso, del resto, che gran parte della letteratura ha censurato aspramente la costruzione del fideiussore quale professionista di riflesso, pure evidenziando gli esiti paradossali a cui la stessa conduce in modo diretto, quale

quello di dovere ritenere consumatore la banca, che presta fideiussione per il debito contratto da una persona fisica che non svolga alcun tipo di attività professionale.

21.– Così esclusa la rilevanza dell'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione della posizione (di consumatore o meno) del fideiussore, va adesso segnalato che le citate decisioni della Corte di Giustizia indicano – quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore – la “valutazione se il rapporto contrattuale” di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, “nell'ambito di attività estranee” all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia.

Come si vede, si tratta del criterio generale, comune per l'identificazione di una contraente persona fisica nell'alveo protettivo di consumatore (cfr. la norma dell'art. 3 cod. consumo, comma 1, lett. a). Non si vede, d'altro canto, quale ragione oggettiva potrebbe mai giustificare un'identificazione del fideiussore (del terzo garante, in genere) in tale figura (di consumatore, appunto) sulla base di criteri diversi da quelli generali e comuni.

Di conseguenza, alla stregua dell'interpretazione che, nell'attuale, questa Corte dà della nozione generale di consumatore (cfr., da ultimo, Cass., 26 marzo 2019, n. 8419), tale dev'essere considerato il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).

22.– Conseguenze all'insieme delle osservazioni svolte che – in relazione alla posizione del fideiussore e consumatore S.A. – va ritenuta la competenza del Tribunale di Fermo.

23.– Quanto poi alla posizione della mutuataria S.E., soggetto – si è visto (nel n. 13) – non ascrivibile alla categoria del consumatore, pure va rilevata la competenza del Tribunale di Fermo. – *Omissis*.

Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo

La fattispecie e il foro esclusivo del consumatore. Con l'ordinanza in commento la Corte di cassazione torna nuovamente a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* dell'applicabilità della disciplina consumeristica nei confronti della persona fisica, in sé qualificabile come consumatore, che abbia prestato fideiussione in favore di un professionista.

Nel caso di specie una banca, creditrice in virtù di un contratto di mutuo garantito da fideiussione, agisce in via monitoria nei confronti sia del mutuatario, obbligato principale e professionista, sia del fideiussore. Nel giudizio di opposizione i debitori eccepiscono l'incompetenza territoriale del Tribunale adito (nella cui giurisdizione essi sono domiciliati) in favore del Tribunale della sede dell'istituto di credito. Ciò in quanto i negozi individuavano come competente quest'ultimo foro, salvo che nel caso di stipulazione con un consumatore. L'eccezione viene accolta proprio sulla scorta della negazione, in capo agli opposenti,

della qualità di consumatori: ad entrambi non è riferibile la disciplina del D.Lgs. n. 295/2006 posto che il mutuatario è *tout court* professionista, mentre il fideiussore, che di per sé rivestirebbe la qualità di consumatore, si sottrae all'area della tutela essendosi, per l'appunto, reso garante di un operatore professionale. Da ciò l'inapplicabilità del foro esclusivo di cui all'art. 33, 2° comma, lett. u), c. cons. Adita con regolamento di competenza promosso dall'istituto di credito, la Suprema Corte sconfessa tuttavia il principio applicato dal primo giudice. Il fideiussore, ricorrendone i presupposti generali, deve essere qualificato come consumatore, pertanto beneficiario del foro esclusivo. Non può darsi rilevanza al vincolo di accessorietà che lega l'obbligazione di garanzia al debito principale; occorre piuttosto guardare ai caratteri soggettivi dei contraenti, in relazione alle norme definitorie *ex art.* 3, 1° comma, lett. a) e b), c. cons. E il garante, essendosi obbligato per scopi estranei allo svolgimento della propria eventuale attività professionale, né ad essa strettamente funzionali, va ritenuto destinatario della normativa di protezione.

Il problema del fideiussore-consumatore. La pronuncia in esame costituisce uno dei più recenti approdi di un percorso evolutivo che, nella giurisprudenza euro-unitaria prima e interna poi, ha interessato i limiti di applicabilità al fideiussore della tutela propria del consumatore.

Il punto di avvio è dato dalla nota sentenza della Corte giust. UE 18 marzo 1998, *Dietzinger*, in causa C-45/96 (pubblicata, *ex multis*, in *Banca Borsa*, 1999, II, 129 e segg., con nota critica di Tucci, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali e accessorietà della fideiussione*), alla quale va ascritta la prima elaborazione della teoria del c.d. professionista di rimbalzo. La Corte di Lussemburgo era stata investita di rinvio pregiudiziale in ordine all'interpretazione della direttiva 85/577/CEE sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali, con riguardo al caso di una fideiussione rilasciata, in favore della banca creditrice, da un soggetto estraneo all'attività di impresa esercitata dai genitori e per la quale egli si rendeva garante.

Facendo leva sull'accessorietà della garanzia fideiussoria, veniva statuita – per quanto rileva – l'inapplicabilità al garante della normativa di tutela. Il fideiussore, infatti, non si vincolava in relazione ad una obbligazione principale assunta “per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale”; al contrario, l'obbligazione del garantito era direttamente funzionale all'esercizio della sua attività imprenditoriale. E in forza del suo carattere accessorio, a tale attività doveva ritenersi strumentale anche la fideiussione, perciò esclusa, in concreto, dall'ambito della disciplina protettiva.

La posizione espressa dalla Corte di giustizia è stata rapidamente recepita dalla nostra giurisprudenza (almeno a partire da Cass. civ., Sez. I, 11 gennaio 2001, n. 314, in *Contratti*, 2001, 491 e segg. nonché

in *Giust. Civ.*, 2001, 2151 e segg., con nota di Di Marzio, *Intorno alla nozione di consumatore nei contratti*; più di recente, Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212, in *Dir. e Giust.*, 2011, 506, con nota di Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, nonché Cass. civ., Sez. III, 6 ottobre 2005, n. 19484, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.), la quale ha dato rilievo all'accessorietà della fideiussione e al collegamento negoziale che si instaurerebbe tra essa e il contratto costitutivo dell'obbligazione principale garantita. Si è in tal modo formato un orientamento consolidato che, almeno nelle pronunce di legittimità, per lungo tempo è rimasto pressoché senza smentite, venendo contraddetto soltanto da sporadiche decisioni (è rimasta isolata Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 2005, n. 449, in *Foro It.*, 2005, I, 2741; nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. di Merito*, 2005, 317 e segg., con nota adesiva di Conti, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*).

A fronte di questo panorama giurisprudenziale pressoché uniforme, la dottrina ha espresso posizioni di segno prevalentemente critico. Si è rimarcato il formalismo proprio dell'impostazione pretoria (Vizzoni, *Verso una tutela consumeristica del fideiussore: spunti di riflessione*, in *Contratti*, 2015, 195 e segg.), che non considerava come anche il fideiussore possa collocarsi, a fronte dell'operatore bancario, in posizione di debolezza contrattuale e divenga gravato di una rilevante asimmetria informativa (*ibidem*). Sembravano in tal modo frustrate, in nome della coerenza concettuale, le stesse finalità di tutela della normativa consumeristica: al contrario, queste avrebbero dovuto imporre di dar rilievo al ruolo concreto assolto dal garante nella specifica operazione economica (così già Conti, *op. loc. cit.*; incisivamente A.A. Dolmetta, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di ABF Roma, 4109/2013*, in *www.dirittobancario.it*, 2014, ove si osserva che "appare cosa più [...] coerente con la funzione della normativa di tutela del consumatore, orientare il discorso intorno a una valutazione complessiva, a livello concreto, del ruolo specifico che il garante viene a ricoprire nell'affare considerato").

D'altra parte, poco convincente appariva la rilevanza attribuita al carattere accessorio della garanzia fideiussoria. Dell'accessorietà veniva accolta una concezione "totalizzante" (così Vizzoni, *op. loc. cit.*), che obliterava la distinzione causale pur sussistente tra contratto di garanzia e contratto principale, ribadita dalle Sezioni unite anche nel momento in cui riconoscevano l'esistenza tra essi di un collegamento negoziale (in proposito, Cass. civ., Sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, in *Gius. Civ. Mass.*, 2008, 155). È stato osservato, su di un piano più generale, che l'accessorietà incontra deroghe normative nella stessa disciplina codicistica della fideiussione (artt. 1939, 1948 c.c.); essa inoltre non è un principio immanente alle garan-

zie del credito, ma descrive, alla stregua di una formula verbale, "l'insieme delle regole presenti in un determinato ordinamento che collegano la garanzia al credito: si tratta di una formula utile per rendere percepibile l'opzione di fondo adottata dall'ordinamento considerato" (così Chianale, *Le garanzie reali*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2019, 77, citato in Minneci, *Sul tramonto della teoria del "professionista di rimbalzo"*, in *Banca Borsa*, 2020, 688 e segg.).

Più di tutto, è parso improprio desumere dall'accessorietà, attinente al piano oggettivo del rapporto di garanzia, il criterio per decidere dell'applicabilità di profili disciplinari relativi al versante soggettivo, concernente le diverse posizioni ed esigenze di tutela dei soggetti coinvolti (Minneci, *ibidem*, nonché Dolmetta, *op. loc. cit.*). Si evidenziava come l'approccio pretorio avrebbe potuto dar luogo a conseguenze irragionevoli, se non paradossali. In primo luogo, l'assenza di accessorietà avrebbe imposto una conclusione sempre e in ogni caso differente quando, in luogo di una fideiussione, fosse venuta in rilievo una fattispecie di garanzia autonoma (in questo senso soprattutto Monticelli, *Garanzia autonoma e applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2014, 131 e segg.; rileva M.C. Dolmetta, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca Borsa*, 2017, 289 che "neppure si riesce ad individuare una ragione che, nella prospettiva di tutela del consumatore, possa giustificare una diversità di trattamento a seconda della struttura della garanzia"). In secondo luogo, dal criticato automatismo, spinto fino alle conseguenze ultime, sarebbe dovuta discendere l'applicazione della tutela consumeristica alla stessa banca, ove questa avesse prestato fideiussione a garanzia di un soggetto qualificabile come consumatore (tale *argumentum ab absurdo* è sviluppato, peraltro, già da Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, cit. ed è ripreso dall'ordinanza che qui si annota).

È significativo notare che le obiezioni dottrinali, se per lungo tempo non sono riuscite a scalfire il consolidato orientamento di legittimità, hanno però trovato riscontro nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). Più volte tale organo ha statuito che il fideiussore può essere destinatario delle norme di protezione del consumatore quando il consenso alla fideiussione sia stato prestato per scopi e interessi neppure indirettamente riconducibili all'esercizio di un'attività professionale ma, ad esempio, per ragioni di *affectio familiare* (in questi termini Collegio ABF Roma, 7 aprile 2010, n. 205 e Collegio ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 323, entrambe in *www.arbitrobancariofinanziario.it*; tale posizione è stata accolta, in seguito, dal Collegio di coordinamento dell'ABF con la decisione 8 giugno 2016, n. 5368, *ibidem*; si veda, circa gli orientamenti in materia dell'Arbitro, la ricognizione di Rabitti, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'Arbitro Ban-*

cario Finanziario, in *Contratto e Impresa*, 2014, 201 e segg.).

Il *révirement* dell'ordinanza Tarcău. Il tratteggiato quadro giurisprudenziale ha subito un deciso cambiamento con la pronuncia dell'ordinanza della Corte giust. UE 19 novembre 2015, *Tarcău*, in causa C-74/15 (pubblicata, *ex multis*, in *Banca Borsa*, 2017, 276 e segg., con nota adesiva di M.C. Dolmetta, cit.; si veda altresì Vizzoni, *La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 1233 e segg.). Con tale decisione, resa in sede di rinvio pregiudiziale per l'interpretazione della direttiva 13/93/CEE sulle clausole abusive, la Corte di Giustizia supera il principio enunciato nella sentenza *Dietzinger*. La fattispecie, originata dal diritto interno rumeno, concerne una fideiussione prestata dai genitori dell'amministratore di una società in favore della banca che a quest'ultima aveva concesso un mutuo. Ancora una volta si controverte circa l'applicabilità, ai garanti convenuti dall'istituto di credito, della disciplina di tutela del consumatore. La Corte, consapevolmente discostandosi dal proprio precedente, sostiene che l'indagine volta a verificare la sussistenza di un contratto sottoposto alla disciplina consumeristica non deve aver riguardo all'oggetto del negozio: questo, anzi, è "irrilevante", laddove occorre guardare, piuttosto, alla qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'esercizio della loro attività professionale. Si osserva che "tale criterio corrisponde all'idea sulla quale si basa il sistema di tutela istituito da tale direttiva, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione" (par. 24); questa esigenza di protezione si fa anzi ancora più cogente nel caso dei contratti di fideiussione conclusi da una banca con un consumatore, in considerazione del rischio finanziario che il garante va ad assumere. Pur riconoscendo il carattere accessorio della garanzia fideiussoria, la decisione statuisce che la nozione di consumatore va apprezzata secondo un parametro funzionale, indagando se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. La conclusione è che "nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali [con] tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata" (par. 29). L'ordinanza *Tarcău* (seguita dalla di poco successiva ordinanza Corte giust. UE 14 settembre 2016, *Dumitras*, in causa C-534/15) si pone su di una linea di implicita consonanza con le considerazioni critiche avanzate dalla dottrina italiana. Viene ridimensionata

l'importanza ascritta all'accessorietà della fideiussione, mentre il giudice nazionale è invitato a concentrare lo scrutinio sui profili funzionali del rapporto, in coerenza con la *ratio* complessiva della disciplina di tutela del consumatore. Risulta così accantonata la sovrapposizione tra profilo oggettivo del contratto di garanzia e profilo soggettivo della qualità del contraente ai fini della tutela rafforzata (in proposito, *amplius*, Vizzoni, *op. loc. ult. cit.*).

Il *révirement* euro-unitario non ha trovato immediata eco nella giurisprudenza interna. Le prime decisioni successive sono ancora in netta prevalenza attestata sulla posizione tradizionale, senza confrontarsi col nuovo orientamento della Corte di Lussemburgo (Cass. civ., Sez. I, 9 agosto 2016, n. 16827 e Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846, entrambe consultabili in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; al riguardo M.C. Dolmetta, cit., parla di "deficit informativo della nostra Corte suprema"). Al contrario, il Collegio di coordinamento dell'ABF, con la decisione richiamata supra, ha subito recepito la posizione dell'ordinanza Tarcău, in base all'assunto per cui le norme di derivazione euro-unitaria, quale l'art. 33 cod. consumo, devono essere lette in conformità al diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Prospettive alla luce della nuova impostazione. È soltanto con la pronuncia in commento che la giurisprudenza di legittimità esprime una meditata presa di posizione in favore dell'accantonamento della teoria del "professionista di rimbalzo" (in precedenza si segnala in questa direzione soltanto Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225, anch'essa in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>). La motivazione fa proprie le cadenze argomentative seguite dalla Corte di Lussemburgo, rimarcando (al pari dell'ABF) l'obbligo di interpretazione conforme in relazione a norme di matrice euro-unitaria. Si dà preminenza alla funzione protettiva della normativa consumeristica ed è espressa l'esigenza di non attribuire all'accessorietà fideiussoria, principio relativo nello stesso diritto italiano vigente, portate e implicazioni ad essa estranee. Piuttosto, è necessaria una valutazione in concreto dello scopo della fideiussione stipulata dalla persona fisica, da qualificare come consumatore se ha agito per scopi non espressivi della propria eventuale attività professionale, né ad essa strettamente funzionali (par. 21).

La presa di posizione della Corte di legittimità consolida la tendenza giurisprudenziale a valorizzare il dato funzionale della categoria del consumatore, ricorrendo all'interpretazione teleologica per definirne i confini. Come rilevato dalla dottrina già in relazione all'isolato precedente del 2018 (cfr. Berti, *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2018, 1684 e segg.), si colloca in questo senso l'orientamento che, in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n.

3/2012, ammette a tale procedura anche la persona fisica sovraindebitata in ragione della fideiussione prestata a favore di un professionista (si vedano Cass. civ., Sez. I, 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Foro It.*, 2016, I, 1804 e, seppur con perplessità teoriche, Trib. Rovigo, 13 dicembre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*, che si richiama esplicitamente al principio dell'ordinanza *Tarcău*). È a tal fine necessario che sia escluso “[...] qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d’impresa o anche all’attività professionale” (così Cass. civ., Sez. I, 1° febbraio 2016, n. 1869, cit.).

Proprio questo requisito negativo, appena accennato nella pronuncia in esame ma al centro della decisione della Corte di Giustizia (e sottolineato, ma non approfondito, dalla decisione di legittimità del 2018, cit.), suscita negli interpreti i maggiori interrogativi.

Il problema è dato dall’individuazione dei criteri per ravvisare quella “cointeressenza” del fideiussore all’attività professionale del debitore principale che, nella prospettiva euro-unitaria, porta a negare la qualifica di consumatore.

Al riguardo è senz’altro condivisibile ritenere che non possa esser considerata consumatore la persona fisica che garantisce il debito della società di cui è essa stessa amministratore. In questo caso, infatti, il rilascio della garanzia è logicamente riconducibile all’attività professionale di gestione dell’impresa collettiva (Minneci, *op. cit.*, 695).

Maggiori criticità pone invece l’ipotesi in cui il fideiussore, pur privo di cariche sociali, sia titolare di una partecipazione all’interno della società garantita (fattispecie alla quale, riteniamo, potrebbe affiancarsi

quella del soggetto che beneficia degli utili in virtù di un rapporto di associazione in partecipazione). Sul punto l’ordinanza *Tarcău* si limita ad escludere che il garante possa detenere una partecipazione “non trascurabile” al capitale sociale: occorre dunque chiarire la portata di tale locuzione. Questo anche perché (cfr., sul punto, Minneci, *ibidem*) la titolarità di una partecipazione anche rilevante non equivale ad effettivo coinvolgimento nell’agire societario, in difetto del quale sembra difficile ascrivere la fideiussione all’attività professionale del garante. Sotto questo profilo può ritenersi apprezzabile l’impostazione adottata dal Collegio ABF di Milano (decisione n. 8298/2016). A venire in rilievo era la fideiussione prestata da uno dei tre soci della società debitrice; l’Arbitro ravvisa la qualifica di consumatore in capo al garante poiché questi, pur detenendo una quota societaria apprezzabile, non ha “[...] mai preso parte, neppure minimamente, alla operatività concreta dell’impresa societaria”. Acquista centralità, in tal modo, il profilo gestorio e decisionale, da scrutinare caso per caso così da distinguere tra il mero socio “investitore” e il socio “imprenditore”, che realmente condivide con la società finanziata l’attività imprenditoriale (*amplius*, al riguardo, M.C. Dolmetta, cit.). Un’indagine siffatta pare idonea ad evitare che, accantonato il criterio formalistico del vincolo di accessorietà, la qualificazione del fideiussore venga fatta dipendere da un dato altrettanto formalistico come la pura e semplice titolarità di quote societarie: il che porterebbe a pretermettere la ricerca di quel collegamento funzionale che rappresenta il confine dell’area della tutela.

Davide Melano Bosco

■ Affidamento condiviso – Diritto di visita

Tribunale Busto Arsizio, 3 aprile 2020 (decreto) – Est. Radici – *Omissis* (avv. Dal Maso).

Affidamento, affiliazione ed assistenza dei minori – Affidamento condiviso – Diritto di visita – Interesse del minore

I Servizi sociali non hanno il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l'emergenza Covid-19, ed una decisione giurisprudenziale in tal senso sarebbe parimenti contra legem, a maggior ragione in completa assenza di elementi di pregiudizio per i bambini a carico del papà.

Omissis. – Rilevato che l’istante si duole della sospensione degli incontri padre/figli, che dovrebbero essere sostituiti da videochiamate secondo quanto segnato dai S.S. (e ciò per problematiche relative alle misure sanitarie adottate in relazione alla nota pandemia);

che su tali basi ha chiesto il mutamento delle disposizioni in punto di affido dei minori ovvero in via subordinata che

i S.S. ripristinino gli incontri padre/figli e che venga ridotta la contribuzione paterna per i minori;

(*Omissis*). – Ravvisata l’urgenza in relazione alla questione della sospensione dei rapporti padre/figli; dispone che il Servizio Tutela Minori riferisca sulle ragioni giustificative della sospensione dei rapporti padre/figli, che non possono discendere da valutazioni di “opportunità”, ma solo da preclusioni normative; evidenzia al riguardo le considerazioni espresse dal ricorrente, che per comodità (vista la difficoltà a comunicare tempestivamente gli atti) vengono di seguito riportate:

– Non solo. Nella realtà dei fatti, il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non ha subito limitazioni ad opera di disposizioni vigenti dettate per fronteggiare l’emergenza Coronavirus, in quanto certamente rientrante nelle “situazioni di necessità” che legittimano lo spostamento sul territorio.

– Sul punto, l’art. 1, comma 2, lettera a) del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, prevede che siano consentiti addirittura gli spostamenti, se motivati NON SOLO “da situazioni di

necessità o urgenza”, ma anche “da altre specifiche ragioni” tra cui si annoverano le visite alla prole.

– Infatti il nuovo modello di autodichiarazione, emesso DOPO il DL 19/2020, a cui rimanda nel testo stesso espressamente prevede, in calce, tra le motivazioni indicate ad esempio tra quelle che consentono di spostarsi, gli “obblighi di affidamento di minori”.

– Tale esplicita previsione non solo è ancora presente nel FAQ governativo, ma dal 27 marzo 2020 è stata inserita anche tra i FAQ sul sito della Regione Lombardia a chiarire una volta per tutte che l’affidamento congiunto e con esso il diritto dei figli ad avere due genitori, non viene toccato dalle disposizioni di contenimento della diffusione del Coronavirus.

– Il Presidente del Consiglio Conte con d.P.C.M. dell’8 Marzo 2020 prevedeva la possibilità di spostarsi, anche da

Comuni differenti, per situazioni di necessità, in cui rientrano “gli spostamenti per raggiungere i figli”.

– Nello stesso senso si annovera l’apertura posta dal D.L. 19/2020, in G.U. dal 25.03.2020, in vigore dal 26.03.2020, che consente gli spostamenti anche per ragioni specifiche, tra cui senz’altro si annoverano gli “obblighi di affidamento dei minori” espressamente annoverati nell’ultimo modulo di autodichiarazione.

(*Omissis*). – I Servizi sociali, pertanto, non hanno il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l’emergenza Covid-19, ed una decisione giurisprudenziale in tal senso sarebbe parimenti *contra legem*, a maggior ragione, si ripete, in **COMPLETA ASSENZA DI ELEMENTI DI PREGIUDIZIO PER I BAMBINI a carico del papà**. – *Omissis*.

La pandemia e l’interesse del minore

Giusy Cosco*

Il variegato quadro di norme, la pluralità degli interventi normativi d’urgenza volti a gestire l’emergenza epidemiologica (oltre che l’assenza, almeno iniziale, nella normativa dedicata di disposizioni specifiche sul tema) hanno inciso sensibilmente sull’esercizio della responsabilità genitoriale ed, in particolare, sul diritto di visita del genitore non collocatario, inducendo la giurisprudenza di merito ad offrire soluzioni non omogenee nei casi di conflitto familiare, nel tentativo di contemperare il diritto alla salute con quello alla bigenitorialità.

La pandemia

Le restrizioni imposte (per l’emergenza sanitaria e per contenere la diffusione del coronavirus) dal Governo¹ alla possibilità di effettuare spostamenti hanno alterato anche i rapporti tra genitori e figli.

In particolare, il variegato quadro di norme, la pluralità degli interventi normativi d’urgenza volti a gestire l’emergenza epidemiologica² (oltre che l’assenza, almeno iniziale, nella normativa dedicata di disposizioni specifiche sul tema) hanno inciso sensibilmente sull’esercizio della responsabilità genitoriale ed, in particolare, sul diritto di visita del genitore non collocatario, inducendo la giurisprudenza di merito ad offrire soluzioni non omogenee nei casi di conflitto familiare, nel tentativo di contemperare il diritto alla salute con quello alla bigenitorialità³.

Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (convertito con L. 24

aprile 2020, n. 27), in particolare, ha previsto la necessità di evitare gli spostamenti delle persone fisiche ad eccezione di quelli motivati da comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità e questioni di salute. Il carattere generale delle disposizioni citate e l’assenza di una espressa previsione ha fin da subito sollevato il dubbio se rientrassero fra le deroghe anche gli spostamenti finalizzati all’esercizio del diritto di visita da parte del genitore non collocatario⁴.

Il Tribunale di Busto Arsizio (con il decreto che qui si commenta) – nell’affrontare la problematica, legata all’emergenza sanitaria derivante dal virus Covid-19, e nel tentativo di risolvere la delicata questione del bilanciamento tra diritti fondamentali, quali sono nello specifico quello alla frequentazione tra genitori e figli ed il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*, non solo del minore – avalla la tesi secondo cui il “diritto di visita”

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Gli interventi normativi sono iniziati con la dichiarazione dello stato di emergenza e l’attribuzione al Capo del Dipartimento della protezione civile di un potere di ordinanza in deroga alle disposizioni vigenti. Cfr. la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e la raccolta completa della normativa in materia sul sito della protezione civile (www.protezionecivile.gov.it).

² V. in tal senso Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta per emergenza epidemiologica di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020.

³ Nocera, *La Fase 2 dell’emergenza Covid-19: cosa cambia per l’esercizio del diritto di visita dei minori*, in *il Quotidiano Giuridico* del 25 maggio 2020.

⁴ Il quadro normativo non è cambiato, nella sostanza, neanche con il D.P.C.M. 22 marzo del 2020 che, pur ribadendo il divieto contenuto nella precedente normativa (D.P.C.M. 9 marzo 2020),

a differenza di quest’ultima, ha escluso la possibilità di rientrare presso il proprio domicilio. Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, ha previsto come eccezioni ulteriori le “altre specifiche ragioni”. Il primo riferimento esplicito ai rapporti tra genitori e figli si trova nelle FAQ pubblicate sul sito del Governo nelle quali, in sede di interpretazione del D.P.C.M. 22 marzo 2020, sono stati consentiti gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l’altro genitore o l’altro affidatario o per condurli presso di sé, anche da un comune ad un altro; il tutto sarebbe dovuto avvenire “secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori”. Si tratta di un rinvio esplicito alle disposizioni del giudice della separazione o del divorzio oppure, in assenza, agli accordi tra i genitori (v. Nocera, *op. cit.*). Il D.P.C.M. del 26 aprile 2020 ha consentito, a far data dal 4 maggio 2020, gli spostamenti per incontrare i congiunti.

dei figli di genitori separati e divorziati non sarebbe stato limitato dalle disposizioni di contenimento della diffusione del Coronavirus poiché certamente rientrante (secondo una interpretazione ampia delle disposizioni normative) in quelle “situazioni di necessità” che consentivano eccezionalmente gli spostamenti durante la fase più complessa dell’epidemia⁵.

I giudici di merito danno credito alla considerazione del ricorrente secondo cui i servizi sociali non avrebbero il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l’emergenza Covid-19, ed una pronuncia giurisprudenziale in questo senso sarebbe certamente *contra legem*.

Le ragioni giustificative della sospensione dei rapporti genitori/figli non dovrebbero, dunque, discendere da valutazioni di “opportunità”, ma solamente da preclusioni normative, come previsto dall’art. 8, par. 2, della C.E.D.U., che autorizza le ingerenze della pubblica autorità nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare quando le stesse limitazioni si rendono necessarie per la tutela della salute pubblica; secondo il principio di legalità le misure sono legittime se esiste una previsione di legge (come disposto dalla stessa norma e consolidato dalla giurisprudenza della Corte europea)⁶.

I diversi orientamenti giurisprudenziali

La gestione di una famiglia disgregata (normalmente assai complessa) appare ancora più difficile nell’attuale momento storico⁷ ed ai giudici viene chiesto il bilanciamento delle misure restrittive della libertà di circolazione con i diritti individuali e, nello specifico, del diritto alla bigenitorialità con quello alla salute del minore (e non solo del minore)⁸.

Nonostante la bigenitorialità rientri tra i diritti fondamentali dei bambini, nella situazione attuale di pandemia il suo esercizio rischia di compromettere (all’interno delle famiglie divise) la salute degli stessi titolari, comportando il trasferimento dei figli (e dei genitori) da un’abitazione all’altra.

Per stabilire quale diritto sia da considerare prememente non si può prescindere dal singolo caso concre-

to. Questa è una delle ragioni della difformità degli orientamenti giurisprudenziali e delle divergenti valutazioni degli interessi prevalenti tra quelli da bilanciare; l’altra è data dalle incertezze derivanti dalle normative che si sono susseguite nel tempo, allo scopo di contenere il contagio, e dei provvedimenti governativi con contenuti vari e contrastanti⁹.

All’orientamento secondo cui andava comunque privilegiata la normalità delle relazioni familiari e garantita la bigenitorialità¹⁰ si è contrapposto quello favorevole a sospendere il diritto di visita dei genitori, ritenendo prevalente sull’interesse del figlio a vedere e ad incontrare fisicamente il padre o la madre quello alla tutela della salute del minore che, nello spostamento da un genitore all’altro, verrebbe esposto a più occasioni di contagio¹¹.

Se il primo indirizzo ritiene che tra i “comprovati motivi di assoluta urgenza” rientri il diritto di visita dei genitori separati, per il secondo orientamento, in una situazione in cui l’esercizio del diritto di visita sarebbe potenzialmente pericoloso per la salute del minore, le videochiamate diventano lo strumento alternativo di tutela della bigenitorialità. Le opinioni contrastanti sono, dunque, la dimostrazione di come non sia possibile individuare una soluzione astrattamente valida per tutte le situazioni, ma la valutazione deve riguardare le circostanze dei singoli casi concreti sulla base, da un lato, della considerazione dei rischi per la salute dei soggetti coinvolti nella vicenda e, dall’altro, degli strumenti per una tutela effettiva dell’equilibrio psico-fisico del minore¹².

Il diritto alla bigenitorialità e l’interesse del minore

La questione in esame coinvolge, senza alcun dubbio, il diritto dei figli alla bigenitorialità, garantito – soprattutto dopo la riforma del 2012¹³ sullo status unico di figlio – dall’esercizio comune della responsabilità genitoriale (volto ad assicurare ai minori una crescita serena ed una educazione adeguata) e attraverso l’affido condiviso che assicura loro rapporti equilibrati e significativi con entrambi i genitori (v. art. 337-ter c.c.). La realizzazione del principio della

⁵ Così il citato art. 1, 2° comma, lett. a), D.L. 25 marzo 2020, n. 19. Cfr. Scalera, *Coronavirus: al padre possono bastare le videochiamate?*, in *Il Quotidiano* del 10 aprile 2020.

⁶ V. Cesaro, *Covid-19 e diritti fondamentali nell’ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni ordinarie e straordinarie*, in *Il Familiarista* del 12 maggio 2020.

⁷ Cfr. Costantino, *Diritto alla bigenitorialità ed interesse del minore* (nota a Trib. Trento, 8 maggio 2020), in *Il Familiarista*, 29 luglio 2020.

⁸ Ancora Cesaro, *op. cit.*

⁹ V. Scalera, *op. cit.* Cfr. altresì, per un quadro generale dei diversi orientamenti giurisprudenziali, Penta, *Il diritto di visita dei figli minori all’epoca dell’emergenza sanitaria*, in *www.unicost.eu*, 13 maggio 2020.

¹⁰ Cfr. Simeone, *Affidamento ai tempi del Coronavirus: il diritto di visita non si sospende*, in *Il Familiarista*, 11 marzo 2020. Così si sono pronunciati (oltre al Trib. Busto Arsizio): Trib. Milano, decr. 11 marzo 2020 (commentato da Piazzoni, *Il problema del diritto di*

visita e di frequentazione all’epoca del Covid-19, in *www.rivistafamiglia.it*, 23 marzo 2020); Trib. Palermo, ord. 27 marzo 2020; Trib. Roma, 7 aprile 2020; Trib. Lecce, ord. 9 aprile 2020.

¹¹ L’orientamento è stato inaugurato da Trib. Bologna, 23 marzo 2020 e confermato da: Trib. Bari, ord. 26 marzo 2020 (in *www.osservatoriofamiglia.it*, con nota di Gattoni, *Diritto di visita/frequentazione genitori/figli in tempo di coronavirus: una diversa visione del problema*, 30 marzo 2020 ed in *Famiglia – Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa* con nota di PAGLIARA, *Diritto di visita del genitore non collocatario, onere della prova e Covid-19*); Trib. Vasto, decreto 2 aprile 2020. Così anche Trib. di Brescia, 11 marzo 2020 (in *www.judicium.it*, con nota di Giorgetti, *I provvedimenti urgenti in tema di figli ai tempi del Covid-19: il rischio di una babele, pur con le migliori intenzioni*) e Trib. min. Firenze, 12 marzo 2020.

¹² Cesaro, *op. cit.*

¹³ Palazzo, *La filiazione*, *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2013, 532.

bigenitorialità – “da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio che sia idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell’assistenza, educazione ed istruzione del secondo”¹⁴ – richiede, quindi, una frequentazione continua del figlio con i genitori, ma non necessariamente una divisione perfettamente paritaria dei tempi di permanenza con ciascuno di essi¹⁵, dato che l’esigenza di stabilità del bambino può presupporre il suo soggiorno per un periodo più lungo presso uno dei genitori ed una frequentazione dell’altro che garantisca a quest’ultimo l’esercizio del proprio ruolo educativo¹⁶.

Anche in situazioni di emergenza (come quella provocata dall’attuale pandemia) qualsiasi soluzione adottata, tanto in via consensuale quanto in via giudiziale, deve essere rivolta a realizzare il superiore interesse del minore e garantirne il minor sacrificio.

Tutta la disciplina del diritto di famiglia è in funzione dell’interesse del bambino¹⁷ e la lettura che la giurisprudenza di legittimità ne ha dato (cioè come diritto ad una crescita sana ed equilibrata) giustifica anche l’adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori,

“nell’apprezzato loro carattere recessivo rispetto all’interesse preminente del minore stesso”¹⁸.

Le considerazioni che precedono ripropongono la questione dell’ambiguità della nozione stessa di interesse del minore¹⁹, quale principio generale, per la sua formulazione in termini di estrema generalità²⁰, oltre che per la corrispondenza con il valore apicale che viene individuato “nell’esigenza di una pozione tutela dei diritti inviolabili dei soggetti minori in vista dello sviluppo della personalità”²¹ (positivizzato non solo nel diritto di matrice sovranazionale²², ma anche nel nostro ordinamento giuridico²³), o quale clausola generale, “organo respiratorio dell’ordinamento giuridico”²⁴ utilizzata, come le altre, “al fine di perseguire il valore della giustizia nel caso concreto” per ampliare “di molto il margine di apprezzamento discrezionale attribuito al giudice”²⁵. Indipendentemente dal suo inquadramento giuridico, è certo che la proclamazione dell’interesse del minore come “superiore” o “preminente” ha accentuato quella tendenza puerocentrica, finalizzata a promuovere il benessere del bambino anche e soprattutto attraverso la valorizzazione delle relazioni familiari²⁶.

La disciplina della separazione e del divorzio, in particolare, pone in primo piano la necessità di intervenire per mantenere le relazioni tra i componenti

¹⁴ Cass. civ., 5 dicembre 2019, n. 6471 (ordinanza), in *Guida Dir.*, 28 marzo 2020, n. 15, 35.

¹⁵ Cfr. a tal proposito Nocera, *op. cit.*

¹⁶ Ancora Nocera, *op. cit.*

¹⁷ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giust. Civ.*, 2018, 4, 1031 e segg., definisce l’interesse del minore “il faro che illumina ogni questione che riguarda il minore”. Cfr. altresì Amagliani, *L’unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, in part. 570 ss.; Id., *Sport e minore età: l’illecito sportivo tra principi generali e regole di settore*, in *Giust. Civ.com.*, 19 settembre 2019.

¹⁸ Cass. civ. n. 6471/2020 (ordinanza), *cit.*, richiama Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12954 e Cass. civ., 4 novembre 2013, n. 24683.

¹⁹ Si vedano, tra gli altri, i contributi di: Gorassini, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull’art. 318 c.c.*, Napoli, 1994, *passim*; Dosi, *Dall’interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. Fam.*, 1995, 1604 e segg.; Ronfani, *L’interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. Dir.*, 1997, 1, 47 ss.; Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.*, 1998, 167 e segg.; La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, *passim*; Bocchini F., *L’interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazione*, in *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2014, 229 e segg.; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, 86 e segg.; Id., *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, 148 e segg.; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 405 e segg.; Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 552 e segg.; Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in *L – Jus*, 2019, fasc. 2.

²⁰ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1033, evidenzia il rischio che l’estrema generalità sconfini in sostanziale indeterminazione. Cfr. in tal senso anche Lenti, *Note critiche in*

tema di interesse del minore, *cit.* 105.

²¹ Ancora Amagliani, *op. ult. loc. cit.*

²² La preminenza dell’interesse del minore è sancita nell’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 (e ratificata in Italia con la L. 27 maggio 1991, n. 176) e nella Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (ratificata in Italia con la L. 20 marzo 2003, n. 77). L’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000) ripropone quasi letteralmente l’art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 20 novembre 1989).

²³ L’art. 6, 3° comma, L. n. 898/1970 (nella formulazione originaria) sancisce che l’affidamento ed i provvedimenti riguardanti i figli devono avere come unico riferimento l’interesse morale e materiale degli stessi. V. a tal proposito le osservazioni di Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, *cit.*, 1032 e Id., *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 754.

²⁴ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1032 riprende l’espressione di Polacco, *Le cabale del mondo legale*, in *Opere minori*, Parte I, *Problemi di legislazione*, Modena, 1928, 48.

²⁵ Evidenzia Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, 87, che le clausole generali “sono postulate come modalità più efficaci a tal fine, anche se possono deriverne gravi problemi quanto all’esigenza di certezza del diritto”.

Carbonnier, in *D., Recc.*, 1960, 673 (commento a Cour d’Appel Paris, 10 aprile 1959), ritiene che l’espressione “interesse del minore” abbia aumentato la discrezionalità del giudice fino all’arbitrio. Cfr. altresì Dogliotti, *Che cosa è l’interesse del minore?*, in *Dir. Fam.*, 1992, 1093.

Diverse sono le tesi avanzate sull’interesse del minore. A tal proposito si veda Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1032e segg.

²⁶ Chiarella, *Paradigmi della minore età*, Soveria Mannelli, 2008, 34.

della famiglia, di provvedere ai bisogni dei figli e di tutelarne l'interesse. Mentre nei rapporti tra i coniugi l'intervento del giudice si verifica in casi eccezionali, gli strumenti e le modalità dello stesso intervento nei rapporti familiari, a tutela dell'interesse del minore, sono vari ed articolati²⁷ e diretti ad evitare situazioni pregiudizievoli per il bambino²⁸.

Il parametro di riferimento è sempre quello dell'interesse del minore e nella questione in esame l'oggetto della tutela è un aspetto specifico, cioè il diritto del figlio di intrattenere con i propri genitori una relazione affettiva reciproca; si tratta di un "diritto relazionale", spettante a figli e genitori, con la conseguenza che è spesso difficile distinguere l'interesse dell'uno da quello degli altri alla continuità del rapporto affettivo²⁹. Ciascun minore ha il diritto primario a che ogni adulto (che abbia qualche genere di responsabilità nei suoi confronti) agisca nel suo specifico e individuale interesse, cioè si adoperi per porre in essere quelle condizioni necessarie a garantirgli la salute fisica e mentale, la sicurezza materiale, relazioni interpersonali stabili e non superficiali, un'assistenza adeguata a sviluppare le sue capacità, un ragionevole grado di libertà e di autodeterminazione che variano con l'età. Tale diritto di carattere primario dovrebbe avere la prevalenza in tutte le ipotesi in cui la necessaria valutazione del caso concreto facesse emergere un conflitto con gli altri diritti fondamentali del minore³⁰.

Il suo interesse si contrappone frequentemente a quello dei genitori o di altri familiari più stretti; certamente per garantirne i diritti il minore non deve essere considerato come soggetto isolato, ma come inserito nella fitta rete di relazioni interne alla sua famiglia e più ampie (come quelle che ha nell'ambiente scolastico, con i vicini ed altre ancora), nelle quali resta sempre il soggetto a cui dedicare maggiore attenzione e tutela. L'interesse del minore deve, dunque, essere valutato nel contesto delle sue relazioni, in considerazione dei legami affettivi che ne derivano e dell'importanza che hanno per la sua vita e per una sua stabilità psico-esistenziale, oltre che delle conseguenze che potrebbero derivare dalla loro eventuale soppressione³¹.

Nella ricerca del punto di equilibrio è indubbio che l'interesse in esame dovrebbe essere oggetto di un'attenzione speciale rispetto ad interessi diversi, ma (lo

ribadiamo) "non se ne sta solitario come unica ragione del decidere, sottratto a ogni comparazione"³².

Si tratta di una nozione quadro, che ricopre una funzione centrale nel sistema poiché dà un'indicazione di principio di carattere valoriale secondo cui qualsiasi decisione o azione che lo riguardi deve essere orientata a perseguire principalmente il suo benessere. Si configura come una sorta di "contenitore vuoto" che non offre criteri decisionali concreti ed articolati, ma deve essere riempito di contenuti dall'esterno. Non è possibile, dunque, individuarlo a priori, ma occorre effettuarne una determinazione a posteriori, caso per caso³³: la sua caratteristica fondamentale è l'indeterminatezza³⁴.

Le decisioni assunte nell'interesse del minore sono spesso un riflesso delle idee dominanti in una società ed in un tempo determinati. A volte sono fondate sulle considerazioni di chi le prende, sui suoi riferimenti culturali e morali, sulle sue scelte di valore. Altre volte sono basate su una pretesa oggettività scientifica delle indicazioni psicologiche su quel determinato minore e sui suoi familiari, provenienti dalle relazioni redatte da uno psicologo (operatore del servizio sociale, consulente tecnico d'ufficio, giudice onorario).

Negli ultimi tre decenni il contenuto dell'interesse del minore è cambiato nel senso che le indicazioni generali ed astratte sono state spesso sostituite da indicazioni date caso per caso, frutto di indagini psicologiche individuali, fatte sui bambini e sui loro genitori³⁵. Nei casi in cui occorre prendere decisioni finalizzate all'interesse del bambino si guarda in primo luogo alla sua specifica condizione psicologica individuale ed a quella delle altre persone coinvolte. Nel passato, al contrario, ciò che era un bene per la formazione dell'essere umano minore veniva determinato secondo parametri di carattere oggettivo sociali e psicologici, che prescindevano dagli elementi del caso concreto³⁶.

Conclusioni

L'esigenza di bilanciare gli interessi e di tutelare quello del minore avrebbe dovuto indurre il Tribunale di Busto Arsizio a privilegiare la salute di quest'ultimo e quella pubblica, sacrificando senz'altro il diritto alla bigenitorialità ed il diritto/dovere di visita dei genitori separati³⁷.

²⁷ Palazzo, *op. cit.*, 535.

²⁸ Palazzo, *op. cit.*, 536.

²⁹ Cfr. Lenti, *op. cit.*, 94.

³⁰ Lenti, *op. cit.*, 97 e seg.

³¹ Ancora Lenti, *op. cit.*, 103 e seg.

³² Lenti, *op. cit.*, 104 e seg.

³³ Cfr. Amagliani, *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, cit., 755.

³⁴ Lenti, *op. cit.*, 105, parla di "una cortina di fumo che si presta ad operazioni mistificatorie volte a mascherare tutt'altro: altri principi, altri valori, altre scelte di politica del diritto. Ma può anche funzionare da passpartout che consente di donare d'incanto

una base oggettiva a qualsiasi decisione che lo evochi, magari neppure motivata in modo chiaro e adeguato" (106).

³⁵ Lenti, *op. cit.*, 108 e seg.

³⁶ Secondo Lenti (*op. cit.*, 109) decidere sulla base di una valutazione psicologica individuale delle persone coinvolte ha come conseguenza la riduzione della prevedibilità delle decisioni ed attribuisce "alla psicologia un alto grado di oggettività che presuppone una piena fiducia nella sua scientificità"; questo comporta una oggettività discutibile.

³⁷ In tal senso si è orientato il Tribunale di Vasto con decreto del 2 aprile 2020.

Premesso che anche in una situazione emergenziale non possono essere solo la legge, le ordinanze del Presidente della Regione o i provvedimenti dell’Autorità Giudiziaria a proteggere la salute dei bambini ma, nell’esercizio della responsabilità attribuita ai genitori, sono questi ultimi a dover individuare le misure adeguate “in un contegno che non può che essere ispirato da reciproca e qualificata collaborazione e da fiducia nell’altro, in assenza di effettivi e concreti elementi indicatori di atteggiamenti inadeguati”³⁸, in caso di permanente contrasto fra i genitori occorrerà una specifica valutazione della fattispecie concreta che dia conto in maniera rigorosa della sussistenza di un pericolo di pregiudizio e, dunque, del concreto interesse del minore. Si tratta del filo conduttore che deve orientare le decisioni del padre, della madre, delle autorità amministrative e giudiziarie tanto a livello internazionale quanto nel diritto interno³⁹. Gli spazi lasciati ai giudici dall’indeterminatezza ed elasticità del criterio sono estremamente ampi⁴⁰ ed il legislatore attribuisce al giudice “il potere di definire il precetto normativo in relazione alle circostanze del caso concreto”⁴¹, il che gli consente di valutare l’interesse del bambino non in termini generali ed astratti, ma anche tenendo conto del particolare contesto sociale ed economico, delle concezioni etiche, religiose e culturali “in cui si colloca la sua esperienza di vita”.

Dunque la situazione di emergenza non deve distogliere l’attenzione dal *best interest* del minore, che può subire limitazioni parziali proprio allo scopo di garan-

tire la tutela di altri diritti contemplati dalla Costituzione. Non è invero possibile determinare in astratto una casistica di bilanciamento degli stessi, ma occorre valutare le circostanze di ogni singolo caso⁴². La posizione del figlio non sempre mantiene quel ruolo preminente ed esclusivo⁴³ che proprio la legge sullo stato unico ha voluto riservargli⁴⁴ e nelle situazioni di emergenza è opportuno evitare soluzioni astratte ed assolute ed individuare quella migliore per contemperare in concreto le contrapposte esigenze⁴⁵ ed, eventualmente, effettuare un bilanciamento tra diritti fondamentali, non predeterminabile in astratto⁴⁶.

La normativa creata ad hoc per fronteggiare l’emergenza comporta limitazioni alle libertà fondamentali ed il suo carattere emergenziale complica ulteriormente l’operazione di bilanciamento; nella stessa situazione il diritto – dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi andava sacrificato per le ragioni sanitarie che impongono limitazioni alla circolazione delle persone ed il diritto di visita andava esercitato secondo le modalità a distanza.

Indipendentemente dalla circostanza che il figlio al momento del blocco totale si trovasse presso il genitore collocatario o “prevalente” o presso l’altro, il buon senso avrebbe dovuto far propendere – nell’ottica della protezione del superiore interesse del minore – per la tutela della sua salute e dunque per la permanenza dello stesso presso il genitore con cui si trovava al momento del blocco totale.

³⁸ Così il Tribunale di Torre Annunziata del 6 aprile 2020.

Federico M.T., *Covid-19: il diritto di visita al nord, al sud e il “buon senso genitoriale”*, in *Famiglia*, 21 aprile 2020, individua il criterio del “buon senso genitoriale”, sulla base del quale sarebbero i genitori a dover adottare tutte le prescrizioni e cautele sanitarie in relazione al superiore interesse del minore.

³⁹ Cfr. art. 12 della Convenzione di New York. La stessa Convenzione di New York pone la regola secondo cui “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente” (art. 3, L. 27 maggio 1991, n. 176, che ha ratificato ed eseguito la Convenzione sui diritti del fanciullo).

⁴⁰ Cfr. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia, Filiazione e adozione*, III, Bologna, 2007, 10.

⁴¹ Ferrando, *op. cit.*, 11.

⁴² Cfr. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013 e Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014.

⁴³ Amagliani, *L’unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., 570.

⁴⁴ In tal senso Amagliani, *L’unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., 574.

⁴⁵ V. Civinini, Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *questionedigiustizia.it*.

⁴⁶ Chiariscono Civinini, Scarselli, *op. cit.*, che l’idea secondo cui “il diritto alla salute è il primo, assoluto, diritto della persona, e che ogni altro diritto, comprese la libertà personale e l’economia, devono semplicemente cedere il passo, senza alcun contemperamento tra un diritto e l’altro... [...] è probabilmente condivisibile di fronte alla pandemia che stiamo ancora vivendo [ma] una idea del genere non emerge dalla Costituzione, e non è mai stata sostenuta da alcun costituzionalista ad oggi”.

Diritto Processuale Civile

a cura di Sergio Chiarloni

con Chiara Besso, Mauro Bove, Antonio Carratta,
Elena D'Alessandro e Achille Saletti

Protezione internazionale

Cassazione civile, Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 21584 – Pres. Campanile – Rel. Fidanzia – M. J. (avv. Almien- to) – Ministero dell'Interno. *Rigetta Trib. Lecce 27 luglio 2018.*

Sicurezza pubblica – Stranieri (in particolare: extra- comunitari) – Protezione internazionale – Obbligo di audizione

In materia di obbligo di audizione del richiedente nel- l'ambito dei giudizi di protezione internazionale, il giu- dice, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinnanzi alla Commissione territoriale, ha l'ob- bligo di fissare l'udienza di comparizione ma non anche quello di disporre l'audizione del ricorrente, a meno che: a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a soste- gno della domanda; b) il giudice ritenga necessaria l'ac- quisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del ri- chiedente; c) quest'ultimo nel ricorso non ne faccia istanza, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire i predetti chiarimenti, e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inam- missibile. (Massima non ufficiale)

Omissis. – 1. Con il primo motivo è stata dedotta la violazione del D.Lgs. n. 251/ 2007, art. 3 e D.Lgs. n. 25/ 2008, art. 8 per omesso esame del ricorrente.

Lamenta il sig. M.J. che il Tribunale di Lecce si è sot- tratto totalmente al dovere di cooperazione, tenuto conto anche della vicenda a sfondo politico dallo stesso riferita. In particolare, in considerazione del fatto che la videoregistra- zione del colloquio non era avvenuta, il giudice di merito avrebbe potuto, nell'udienza fissata ai sensi del D.Lgs. n. 25/2008, art. 35-*bis* ascoltare nuovamente il ricorrente so- prattutto per dipanare le presunte lacune del suo racconto. (*Omissis*).

2. Il motivo presenta profili di infondatezza ed inammissibilità.

Va osservato che questa Corte ha già statuito che nel giudizio d'impugnazione, innanzi all'autorità giudiziaria, della decisione della Commissione territoriale, anche ove manchi la videoregistrazione del colloquio, all'obbligo del giudice di fissare l'udienza, non consegue automaticamente quello di procedere all'audizione del richiedente, purché sia garantita a costui la facoltà di rendere le proprie dichia- razioni, o davanti alla Commissione territoriale o, se neces- sario, innanzi al Tribunale. Ne deriva che il Giudice può

respingere una domanda di protezione internazionale se risulti manifestamente infondata sulla sola base degli ele- menti di prova desumibili dal fascicolo e di quelli emersi attraverso l'audizione o la videoregistrazione svoltesi nella fase amministrativa, senza che sia necessario rinnovare l'au- dizione dello straniero (Cass. n. 5973/2019).

Tale interpretazione è conforme agli artt. 12,14, 31 e 46 della direttiva 2013/32/UE, secondo l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia UE.

Tale Corte, infatti, nella sentenza 26 luglio 2017, C-348/ 16, Moussa Sacko, ha statuito che “La direttiva 2013/32/ UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, e in particolare i suoi artt. 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Euro- pea, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisio- ne di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente qualora le circo- stanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione, a condizione che, da una parte, in occa- sione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente al- l'art. 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'art. 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dal- l'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'art. 46, paragrafo 3, di tale direttiva”.

(*Omissis*).

2.4. Giova, a questo punto, evidenziare che le riflessioni scaturenti dall'esame della normativa e dalla giurisprudenza comunitaria possono rivelarsi inappaganti alla luce dell'ob- bligo di procedere alla videoregistrazione del colloquio e della sua conseguente acquisizione agli atti della fase giudi- ziarica successiva a quella svoltasi davanti alla commissione, previsto dal richiamato D.Lgs. n. 25/2008, art. 35-*bis*.

Tale *quid pluris* del nostro ordinamento induce ad inda- gare in maniera approfondita sul rapporto fra il colloquio e la sua videoregistrazione: quest'ultima costituisce, all'evi- denza, un indispensabile strumento per consentire al giu- dice di procedere a un esame completo degli aspetti narrati dal richiedente la protezione internazionale (si sono espres- se in termini di videoregistrazione quale elemento centrale

del procedimento, per consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli non verbali, Cass. 17717/2018 e 2817/2019, richiamate da Cass. n. 27073/2019).

Peraltro, anche la presenza di una videoregistrazione non toglie che l'audizione dell'interessato rappresenti comunque un momento centrale per valutare la credibilità e la coerenza del racconto del richiedente, come può desumersi, invero, anche dal D.Lgs. n. 25/2008, art. 35-*bis*, comma 10, lett. a) (che pur rimette la doverosità dell'audizione alla valutazione del giudice) secondo cui: "È fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice: a) visionata la registrazione di cui al comma 8, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato..."

Tuttavia, ove il giudice non ritenga doverosa l'audizione del richiedente e manchi la videoregistrazione del colloquio del richiedente innanzi alla Commissione, ad avviso di questo Collegio, se, da un lato – come è stato più volte sopra ribadito – la necessità di dar corso a tale audizione non costituisce una conseguenza automatica della fissazione dell'udienza di comparizione, in ogni caso, lo stesso giudice non può sottrarsi comunque a tale incombenza (oltre che nell'ipotesi già evidenziata di nuove allegazioni), in primo luogo, quando ritenga indispensabile richiedere chiarimenti alle parti.

In una tale eventualità, anche se l'art. 35-*bis*, comma 10, lett. b) si limita a prevedere come doverosa la sola fissazione dell'udienza di comparizione, un'interpretazione della norma predetta, che contempra anche la necessità dell'audizione del richiedente, si impone, per garantire al richiedente il diritto ad una tutela effettiva a norma dell'art. 46 par. 1 della direttiva 2013/32, quantomeno nei casi in cui il giudice ritenga indispensabile richiedere chiarimenti alle parti in ordine ad eventuali incongruenze e/o contraddizioni riguardanti il racconto reso dal richiedente innanzi alla Commissione Territoriale.

In tali casi, ove il giudice si limitasse a richiedere ed ottenere i chiarimenti soltanto mediante allegazioni di natura cartolare, a prescindere dal rilievo che senza l'audizione dell'interessato verrebbe meno uno strumento essenziale per valutare la coerenza e credibilità del racconto, in ogni caso, si impedirebbe l'acquisizione di materiale probatorio utile per la decisione, soprattutto se favorevole al richiedente, tenuto conto che, a norma dell'art. 3, comma 5, in virtù del c.d. principio dell'onere della prova attenuato, anche le stesse dichiarazioni del richiedente possono essere poste a fondamento del diritto vantato dal ricorrente con la domanda di protezione internazionale se..." a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile..."

2.5. Ritiene, inoltre, questo Collegio, che, in mancanza della videoregistrazione del colloquio innanzi alla Commissione Territoriale, sia doverosa comunque una nuova audizione del richiedente in sede giurisdizionale non solo quando il giudice ritenga indispensabile richiedere chiarimenti

in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente (verosimilmente evidenziate nel decreto di rigetto della Commissione Territoriale e poste a fondamento del giudizio di inattendibilità del racconto), ma anche quando quest'ultimo ne faccia apposita istanza nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire i predetti chiarimenti.

2.5.1. Una tale interpretazione si impone in quanto se, da un lato, si ammette, ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* della pretesa del richiedente, che il giudice sia tenuto all'audizione del richiedente che abbia svolto nuove allegazioni, ove sufficientemente circostanziate e rilevanti, dall'altro, non vi è motivo per cui il giudice debba sottrarsi al dovere di approfondimento istruttorio – soprattutto in assenza della videoregistrazione del colloquio – in relazione ai chiarimenti sollecitati dallo stesso ricorrente in ordine alle eventuali contraddizioni e/o incongruenze rilevate nel suo racconto dalla Commissione Territoriale, purché la sua istanza sia, analogamente, circostanziata e specifica.

2.5.2. Ritiene, infatti, questo Collegio che, non avendo il giudizio D.Lgs. n. 25/2008, *ex art. 35-bis*, natura di impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della Commissione territoriale, il richiedente, nel determinare il *thema decidendum* in sede giurisdizionale, così come può allegare nuovi elementi di fatto a fondamento della sua pretesa (vedi Cass. n. 27073/2019, che ha richiamato Cass. S.U. n. 19393/2009 e Cass. n. 7385/2017), altrettanto, può precisare gli elementi già dedotti in sede amministrativa – con un'eventuale diversa chiave di lettura – offrendosi di fornire quei chiarimenti resisi necessari in relazione alle valutazioni svolte dalla Commissione territoriale nel decreto di rigetto.

2.5.3. L'obbligo del giudice di provvedere all'audizione del richiedente che abbia formulato nel ricorso un'istanza circostanziata, nei termini sopra illustrati, trova – come in caso di nuove allegazioni – parimenti una giustificazione in base al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 46, par. 1 direttiva 2013/32, alla luce del quale va letto anche l'art. 16 (contenuto del colloquio personale) della direttiva procedure (2013/32/UE), secondo cui " Nel condurre il colloquio personale sul merito di una domanda di protezione internazionale, l'autorità accertante assicura che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2011/95/UE nel modo più completo possibile. In particolare, il richiedente deve avere l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni".

(*Omissis*).

2.5.6. È, in ogni caso, escluso che il giudice debba disporre una nuova audizione del richiedente (salvo che lo stesso giudice non lo ritenga necessario) in difetto di un'istanza di quest'ultimo contenuta nel ricorso, o comunque allorquando tale eventuale richiesta sia stata formulata in termini generici.

La valutazione in ordine alla natura circostanziata o solo generica dell'istanza di audizione del richiedente, eventualmente contenuta nel ricorso, è demandata in via esclusiva al giudice di merito, la cui motivazione deve essere strettamente correlata alla specificità dell'istanza ed è sindacabile in sede di legittimità a norma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, come interpretato alla luce dei parametri della sentenza delle SS.UU. n. 8053/2014.

Peraltro, ove il giudice di merito ometta di pronunciarsi sull'istanza di audizione formulata dal richiedente, tale omissione è parimenti censurabile sotto il profilo del vizio di motivazione (Cass. n. 13716 del 05/07/2016; conf. Cass. 24830/2017; Cass. 6715/2013)".

2.5.7. Va, infine, osservato, a completezza del percorso argomentativo sinora sviluppato, che il giudice non deve provvedere all'audizione del richiedente nei casi in cui la domanda venga ritenuta dallo stesso manifestamente infondata o inammissibile per ragioni diverse dal giudizio formulato sulla base di incongruenze che, alla luce di quanto sopra evidenziato, possano o debbano essere chiarite attraverso l'audizione del richiedente.

Sul punto, è indubitabile che le ragioni in base alle quali il giudice (così come la Commissione Territoriale) può non accogliere la domanda di protezione non sono necessariamente legate alla ritenuta inattendibilità del racconto del richiedente, il quale può aver riferito circostanze che, seppur ritenute credibili dal giudice, sono valutate come estranee, come non rientranti nelle fattispecie contemplate dalla legge come fondanti le richieste di protezione internazionale o umanitaria.

Oltre alle ipotesi di ritenuta manifesta infondatezza della domanda, il giudice non è in alcun modo tenuto a disporre l'audizione del richiedente anche ove il ricorso sia ritenuto inammissibile per questioni di natura processuale.

2.5.8. Deve quindi formularsi il seguente principio di diritto:

"Nei giudizi in materia di protezione internazionale il giudice, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale, ha l'obbligo di fissare l'udienza di comparizione, ma non anche quello di disporre l'audizione del richiedente, a meno che:

a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda;

b) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente;

c) quest'ultimo nel ricorso non ne faccia istanza, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire i predetti chiarimenti, e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile". (*Omissis*).

P.Q.M.

Rigetta il ricorso – *Omissis*.

Note sull'obbligo di audizione dello straniero nel procedimento per la protezione internazionale ex art. 35-bis del D.Lgs. n. 25/2008

Chiara Cariglia*

L'Autrice commenta in via adesiva l'orientamento espresso dalla sentenza della Corte di cassazione tesa a riconoscere la rilevanza in termini estesi della c.d. audizione del ricorrente nel procedimento per la protezione internazionale, escludendola cioè solo nei casi in cui il ricorso debba essere rigettato in rito ovvero il quadro istruttorio già acquisito conduca inevitabilmente ad un sicuro rigetto o accoglimento della domanda.

Premessa

La sentenza in epigrafe trae origine dalla impugnazione, davanti all'autorità giudiziaria, della decisione con la quale la Commissione Territoriale aveva rigettato la domanda di protezione internazionale avanzata da un cittadino straniero. Il Tribunale adito, dopo aver ricostruito sinteticamente la vicenda del richiedente, aveva rigettato il ricorso, sul fondamento dell'insussistenza del pericolo del ricorrente di essere esposto a grave danno in caso di ritorno nel paese di provenienza. Tale pronuncia veniva, dunque, ricorsa in cassazione dal richiedente, che lamentava, tra le altre cose, la violazione dell'art. 3, D.Lgs. n. 251/2007 e dell'art. 8, D.Lgs. n. 25/2008 per omesso esame del ricorrente; secondo quest'ultimo, infatti, il giudice di merito si era sottratto totalmente al dovere di cooperazione in quanto, in considerazione del fatto che non vi era stata videoregistrazione del colloquio avvenuto dinanzi alla Commissione Territoriale, il Tribunale

avrebbe potuto, nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 35-bis, D.Lgs. n. 25/2008, ascoltare nuovamente il ricorrente soprattutto per dipanare le presunte lacune del suo racconto. Dopo aver rimesso l'esame della suddetta censura in pubblica udienza, per una più completa trattazione della questione, la Suprema Corte, con il provvedimento che qui si commenta, pur negando che l'audizione del richiedente dinanzi al giudice di merito – ove manchi la videoregistrazione del suo colloquio in fase amministrativa – costituisca un passaggio doveroso quale condizione essenziale del giudizio di attendibilità e dell'esercizio del diritto di difesa, ha riconosciuto che ricorre una molteplice varietà di casi in cui l'assunzione di simile prova si palesa essere rilevante.

L'evoluzione della giurisprudenza

Ai sensi dell'art. 35-bis, D.Lgs. n. 25/2008¹, il procedimento che si apre davanti al Tribunale civile, nei

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ L'art. 35-bis è stato introdotto in seno al D.Lgs. n. 25/2008 dall'art. 6, D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito dalla L. 13 aprile 2017, n. 46. Con tale intervento, il legislatore è tornato sui suoi passi, riconducendo le suddette controversie nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio come era originariamente previsto. Si ricorda, infatti, che l'art. 35, D.Lgs. n. 25/2008 (come

modificato dall'art. 1, lett. da h) a m), D.Lgs. n. 159/2008) prevedeva l'applicazione del procedimento in camera di consiglio per i giudizi impugnatori *ivi* previsti. In seguito, era intervenuto il D.Lgs. n. 150/2011 il quale aveva previsto, all'art. 19, che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 25/2008 fossero regolate – salvo espresa previsione in senso difforme – col rito sommario di cognizione, secondo la disciplina "speciale" dettata dallo stesso articolo [su

casi in cui il richiedente asilo impugni la “decisione” della Commissione Territoriale ex art. 32, D.Lgs. n. 25/2008, è trattato in camera di consiglio.

Una delle caratteristiche principali (e più innovative) di tale rito riguarda la disciplina dell’udienza; la sua fissazione, infatti, è solo eventuale² e subordinata alla sussistenza delle condizioni previste ai commi 10° e 11° dell’art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008³, così come l’audizione dell’interessato che viene disposta dal giudice solo quando lo ritenga “necessario”. Di norma, dunque, la fase iniziale successiva all’instaurazione del contraddittorio fra le parti del giudizio è soltanto *scritta* e si articola nello scambio delle memorie difensive delle parti, nel deposito da parte della Commissione Territoriale della documentazione acquisita o comunque utilizzata nella fase amministrativa e nelle conclusioni stese dal Pubblico Ministero in calce al decreto presidenziale, nonché nel successivo deposito (facoltativo) ad opera delle parti delle note integrative rispetto al ricorso iniziale⁴.

L’intento del legislatore è, infatti, quello di garantire un contraddittorio non partecipato e di ritenere tendenzialmente sufficiente ai fini della decisione del Tribunale il materiale probatorio raccolto nella fase amministrativa e messo a disposizione dalla Commissione, oltre naturalmente a quello allegato al ricorso o prodotto con le note difensive.

Data la formula volutamente generica impiegata dal legislatore al riguardo, continua a discutersi nelle aule di Tribunale se la fissazione dell’udienza di discussione sia doverosa nelle ipotesi previste dal 11° comma, art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008 e se l’audizione dello straniero nel processo sia, o meno, conseguenza necessaria della fissazione dell’udienza, quando quest’ultima sia disposta dal giudice, in particolare nell’ipotesi – che usualmente si concretizza – in cui la videoregistrazione dell’audizione dello straniero davanti alla Commissione Territoriale non sia disponibile⁵.

Al riguardo, si rileva che la Suprema Corte, per quanto attiene al primo profilo, è ferma nel ricono-

scritto procedimento, si veda De Nictolis, *Riti speciali di cognizione*, Bologna, 2012, 540 e segg.; Piraino, in *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011* diretto da Consolo, Milano, 2012, 236 e segg.; Di Salvo, *Art. 19, in Riordino e semplificazione dei riti civili* a cura di Santangeli, Milano, 2012, 652 e segg.; Fanelli, *Art. 19, in La semplificazione dei riti civili* a cura di Sassani e Tiscini, Roma, 2011, 172 e segg.; Abbamonte, *Art. 19, in Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo* a cura di Martino e Panzarola, Torino 2013, 258 e segg.]. Infine, il D.L. n. 13/2017 è, appunto, intervenuto abrogando il suddetto art. 19, D.Lgs. n. 150/2011 e sostituendolo con la (re)introduzione di un procedimento in camera di consiglio disciplinato dal nuovo art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008 da esso stesso introdotto. Su questo istituto, si veda Del Rosso, *L’istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2017, 939 e segg.; Asprella, *Un nuovo rito applicabile in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto all’immigrazione illegale*, in *Corriere Giur.*, 2017, 855 e segg.; A.D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un’analisi critica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1218 e segg.; Acierio, *La nuova disciplina sull’immigrazione*, in *Libro dell’anno del diritto*, Roma, Treccani, 2018, consultato su [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-nuova-disciplina-sull-immigrazione_\(Il-Libro-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-nuova-disciplina-sull-immigrazione_(Il-Libro-del-Diritto)/).

² La Corte di cassazione ha escluso la non conformità a costituzione di tale disciplina, dichiarando manifestamente infondate le relative eccezioni di legittimità costituzionale. In tal senso, Cass. civ., 5 luglio 2018, n. 17717, che ha dichiarato “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, dell’art. 35-*bis*, 1° comma, D.Lgs. n. 25/2008 poiché il rito camerale ex art. 737 c.p.c., che è previsto anche per la trattazione di controversie in materia di diritti e di “status”, è idoneo a garantire il contraddittorio anche nel caso in cui non sia disposta l’udienza, sia perché tale eventualità è limitata solo alle ipotesi in cui, in ragione dell’attività istruttoria precedentemente svolta, essa appaia superflua, sia perché in tale caso le parti sono comunque garantite dal diritto di depositare difese scritte”. Analogamente, Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27700, secondo cui “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 35-*bis*, 13° comma, D.Lgs. n. 25/2008, per violazione degli artt. 3, 1° comma, 24 e 111 Cost., nella parte in cui stabilisce che il procedimento per l’ottenimento della protezione internazionale è definito con decreto non reclamabile in quanto è necessario soddisfare esigenze di

celerità, non esiste copertura costituzionale del principio del doppio grado ed il procedimento giurisdizionale è preceduto da una fase amministrativa che si svolge davanti alle commissioni territoriali deputate ad acquisire, attraverso il colloquio con l’istante, l’elemento istruttorio centrale ai fini della valutazione della domanda di protezione”.

³ Ai sensi dei commi 10° e 11° dell’art. 35-*bis*: “È fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al 8° comma, ritiene necessario disporre l’audizione dell’interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d’ufficio, l’assunzione di mezzi di prova.

L’udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l’interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l’impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado”.

⁴ Le parti possono, infatti, depositare memorie nei quaranta giorni successivi alla notifica del ricorso. Nelle note integrative il ricorrente potrà dedurre in merito alla eventuale incompletezza della documentazione offerta dalla Commissione territoriale e replicare alle conclusioni del Pubblico Ministero e alle note difensive del Ministero. Inoltre, il ricorrente potrà allegare nuovi fatti, indicare nuovi mezzi di prova non dedotti nel ricorso introduttivo e fornire ulteriori elementi che ritiene utili all’accoglimento della domanda di protezione. In questo senso, Gattari, *Il nuovo giudizio sul diritto alla protezione davanti al Tribunale*, relazione al corso di formazione “Il diritto di asilo ed alla protezione internazionale” organizzato dalla S.S.M. Roma 20-22 Novembre 2017, secondo il quale: “La situazione soggettiva oggetto del procedimento e il dovere di cooperazione del giudice nell’accertamento del diritto alla protezione dello straniero, oltre che alle caratteristiche del rito camerale voluto dal legislatore, risultano incompatibili con una preclusione assertiva ed istruttoria per il ricorrente”.

⁵ Ai sensi dell’art. 35-*bis*, 11° comma, D.Lgs. n. 25/2008 “L’udienza è altresì sempre disposta quando ... a) la videoregistrazione non è disponibile”; tale non disponibilità può dipendere da ragioni tecniche o anche dalla volontà dello straniero. E ciò in quanto “in sede di colloquio il richiedente può formulare istanza motivata di non avvalersi della videoregistrazione. Sull’istanza decide la Commissione” (così art. 14, comma 6°-*bis*, D.Lgs. cit.). Su questo specifico problema, si veda Savio, *È configurabile un obbligo processuale sanzionabile di procedere all’audizione personale del richie-*

scere che “in caso di mancanza della videoregistrazione del colloquio, il giudice deve *necessariamente* fissare l’udienza per la comparizione delle parti, configurandosi, in difetto, la *nullità del decreto* con il quale viene deciso il ricorso, *per violazione del principio del contraddittorio*”. A fondamento di tale interpretazione, la Cassazione pone non solo la lettura, in combinato disposto, dei commi 10° ed 11° dell’art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008, che distinguono, rispettivamente, i casi in cui il giudice può fissare discrezionalmente l’udienza, da quelli in cui egli deve necessariamente fissarla, ma anche la valutazione delle intenzioni del legislatore che ha previsto la videoregistrazione quale elemento centrale del procedimento, per consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli non verbali, anche in ragione della natura camerale non partecipata della fase giurisdizionale⁶.

Per quanto concerne la seconda questione evidenziata, la Corte ha, invece, più volte precisato che il dovere di fissare l’udienza di comparizione non comporta anche l’obbligo di procedere all’audizione del richiedente, trovando supporto in tale convincimento anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che, con la sentenza *Moussa Sacko* del 26 luglio 2017⁷ – richiamata in via adesiva anche dalla pronuncia in commento – ha negato la sussistenza dell’obbligo di audizione salvo che il giudice non la ritenga essenziale ai fini di una completa valutazione *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto⁸.

Al fine di rendere meno incerta, sul piano pratico, l’interpretazione dei commi 10° e 11°, art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008 e cercare di evitare, così, l’affermarsi di prassi differenti nelle singole sezioni specializzate, e, conseguentemente, il rischio che posizioni identiche vengano sottoposte ad una ingiustificata disparità di trattamento in base al foro territorialmente competente⁹, la Cassazione è, nel corso del tempo, più volte tornata sul tema.

Essa, da un lato, ha riaffermato il principio che la mancata audizione del richiedente non è, di per se stessa, motivo di nullità del procedimento in materia di protezione internazionale e del decreto che lo de-

finisce, e, dall’altro lato, ha cercato di individuare dei limiti alla discrezionalità del Tribunale circa la necessità di disporre l’audizione proprio quando vengano dedotti *fatti nuovi*. La Corte, dunque, sul presupposto sistematico della necessità di inquadrare l’audizione del richiedente nel contesto della normativa europea e della giurisprudenza comunitaria, ha specificato che il Tribunale può esimersi dall’audizione del richiedente solo se: a) al richiedente sia stata data la facoltà di rendere le proprie dichiarazioni davanti alla Commissione Territoriale e siano disponibili il verbale ovvero la trascrizione del colloquio e l’intera documentazione acquisita; b) la domanda sia manifestamente infondata sulla base delle circostanze risultanti dagli atti del procedimento amministrativo, oltre che da quelli eventualmente assunti nella fase giudiziale¹⁰.

L’audizione del richiedente davanti all’autorità giudiziale nell’ambito dei mezzi di prova

La dichiarazione del richiedente costituisce il fulcro della procedura per la concessione della protezione internazionale, posto che, probabilmente nella maggioranza dei casi, essa finisce per costituire l’*unica* prova su cui si basa la concessione, o meno, della protezione internazionale.

Essa è soggetta al principio affermato dalla Dir. 2013/32/UE del c.d. dovere di collaborazione dell’autorità accertante, comunemente inteso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel senso che, sebbene il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa; ciò concretamente implica che “se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda”¹¹.

La rilevanza dell’audizione del richiedente è tale che

dente, oltre a quello relativo alla comparizione delle parti? Il punto di vista dell’avvocato, in *www.questionegiustizia.it*, rubrica *Diritti senza confini*; Federico, *Comparizione delle parti ed audizione del ricorrente*, *ivi*, rubrica *Diritti senza confini*.

⁶ Così, Cass. civ., 5 luglio 2018, n. 17717; Cass. civ., 23 maggio 2019, n. 14148.

⁷ Con la sentenza *Moussa Sacko contro Commissione Territoriale di Milano*, causa C-346/16., infatti, la Corte di giustizia ha escluso la sussistenza di un obbligo incondizionato di audizione avverso la decisione di rigetto di una domanda internazionale manifestamente infondata, “qualora le circostanze di fatto non lascino dubbio sulla fondatezza di tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all’art. 14, Dir. 2013/32/UE e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità all’art. 17, par. 2 della direttiva medesima e, d’altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo

ritenga necessario ai fini dell’esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, contemplato dall’art. 46, par. 3, di tale direttiva”.

⁸ Così, Cass. civ., 13 dicembre 2018, n. 32318 e n. 32319; Cass. civ., 31 gennaio 2019, n. 2817; Cass. civ., 31 gennaio 2019, n. 3029.

⁹ Nello stesso senso Savio, *op. cit.*, il quale giustamente sottolinea la rilevanza di una simile disparità di trattamento, atteso che “sul piano delle garanzie, un conto è una valutazione meramente cartolare e ben altro è una valutazione operata a seguito di audizione personale che, tra l’altro, consente di cogliere i c.d. “riscontri non verbali”, cioè quel “non detto” che proprio con la video registrazione il legislatore avrebbe voluto cristallizzare e sottoporre direttamente all’attenzione del giudice senza duplicare l’audizione, oltre che porre rimedio a problemi relativi alla inesatta traduzione o verbalizzazione”.

¹⁰ Così, Cass. civ., 28 febbraio 2019, n. 5973.

¹¹ Così, Corte giust. UE, C-277/11, par. 65-66.

la normativa europea, poi recepita nel nostro ordinamento, ha previsto non solo che di ogni singolo colloquio personale debba essere “redatto un verbale accurato e circostanziato, in cui figurino tutti gli elementi sostanziali, o una trascrizione dello stesso”, ma anche che di esso possa essere predisposta la registrazione viva e sonora da inserire nel fascicolo del richiedente (art. 16, Dir. 2013/32/UE) e da trasmettere all'autorità giudiziale davanti alla quale venga impugnato l'eventuale provvedimento amministrativo di diniego dell'istanza.

Ed invero, la videoregistrazione dell'audizione resa dal richiedente nella fase amministrativa assume un ruolo fondamentale anche nell'eventuale successivo giudizio, nel quale il giudice dovrà procedere all'accertamento dei fatti integranti le condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale, al cui fine assume una assoluta centralità la descrizione che di essi è fornita dal richiedente nell'ambito però di un modello processuale ispirato – come si è detto – ad una sostanziale mancanza di oralità e allo svolgersi del contraddittorio soltanto attraverso difese scritte. La videoregistrazione del colloquio davanti alla Commissione Territoriale diventa, così, il mezzo di prova principale per il giudice del merito che sia investito dell'impugnazione della decisione dell'autorità amministrativa, in quanto essa sola è capace di riportare al giudice i c.d. “riscontri non verbali” alle dichiarazioni del ricorrente, e pertanto non desumibili dal relativo verbale, “che costituiscono l'elemento essenziale, ed anzi normalmente l'unico (in assenza di riscontri documentali) a disposizione del giudice ai fini della valutazione di *credibilità* del racconto e della fondatezza della domanda di protezione”¹².

Infatti, proprio la innegabile rilevanza del contegno tenuto dal richiedente durante il colloquio davanti alla Commissione Territoriale fonda l'esigenza che tale momento venga “cristallizzato” in una videoregistrazione affinché, nella eventuale fase dinanzi al Tribu-

nale, possano essere coniugate le esigenze di snellezza e celerità del procedimento giudiziale, sottese alla scelta legislativa di non rendere obbligatoria l'udienza né l'audizione del richiedente, con il diritto alla prova e alla tutela giurisdizionale effettiva, affermati dall'art. 47 Carta UE e 24 Cost., in forza dei quale “se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela” stessa¹³.

In altri termini, il legislatore (europeo e nazionale) ha inteso, da un lato, migliorare la qualità dell'accertamento dei fatti rilevanti nell'ambito della procedura davanti alla Commissione Territoriale attraverso il riconoscimento del dovere di cooperazione dell'autorità amministrativa, al fine di ottenere una diminuzione dei ricorsi avverso le decisioni negative, con un conseguente ulteriore impatto sui costi del sistema, e, dall'altro lato, velocizzare l'eventuale fase giurisdizionale, potendo il giudice decidere sulla base delle risultanze istruttorie emerse nella fase precedente, avvalendosi a tal fine anche dello strumento della videoregistrazione che consente al giudice di pervenire ad un *giudizio di credibilità* del dichiarante valutando anche il suo contegno non verbale¹⁴.

Per questa via, dunque, l'eliminazione dell'audizione del richiedente in sede giudiziale, al fine di soddisfare l'interesse generale alla speditezza dei procedimenti, non si traduce in una restrizione “sproporzionata ed inaccettabile” del diritto di difesa nella misura in cui sia possibile affermare che gli elementi a disposizione del giudice già consentono un esame completo della posizione individuale del richiedente¹⁵, atteso che, in materia di protezione internazionale, l'accertamento del giudice di merito deve innanzi tutto avere ad oggetto la credibilità soggettiva della versione del richiedente circa l'esposizione a rischio grave alla vita o alla persona¹⁶.

¹² Così, Savio, *op. cit.* Al riguardo, è stato correttamente osservato che “una decisione basata principalmente sulla valutazione del ‘racconto’ del richiedente asilo è potenzialmente ingiusta quando si tratti di ricorso nel quale il giudice non intenda ascoltare di nuovo il ricorrente, basandosi sul verbale dell'audizione. La linguistica antropologica ha mostrato che nessuna trascrizione, per quanto completa, può riportare ogni parola proferita nello scambio comunicativo. Soprattutto nei casi in cui un solo decisore deve contemporaneamente porre le domande, ascoltare e trascrivere le risposte, questi opererà una selezione spesso inconsapevole di quanto ascolta finendo per trascrivere ciò che ha meglio compreso, che sente più vicino alle proprie convinzioni, o che meglio conosce”; così, Sorgoni, *Storie vere. L'inevitabile ambiguità all'esame del giudice dell'asilo*, in www.questionegiustizia.it.

¹³ Così, Corte cost., 3 giugno 1966, n. 53.

¹⁴ La rilevanza del contegno non verbale del dichiarante è riconosciuta, invero, dalla stessa Cassazione, secondo cui “l'audizione costituisce uno strumento essenziale per valutare la coerenza e credibilità del racconto, non solo sulla base del suo contenuto, ma anche delle modalità attraverso cui esso viene riferito dal richiedente (e ciò giustifica la previsione della obbligatoria videoregistrazione del colloquio ex art. 35-bis, D.Lgs. n. 35/2008) a fronte di situazioni solitamente assai difficili da documentare o

da provare compiutamente”; così, Cass. civ., 23 ottobre 2019, n. 27073.

¹⁵ Nella c.d. sentenza *Sacko* cit., infatti, la Corte di giustizia U.E. afferma che il diritto di essere ascoltato non si configura “come prerogativa assoluta ma può soggiacere a restrizioni a condizione che esse rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti” (punto 38, sent. *Sacko*); si è altresì chiarito, in tale contesto, che “...l'esistenza di una violazione dei diritti di difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva deve essere valutata in funzione delle circostanze specifiche di ciascuna fattispecie e segnatamente della natura dell'atto in oggetto, del contesto in cui è stato adottato e delle norme giuridiche che disciplinano la materia” (così punto 41, sent. *Sacko*).

¹⁶ Così, Cass. civ., 11 agosto 2020, n. 16925, la quale ha specificato che “qualora le dichiarazioni siano giudicate inattendibili alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui all'art 3, D.Lgs. n. 251/2007 non occorre procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria nel Paese di origine, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori”.

Ciò nondimeno, se è indubitabile che la videoregistrazione delle dichiarazioni del richiedente consenta al giudice di formulare una valutazione di credibilità delle vicende narrate più completa rispetto ad un esame meramente cartolare¹⁷, è pur vero che non si può arrivare a riconoscere una assoluta equivalenza fra la suddetta fonte di prova e l'audizione dell'interessato in udienza.

La prima concerne dichiarazioni che possono essere rese senza l'ausilio di un avvocato, che ponga il dichiarante in grado di evidenziare i profili più rilevanti dal punto di vista giuridico al fine di poter ottenere la protezione¹⁸. Essa vale in giudizio quale prova preconstituita ed il giudice non ha alcuna possibilità di interloquire col dichiarante chiedendo chiarimenti in merito alle incongruenze del racconto che eventualmente abbiano fondato il provvedimento amministrativo di rigetto dell'istanza; ne consegue, pertanto, che "anche la acquisizione della videoregistrazione potrebbe non esaurire l'esigenza di completezza dell'esame, laddove siano presenti nelle dichiarazioni del ricorrente passaggi poco chiari, contraddizioni sulle quali non si sia sufficientemente indagato, aspetti lacunosi non esplorati adeguatamente"¹⁹.

La seconda riguarda, invece, le dichiarazioni rese dal ricorrente in udienza, con l'assistenza di un legale. Essa costituisce una prova *orale costituenda*, poiché raccolta direttamente dal giudice in udienza, che consente a quest'ultimo di recepire la narrazione da parte del richiedente asilo delle vicende che sono all'origine della richiesta di protezione internazionale e di percepire, senza mediazione alcuna, come il ricorrente abbia vissuto su di sé le esperienze narrate²⁰.

È una prova tipica, in quanto prevista dalla norma-

tiva europea e nazionale, e non deve essere confusa con le dichiarazioni di parte rese in sede di interrogatorio libero: essa, infatti, costituisce una prova *liberamente valutabile* ai sensi dell'art. 116, 1° comma, c.p.c., che può fare piena prova anche *a favore* del dichiarante dei fatti allegati e fondare, da sola, il convincimento del giudice.

Il sistema di valutazione di tale prova deve, invero, essere inteso alla luce della speciale regola di valutazione contemplata dall'art. 4, 5° comma, Dir. 2011/95/UE e recepita, nel nostro ordinamento, dall'art. 3, 5° comma, D.Lgs. n. 251/2017, la quale, in presenza di una domanda tempestiva, completa di tutte le informazioni disponibili per il ricorrente, caratterizzata da una coerenza logica e supportata dalle informazioni relative al Paese d'origine, consente al giudice di ritenere veritiere tali dichiarazioni ancorché taluni elementi o aspetti in esse contenute non siano suffragati da prove.

Ne discende, *in subiecta materia*, un modello istruttorio del tutto peculiare, in quanto connotato da una decisa attenuazione del principio dispositivo, che nel nostro ordinamento vige in materia di prove ai sensi dell'art. 115 c.p.c.²¹, a favore dell'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori, che concorrono con le iniziative istruttorie delle parti, per l'accertamento della verità dei fatti specifici da esse allegati²²; il giudice, ad esempio, potrà procedere alla verifica della coerenza delle dichiarazioni rese dal richiedente attraverso il riscontro con le informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine c.d. COI²³ acquisite d'ufficio (art. 27, comma 1°-bis, D.Lgs. n. 25/2008).

In particolare, poiché non si può di norma supporre

¹⁷ Al riguardo, si veda Breggia, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in www.questionegiustizia.it, secondo la quale deve considerarsi "il verbale non totalmente sostituibile alla videoregistrazione, ma qualcosa di meno. Infatti, la trascrizione del verbale di audizione (per quanto si ricava dal testo normativo) ha ad oggetto la versione in italiano delle dichiarazioni, mentre, evidentemente, la videoregistrazione contiene l'intervista integrale. Solo quest'ultimo documento consente di verificare la completezza e pertinenza alle domande delle risposte del richiedente asilo nella sua lingua ed eventualmente di effettuare un controllo sulla qualità della traduzione. Inoltre, la percezione visiva delle dichiarazioni rese dal richiedente è qualità della sola videoregistrazione e non anche del verbale".

¹⁸ Per quanto riguarda l'audizione nella fase amministrativa, l'art. 16, D.Lgs. n. 25/2008 prevede che il cittadino straniero possa farsi assistere, ma a proprie spese, da un avvocato. Esiste quindi la possibilità della difesa tecnica ma non la necessità ed inoltre non è previsto, nella suddetta fase amministrativa, il patrocinio a carico dello Stato.

¹⁹ Così, Pratesi, *L'audizione del richiedente asilo in fase giurisdizionale*, in www.questionegiustizia.it, rubrica *Diritti senza confine*.

²⁰ In questo senso, ci pare, Minniti, *La valutazione di credibilità del richiedente asilo tra diritto internazionale, dell'U.E. e nazionale*, in www.questionegiustizia.it, rubrica *Diritti senza confine*, definisce il mezzo istruttorio *de quo* come prova diretta.

²¹ Salvo rilevanti eccezioni, quali, ad es., il processo del lavoro – in cui gli artt. 420 e 421 c.p.c. attribuiscono al giudice ampi poteri istruttori d'ufficio che possono superare i limiti posti dal c.c. – o il processo di divorzio – per il quale l'art. 5, 9° comma, L. n. 898/

1970, consente al Tribunale, in caso di contestazioni, di disporre indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita – secondo la comune interpretazione dell'art. 115 c.p.c., nel processo civile il giudice non è solo vincolato all'allegazione dei fatti compiuta dalle parti, ma anche dalle offerte di prova di queste rispetto ai fatti allegati.

²² Infatti, l'attenuazione del principio dispositivo, in cui la cooperazione istruttorie consiste, si colloca non sul versante dell'allegazione ma esclusivamente su quello della prova: i fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale devono, pertanto, necessariamente essere indicati dal richiedente, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli in giudizio d'ufficio, secondo la regola generale. In altri termini, il principio dispositivo, che nella materia della protezione internazionale viene derogato dalle speciali regole di cui all'art. 3, D.Lgs. n. 251/2007 e all'art. 8, D.Lgs. n. 25/2008, che prevedono particolari poteri-doveri istruttori (anche) del giudice, "non trova invece alcuna deroga quanto alla necessità che la domanda su cui il giudice deve pronunciarsi corrisponda a quella individuabile in base alle allegazioni dell'attore"; così, per tutte, Cass. civ., 28 settembre 2015, n. 19197; Cass. civ., 14 agosto 2020, n. 17185.

²³ Le c.d. COI (*Country of Origin Information*) assumono, invero, un ruolo cruciale per l'adozione di decisioni in materia di protezione internazionale. Infatti, "un giudice che si occupa di protezione internazionale necessita di COI affidabili per poter valutare, *inter alia*: la situazione oggettiva nel paese di origine del richiedente; se la domanda del richiedente sia credibile alla luce di tale situazione oggettiva; le circostanze che secondo la narrazione del richiedente lo hanno costretto a fuggire dal proprio paese e cercare protezione; le disposizioni legislative e regolamen-

che il richiedente sappia quali fatti e prove documentali o di altro tipo possano essere significativi, in conformità di tale obbligo di cooperazione, il giudice dovrebbe fornire orientamenti adeguati al richiedente e ricorrere, nel colloquio personale, a domande idonee a ottenere tutti gli elementi significativi²⁴.

Se, dunque, per gli elementi *supra* evidenziati, non si può affermare l'assoluta equivalenza fra l'audizione del richiedente nella fase amministrativa, ancorché cristallizzata in una videoregistrazione, e l'audizione dello stesso in giudizio, è del tutto evidente che in assenza della suddetta videoregistrazione, non potrà affermarsi che il semplice verbale delle dichiarazioni rese davanti alla Commissione Territoriale possa equivalere all'audizione del richiedente davanti al Tribunale.

Pertanto, se è vero che, nella interpretazione maggioritaria del comma 11°, art. 35-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008, in caso di mancanza della videoregistrazione è obbligatoria la fissazione dell'udienza, non anche l'audizione del richiedente il cui rinnovo deve trovare invece motivazioni specifiche e convincenti, è pur vero che in un procedimento prevalentemente sui fatti, come si palesa essere quello per il riconoscimento della protezione internazionale, la valutazione da parte del giudice sulla rilevanza dell'audizione del richiedente in udienza, cui è subordinata la sua assunzione, debba necessariamente finire per essere orientata in senso "ampio", in considerazione di ciò che si tratta di una prova in definitiva diversa dalle dichiarazioni rese in fase amministrativa e introdotte in giudizio attraverso la produzione del relativo verbale.

Per le ragioni che precedono, è dunque assolutamente condivisibile l'orientamento espresso dalla pronuncia in commento tesa a riconoscere la rilevanza in termini estesi di tale mezzo di prova, escludendola cioè solo nei casi in cui il ricorso debba essere rigettato in rito ovvero il quadro istruttorio già acquisito conduca inevitabilmente ad un sicuro rigetto o accoglimento della domanda.

Pertanto, tale audizione dovrà essere possibile, in primo luogo, nell'ipotesi in cui nel ricorso siano fatti

valere fatti *nuovi*, ossia che non sono stati esaminati dall'organo amministrativo che ha adottato la decisione impugnata.

Rispetto a simile ipotesi, infatti, la Corte di Giustizia ha dichiarato che non si deve tornare alla fase amministrativa ma deve essere consentita l'audizione del richiedente per provare i fatti non presi in considerazione nel provvedimento di diniego della protezione internazionale²⁵. E la stessa Corte di cassazione – come anticipato – aveva già riconosciuto che l'audizione del ricorrente sui nuovi temi introdotti nel ricorso (se sufficientemente distinti e significativi) costituisce il momento centrale in cui si esprime il dovere di cooperazione istruttoria del giudice, ove su quei temi il richiedente non sia stato sentito dalla Commissione²⁶.

Inoltre, l'audizione del richiedente dovrà essere concessa anche quando nel ricorso *non* siano fatti valere fatti nuovi, se dalla richiesta del ricorrente emerga l'*esigenza, puntualmente manifestata*, di fornire *chiarimenti* su certuni aspetti posti a fondamento del provvedimento amministrativo di diniego della protezione internazionale; e ciò tanto più in quanto dette carenze o incongruenze delle dichiarazioni rese dal ricorrente non siano state fatte emergere durante il colloquio ma siano state evidenziate solo nel provvedimento di diniego della Commissione, in tal modo precludendo al dichiarante la possibilità di replica immediata ai rilievi di incongruenza, carenza, contraddittorietà del racconto²⁷. Infatti – come ha ben rilevato la pronuncia in commento – non avendo il giudizio *ex art. 35-bis*, D.Lgs. n. 25/2008 natura di impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della Commissione Territoriale ma costituendo invece un procedimento avente ad oggetto il diritto alla protezione internazionale vantato dal richiedente, questi, nel determinare il *thema decidendum* in sede giurisdizionale, così come può allegare nuovi elementi di fatto a fondamento della sua pretesa, altrettanto, può precisare gli elementi già dedotti in sede amministrativa – con un'eventuale diversa chiave di lettura – offrendosi di fornire quei chiarimenti resisi necessari in relazione alle valutazioni svol-

tari in un determinato paese ed il modo in cui sono applicate; i rischi in caso di ritorno; se un paese possa fornire effettiva protezione; se un richiedente si troverebbe non esposto a rischi in una parte del paese nella quale sia ragionevole attendersi che egli si rechi; se vi siano prove del fatto che una persona dovrebbe essere esclusa dalla protezione internazionale; se vi siano prove del fatto che una persona non necessita più di protezione internazionale"; così, Easo (*European Asylum Support Office*), *Guida pratica giudiziaria alle informazioni sui Paesi di origine*, 2018, in <https://easo.europa.eu/sites/default/files/Judicial-Practical-Guide-on-COIT-IT.pdf>, 6.

²⁴ Così, espressamente, Easo (*European Asylum Support Office*), *Valutazione delle prove e della credibilità nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, 2018, in https://easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-Evidence-and-Credibility-Assessment-JA_IT.pdf, 49.

²⁵ Al riguardo, si vedano le pronunce della Corte giust. UE del 25 luglio 2018, C-585/16, *Alheto*, e del 4 ottobre 2018, *Nigyar Rauf Kaza Ahmedbekiva*, C-652/16 – citate anche dalla Cassazione nel provvedimento in commento –, che hanno precisato che la

locuzione "*ex nunc*" e l'aggettivo "completo" contenuti nell'art. 46, par. 3, Dir. 2013/32 mettono in evidenza l'obbligo del giudice di procedere ad una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte dell'Autorità amministrativa, purché i nuovi elementi non siano stati dedotti in una fase tardiva del procedimento di ricorso e siano stati presentati in maniera sufficientemente concreta per essere esaminati e siano sufficientemente distinti dagli elementi che l'autorità accertante aveva già considerato.

²⁶ Così, Cass. civ., 23 ottobre 2019 n. 27073, secondo cui "in tal caso, non appare sufficiente a garantire la tutela del contraddittorio la mera fissazione dell'udienza di comparizione, atteso che l'esame completo ed *ex nunc* della pretesa del richiedente, affermato dal citato art. 46 par. 3, Dir. 2013/31, non può prescindere dall'audizione, sui nuovi fatti, del richiedente medesimo, se da costui sollecitata, quale necessario strumento per la realizzazione dell'effettività della tutela, affermata dall'art. 46, par. 1 della direttiva citata".

²⁷ Così, Pratesi, *L'audizione del richiedente*, cit.

te dalla Commissione territoriale nel decreto di rigetto.

L'opportunità di una maggior elasticità nella valutazione della rilevanza dell'audizione del richiedente in sede giudiziale, ai fini della sua assunzione, emerge altresì dalla circostanza che nei giudizi *de quibus* non è previsto un secondo grado di merito, essendo il decreto pronunciato dal giudice non reclamabile ma soltanto ricorribile in sede di legittimità.

Il procedimento in esame, infatti, è un giudizio prevalentemente fondato sull'accertamento e la valutazione di elementi di fatto, allegati dalle parti, al fine di verificare se le dichiarazioni della parte trovino un riscontro oggettivo. Il sindacato sul fatto del giudice di primo grado, che in una seconda fase di merito potrebbe essere oggetto di riesame e di esercizio dei poteri istruttori, non è invece censurabile in sede di giudizio di legittimità, nel cui ambito non può essere affermata l'ingiustizia del provvedimento impugnato direttamente a causa dell'erroneità della soluzione della *questio facti* ma eventualmente può soltanto essere denunciato l'omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti²⁸.

Ritenendo superfluo un secondo grado giurisdizionale di merito, il legislatore sancisce che per la ricostruzione in fatto della controversia è sufficiente il primo grado e, al tempo stesso, giustifica tale soluzione mettendo tale giudizio in correlazione alla "prima fase" della procedura svoltasi dinanzi alla Commissione

territoriale nell'ambito della quale l'istante può far valere le proprie ragioni.

Tenuto conto della natura dei diritti coinvolti e del rilievo fondamentale dei profili fattuali, ne consegue, dunque, l'esigenza di ampliare il più possibile le maglie del giudizio di rilevanza dell'audizione del richiedente, rendendo il diritto alla prova effettivo nell'unica fase giudiziale di merito prevista.

In tale prospettiva, peraltro, considerato che un simile orientamento si fonda sulla differenza fra l'audizione in fase amministrativa e quella in sede giudiziale sotto il profilo della maggior incidenza che il giudice può avere nella direzione dell'audizione, si ritiene che i parametri indicati dalla pronuncia in commento per guidare la valutazione di rilevanza dell'audizione giudiziale possano essere applicati anche nella fattispecie contemplata dal comma 10°, art. 35-bis, D.Lgs. n. 25/2008, e cioè quando, pur essendo disponibile la videoregistrazione²⁹, il giudice fissi l'udienza ritenendo "necessario" disporre l'audizione dell'interessato". Anche in simili ipotesi, dunque, l'audizione dell'interessato in udienza potrà rivelarsi "necessaria" non solo quando a fondamento del ricorso siano stati dedotti fatti nuovi non emersi nella fase amministrativa, ma anche ogni qualvolta dagli atti del giudizio non emerga la manifesta fondatezza o infondatezza della domanda ovvero il ricorso sia ritenuto inammissibile per questioni di natura processuale.

Impugnazione delle sentenze

Cassazione civile, Sez. un., 29 settembre 2020, n. 20445 (ordinanza) – Primo Presidente f.f. D'Ascola – Rel. Conti – CO.LO.COOP. LOMBARDO COOPERATIVE S.C.A.R.L. (avv. Carmeli Tafuri) – Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, Prefettura, in persona del Prefetto pro tempore (avv. Avvocatura Generale dello Stato). *Dichiara inammissibile il ricorso e condanna alle spese.*

Impugnazioni in materia civile – Impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione – Diniego di giustizia – Eccesso di potere giurisdizionale – Effettività della tutela

Il sindacato della Corte di Cassazione attraverso lo strumento dell'art. 111, ult. comma, Cost. attiene ai limiti esterni della giurisdizione, cioè l'esistenza nel caso concreto del potere del giudice di decidere, ma non riguarda i limiti interni della giurisdizione, cioè il modo di ero-

gazione della tutela non sindacabile dal giudice di legittimità (sulla base di tale principio, è stato, dunque, ritenuto inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 111, ult. comma, Cost. avverso una sentenza del giudice amministrativo, che si risolva nella prospettazione di un incongruo scrutinio delle risultanze istruttorie e delle regole processuali). (Massima non ufficiale)

Omissis – il ricorrente benché lamenti formalmente presunti eccessi di potere della sentenza, in realtà censura il concreto esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, risolvendosi nella prospettazione di un incongruo scrutinio delle risultanze istruttorie e delle regole processuali. Ciò integra vizi che potrebbero costituire, al più, ipotesi di erroes in iudicando e in procedendo, come tali rientranti nei limiti interni della giurisdizione contabile e sottratti comunque alla verifica di queste Sezioni unite – *Omissis*

²⁸ Per una analisi fortemente critica della esclusione, per i processi caratterizzati da "questioni" prevalentemente di fatto, della appellabilità o di rimedi similari di riesame o controllo (anche perché la Corte di cassazione non è mai in grado di assicurare il controllo pieno sull'accertamento del fatto), si veda Proto Pisani,

Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione "diretta" dell'art. 111, comma 2° e poi 7°, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a costituzione invariata, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 1192 e segg.

²⁹ Nello stesso senso, Federico, *op. cit.*

L'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione

Francesco Fiore*

La questione attorno alla quale ruota l'ordinanza riguarda i limiti entro i quali la Corte di cassazione può sindacare i provvedimenti del Consiglio di Stato. A questo proposito si contendono il campo due indirizzi interpretativi, il primo estensivo, per il quale dalla formula soli motivi di giurisdizione contenuta nell'art. 111, 8° comma potrebbe ricavarsi in via interpretativa la categoria pretoria del diniego di giustizia, il secondo restrittivo per cui la formula in commento attribuirebbe alla Cassazione la sola potestà di perimetrare la distribuzione del potere giurisdizionale. In questa nota a sentenza si darà brevemente conto delle origini storiche del potere attribuito dall'art 111, 8° comma alla Corte di Cassazione e dei principali casi applicativi con cui si è confrontata la giurisprudenza nel tempo. Nell'ordinanza annotata, uniformandosi al principio di diritto posto dalla Corte costituzionale nel 2018, i giudici sposano la lettura restrittiva. Una recentissima ordinanza delle Sezioni unite ha, però, riaperto la questione. Infatti, la Cassazione ha chiamato a pronunciarsi la Corte di Giustizia sulla compatibilità con il diritto comunitario della lettura restrittiva, la quale aveva negato la categoria del diniego di giustizia, data dalla Corte costituzionale al 8° comma, art. 111 Cost.

Inquadramento storico della questione

Il quadro normativo di riferimento della questione giuridica in esame costituisce il frutto di una lunga evoluzione storica¹.

Già infatti nella vigenza dello Statuto Albertino, una legge del 1859 (n. 3780) affrontava il problema delle controversie sul riparto di giurisdizione, in particolare tra giudice ordinario, P.A., ed i tribunali del contenzioso amministrativo (3 poli), affidandone la soluzione ai decreti del Re, il soggetto da cui promanavano il potere giudiziario ed esecutivo. Con la legge di unificazione amministrativa del 1865 e l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo venne portato ad unità l'ordine giudiziario, e la soluzione dei conflitti di giurisdizione tra P.A. e G.O. (2 poli) affidata al Consiglio di Stato, prima, e poi nel 1877 alla Cassazione romana. Con la legge Crispi (1899), che istituiva la Sez. IV del Consiglio di Stato, e la successiva legge del 1907 che introduceva anche la Sez. V, venne definitivamente riconosciuta la natura giurisdizionale, e non più solo amministrativa con funzioni consultive, del Consiglio di Stato. I conflitti di giurisdizione allora tornavano ad avere tre poli, il G.O., la P.A., ed il nuovo GA, giudice speciale. Fu poi la volta del R.D. n. 1024/1924, il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato. Già qui si iniziavano a circoscrivere i motivi, ed iniziavano a pesare le formulazioni lessicali utilizzate dal legislatore per descriverli, che consentivano l'impugnazione dei provvedimenti, ora sentenze, del Consiglio di Stato, ormai giudice speciale e non più organo di natura amministrativa, davanti alla Corte di cassazione. Sia la legge del 1907, che istitutiva appunto la Sez. V, che il T.U. di riordino del 1924 disponevano, infatti, che tali sentenze fossero impugnabili solo per difetto assoluto di giurisdizione.

Storicamente l'esigenza del legislatore di creare un giudice amministrativo si basò sostanzialmente sul

principio cardine dello Stato liberale della separazione dei poteri. Il giudice ordinario, infatti non poteva intromettersi nell'attività dell'amministrazione che rispondeva al potere esecutivo e non a quello giudiziario. Il G.A. venne storicamente introdotto per l'esigenza di tutelare i cittadini in rapporto con il potere autoritativo dell'amministrazione, con l'occhio di riguardo, però, di promuovere a funzioni giurisdizionali un organo interno all'amministrazione, e composto, originariamente, da alti funzionari che avevano dimesso i loro uffici ministeriali. Questa è la ragione storica da cui nasce l'esigenza di un giudice speciale per il potere autoritativo, e che spiega l'impossibilità del vertice funzionale della magistratura ordinaria, la Corte di cassazione, di pronunciarsi rispetto al merito delle decisioni del Consiglio di Stato².

Prima delle leggi ricordate, come si è detto, non esisteva proprio un giudice amministrativo, per questo i motivi di impugnazione, previsti dalla LAC, dei provvedimenti dell'organo Consiglio di Stato, con natura amministrativa, erano costituiti dall'incompetenza e dall'eccesso di potere, cioè vizi tipici del provvedimento amministrativo, e non della sentenza. In più questa impugnazione era ammessa solo ove questi provvedimenti andassero ad incidere su diritti politici e civili (formula interpretata come identificativa dei diritti soggettivi in generale), mentre ove ledessero interessi legittimi il privato era sfornito di tutela. Il Codice di procedura civile del 1942 (art. 362), e poi la legge T.A.R., modifica la terminologia utilizzata dal legislatore fino ad allora, e dispone che sono impugnabili in Cassazione le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione. La Costituzione del 1948 dispone invece testualmente, all'art. 111, ult. comma, Cost. che le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, introducendo una terza formulazione normativa per descrivere i limiti

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, 1677 e segg.

² R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, 22 maggio

2017, in *sipotra.it*; F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, 21 settembre 2017, in *cortedicassazione.it*; A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in *Federalismi*, n. 1, 3 gennaio 2018.

al sindacato della Corte di cassazione. Formulazione per altro riprodotta fedelmente oggi dal codice del processo amministrativo, del 2010, agli artt. 91 e 110, ma anche dal codice di procedura contabile per identificare l'estensione del sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze della Corte dei conti.

Esistono, dunque, tre formulazioni normative che sono state utilizzate dal legislatore per indicare i limiti del sindacato della Corte di cassazione riguardo le sentenze del Consiglio di Stato. Questo sono ordinabili in base alla loro portata semantica, dalla pi  stringente alla pi  estensiva: Sindacato per difetto assoluto di attribuzione, contenuto nel T.U. Consiglio di Stato del 1924; sindacato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, impiegato nella Costituzione all'art. 111 (e, oggi, nel c.p.a.); sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, adottato dal Codice di procedura civile del 1942.

Il principio di gerarchia delle fonti e la forza immediatamente precettiva dell'art. 111 (che potenzialmente pu  essere applicato direttamente dal giudice senza necessit  di una legge attuativa) determinano che il limite al sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato sia oggi, indubitabilmente, espresso dalla formula "i soli limiti inerenti alla giurisdizione", la quale si colloca in uno spazio intermedio tra la severit  della formula "difetto assoluto di attribuzione" e la larghezza semantica della locuzione "motivi inerenti alla giurisdizione" attraverso l'introduzione dell'aggettivo "solo" riferito ai motivi di giurisdizione.

Il problema che si pone  , dunque, comprendere cosa questa espressione significhi e perch  alla formulazione del Codice di procedura civile, e pi  in particolare, alla parola "motivi", la Costituzione, e poi il c.p.a., aggiunga l'aggettivo "soli".

Per il c.p.a., tale formulazione, probabilmente, costituisce la semplice presa d'atto della portata immediatamente applicativa dell'art. 111 Cost.; di qui l'identica formulazione letterale.

Per quanto riguarda l'ult. comma dell'art. 111, l'utilizzo dell'aggettivo "soli" legato ai "motivi di giurisdizione", sembra volere idealmente creare una sorta di rottura tra i primi sette commi dell'articolo e l'ottavo, quasi a costituirlo come una disposizione a s  stante. In particolare, il 7° comma dell'art. 111 prevede il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze per violazione di legge, comprendendo sia quella sostanziale che processuale. Il riparto di giurisdizione   deciso dalla legge, per cui se il 8° comma non contenesse una disposizione speciale e limitativa che esplicitamente releghi il sindacato della Cassazione ai soli motivi di giurisdizione per le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, allora dovrebbe essere applicato il generale 7° comma, il che comporterebbe che il sindacato della Suprema Corte sulle sentenze dei giudici speciali, andrebbe ad avere ad oggetto

oltre che la inosservanza delle norme sulla giurisdizione, anche le altre violazioni di legge sostanziale e processuale. Questo significa, *a contrario*, che per la presenza del 8° comma, il sindacato della Corte di cassazione non si estende alle violazioni di legge sostanziale e processuale diverse da quella che stabilisce la giurisdizione.

Occorre, ora, guardare al significato tecnico giuridico del concetto di giurisdizione³. "Giurisdizione"   un termine tecnico che identifica, in senso stretto, la sfera di competenza di un certo giudice rispetto agli altri giudici nazionali, alla pubblica amministrazione e al giudice non nazionale.  , in altre parole, una sorta di perimetro esterno del campo d'azione di un certo ordine giudiziario.  , ancora pi  in particolare, la precondizione e il presupposto perch  quello specifico processo possa svolgersi davanti ad un certo giudice. Solo in senso pi  ampio potrebbe parlarsi di giurisdizione come modo di erogazione della tutela. Pi  precisamente, alla modalit  di erogazione della tutela si riferiscono l'art. 24, i primi sette commi dell'art. 111, e l'art. 113 Cost. Il primo pone alcuni dei principi fondamentali in riferimento alla tutela giurisdizionale, stabilendo che tutti possono agire per la tutela dei propri diritti, che la difesa   diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo, che anche ai meno abbienti sono forniti dallo Stato i mezzi per difendersi in giudizio. L'art. 111 fissa i cardini del giusto processo regolato dalla legge. L'art. 113, invece, si riferisce in maniera specifica alla tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della P.A. Tale norma afferma con forza il principio per cui pure ove un certo provvedimento o comportamento promani da un ente pubblico, questo non pu  determinare, per tale soggetto, il sorgere di un campo di immunit  che lo sottragga al sindacato giurisdizionale. In definitiva, l'art. 113 richiede la pienezza della tutela giurisdizionale anche nei confronti della Pubblica Amministrazione. Gli articoli sopra richiamati affrontano, dunque, un problema diverso rispetto a quello evocato in riferimento al significato in senso stretto del termine giurisdizione. Tali norme pongono quei principi fondamentali che costituiscono il nucleo essenziale della tutela dei diritti degli individui davanti allo Stato; mentre, molto pi  semplicemente, il concetto tecnico, o in senso stretto, di giurisdizione si riferisce alla sussistenza del potere di decidere di un certo giudice rispetto ad una data controversia.

I casi concreti di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione

Da questa breve ricostruzione emerge la chiara volont  del costituente, rinvenibile, in base all'argomento letterale, nell'aggettivo "soli" e nella necessit  storica della sua introduzione, di limitare il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze dei giudici

³ Carratta-Mandorlini, *Corso di diritto processuale civile*, 1, Roma, 2020, 19 e segg.

speciali sostanzialmente alla determinazione del riparto di giurisdizione, e cioè all'adottare il significato più tecnico e restrittivo del termine giurisdizione.

Nel tempo e nella pratica, però, dalla formula "soli motivi di giurisdizione" sono state ricavate, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, almeno tre ipotesi di concreta applicazione dell'art. 111 Cost., le quali hanno costituito, effettivamente, motivi per l'impugnazione delle sentenze dei giudici speciali davanti alla Corte di cassazione.

L'utilizzo di queste larghe specificazioni interpretative della stringente formula costituzionale ha, almeno in parte e almeno in un certo periodo, avuto l'effetto non solo di ampliare il sindacato della Suprema Corte, anche probabilmente – come si è visto – contrariamente al disegno originario del costituente, ma ha di più determinato la moltiplicazione della terminologia utilizzata in materia, di cui si ritiene di dare conto.

La prima delle ipotesi concrete di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, attraverso l'art. 111, 8° comma, Cost., è costituita dai profili riguardanti il riparto in senso stretto della giurisdizione; la seconda si riferisce all'eccesso di potere giurisdizione, anche detto invasione nella sfera riservata alla pubblica amministrazione (c.d. sconfinamento) o di altri poteri dello Stato; la terza ipotesi riguarda il c.d. diniego di giustizia inteso come la negazione di tutela da parte del giudice al ricorrente. Nel caso in cui alcun giudice sia munito di giurisdizione si parla di "difetto assoluto di giurisdizione", se invece vi è un giudice nazionale munito di giurisdizione ma è adito un giudice diverso, si parla di "difetto relativo di giurisdizione".

Le prime due ipotesi permettono alla Corte di cassazione di sindacare i c.d. limiti esterni della giurisdizione, cioè l'esistenza nella specifica controversia del potere del giudice di decidere, mentre la terza ipotesi ha aperto, sostanzialmente, al sindacato sui c.d. limiti interni della giurisdizione, cioè riguardo il modo di erogazione della tutela da parte dei giudici speciali.

Analizzando queste tre fattispecie può notarsi come, mentre il riparto di giurisdizione costituisce, come visto, il *proprium* del sindacato dell'art. 111 Cost. e non pone per questo particolari problemi, più complesse si presentano gli altri due casi, cioè il c.d. "eccesso di potere giurisdizionale" e il "rifiuto di giurisdizione".

Il c.d. "eccesso di potere giurisdizionale" ricorre

quando il giudice esercita attribuzioni riservate ad un altro potere dello Stato (ad. es. adozione di un atto politico) oppure quando questo, fuori dai casi di giurisdizione estesa al merito, vada a sostituirsi nelle valutazioni discrezionali della P.A.; l'ipotesi classica si ha quando il G.A. vada a sindacare il merito della scelta amministrativa fuori dai casi di giurisdizione di merito.

Oggi, però, il dibattito, particolarmente attuale e acceso, rispetto alle problematiche legate all'"eccesso di potere giurisdizionale" si è spostato; invero, più che interrogarsi sulla problematica classica di un G.A. che si pronuncia sullo spazio di merito riservato alla P.A., la giurisprudenza e la dottrina tentano di determinare l'ampiezza e l'intensità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della P.A., anche grazie alla recente ascesa di importanza di una nuova tipologia di amministrazione pubbliche, le autorità indipendenti. A quest'ultimo riguardo, infatti, vi è una consolidata giurisprudenza amministrativa nazionale che ritiene che il sindacato del G.A., riguardo i provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica, sia di tipo intrinseco ma non sostitutivo, la quale si confronta con una giurisprudenza CEDU che richiede invece, pena la violazione dell'art. 6 CEDU, che il giudice possa valutare, in caso di sanzioni sostanzialmente penali (quali sono ritenute quelle emanate da alcune autorità indipendenti interne), la correttezza di tutti gli elementi del provvedimento sanzionatorio, sia in fatto che in diritto e quindi richiede che il giudice eserciti un sindacato di maggiore attendibilità (e non di attendibilità solo astratta) cioè la c.d. *full jurisdiction*, ossia un sindacato sul provvedimento che sia pieno ed effettivo esteso a tutti gli elementi del provvedimento ed eventualmente sostitutivo⁴.

Sempre all'interno di questo formante giurisprudenziale relativo all'eccesso di potere giurisdizionale, si collocano anche due recenti tendenze sistemiche che hanno avuto l'effetto prorompente di rompere il passato equilibrio che si era trovato tra discrezionalità amministrativa e sindacato dal giudice su di essa, e per questo, oggi, hanno acceso nuove discussioni teoriche, che non riguardano soltanto la necessità transitoria di riassetto e riequilibrare il sistema in base alle nuove tendenze, ma sottendono problemi strutturali e profondi. Ci si riferisce alla discussione sulla necessità di ripensare in senso più moderno, e privo di ingom-

⁴ M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1608 e segg.; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 546 e segg. In giurisprudenza si veda: Cons. di Stato, Sez. IV, n. 601/1999, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, la sentenza che segna il passaggio da un sindacato giurisdizionale c.d. estrinseco ad uno di tipo intrinseco. Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, (ricorso) n. 43509/08, A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, in www.giustizia.it; Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, n. 18640, Grande Stevens e altri c. Italia, in [giustizia.it](http://www.giustizia.it). Nella sentenza Menarini si è posto il problema se il tipo di sindacato esercitato dal G.A. rispetto le sanzioni dell'AGCM (con

considerazioni estendibili alle altre Autorità indipendenti) possa considerarsi rispettoso dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte eur. dir. uomo. Nella sentenza Grande Stevens la Corte eur. dir. uomo chiarisce che non è necessario rivedere in senso sostanzialmente giurisdizionale il procedimento amministrativo che porta all'erogazione delle sanzioni della Consob, ma precisa che quando il giusto processo non è realizzato nella fase del procedimento amministrativa di irrogazione della sanzione la CEDU obbliga a che, contro il provvedimento sanzionatorio, l'interessato possa ricorrere davanti ad un giudice che sia in grado di esercitare la c.d. *full jurisdiction*. Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, nel sindacato di *full jurisdiction* il giudice è chiamato a sostituire la propria valutazione a quella che viene contestata alla P.A.

branti eredità storiche, il rapporto tra Stato e cittadino. In particolare si rimanda all'odierno dibattito riguardante la necessità di conservare nel sistema un diritto ed un giudice speciale⁵ che si occupino esclusivamente dell'esercizio del potere autoritativo; dibattito fomentato dalle sempre più potenti spinte unificatorie del diritto sovranazionale (comunitario ma anche CEDU) che non conosce la distinzione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e non si cura delle differenze particolari del diritto nazionale dei singoli Stati, ma richiede a tutti una tutela delle posizioni giuridiche dei privati omogenea ed effettiva. La tendenza moderna a superare l'idea di un'amministrazione come soggetto privilegiato, in posizione di sistematica prevalenza rispetto ai privati, dotata di un potere qualitativamente superiore che necessita di un suo proprio giudice, è nettamente riconoscibile nelle evoluzioni normative e giurisprudenziali che hanno caratterizzato, nel tempo fino ad oggi, la modificazione dell'approccio dell'ordinamento rispetto al rapporto tra cittadino e P.A. Il primo fenomeno che rileva questa tendenza, è costituito, probabilmente, dall'evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio più attento al rapporto, cioè in definitiva la modificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo che passa dall'essere il provvedimento, di cui il ricorrente lamenta l'illegittimità, al divenire il bene della vita agognato dal privato il cui ottenimento passa tramite l'esercizio del potere amministrativo. Il secondo fenomeno chiaramente riconoscibile è costituito dallo sfumare della netta distinzione tra giurisdizione di legittimità classica e giurisdizione (di legittimità o esclusiva) estesa al merito (come è il giudizio di ottemperanza) del G.A. Oggi infatti, anche nel giudizio classico di legittimità il G.A. è provvisto di strumenti legislativi e giurisprudenziali che ne aumentano, rispetto al passato, vistosamente la forza nei confronti dell'amministrazione, e che sono tutti diretti a garantire l'effettività della tutela chiesta dalla Costituzione ma anche dagli accordi internazionali; si pensi in particolare, per fare solo alcuni esempi, all'elaborazione della categoria del silenzio significativo e delle azioni per contrastarlo, alla acclarata risarcibilità dell'interesse legittimo come posizione sostanziale, alla recente introduzione dell'azione di adempimento pubblicitica, fino allo sviluppo dell'effetto conformativo del giudicato amministrativo e dal suo caratterizzarsi per la formazione progressiva.

Come si vede i problemi legati all'eccesso di potere giurisdizionale del G.A. si sono quasi completamente affrancati dall'originaria preoccupazione giurisprudenziale semplicemente diretta ad evitare, tramite il

sindacato della Corte di cassazione a norma dell'art. 111 Cost., che il G.A. sconfinasse nel merito amministrativo ed oggi tale problematica apre a problemi di ben diversa scala la cui soluzione non possono e non devono provenire dalla giurisprudenza ma da direttive politiche del legislatore, che investono fra l'altro come ricordato, le scelte strategiche di politica internazionale dell'Italia.

Se, dunque, si è osservato che la pratica ha estrinsecato dalla formula dell'art. 111 Cost., "soli motivi di giurisdizione", tre ipotesi che concretamente legittimano il ricorrente a impugnare le sentenze di giudici speciali di fronte alla Corte di cassazione, si è anche visto che le prime due non rilevano in modo particolare ai fini di questo commento: la prima ipotesi – cioè il riparto di giurisdizione – perché in generale non è particolarmente controversa; la seconda ipotesi – vale a dire il c.d. eccesso di potere giurisdizionale – perché apre, per come si è evoluta, a problemi che si è visto essere diversi e più ampi di quelli in commento. Bisogna allora concentrarsi sulla terza ipotesi di impugnazione in base all'art. 111 Cost., ossia il c.d. rifiuto di giurisdizione.

In relazione ai primi due casi esaminati, si è detto che il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato è possibile quando la più alta magistratura amministrativa dichiara di avere giurisdizione su materie affidate ad altro giudice speciale o alla giurisdizione ordinaria (regolazione dei confini tra le giurisdizioni), oppure sconfini nell'ambito della sfera discrezionale lasciata al legislatore o alla P.A. (eccesso di potere giurisdizionale). La categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale, che come ricordato ha riguardato inizialmente l'intrusione del G.A. nella sfera di altri poteri dello Stato, si è progressivamente distaccata da questo suo significato originario ed è stata, più di recente, utilizzata per evocare violazioni del diritto sostanziale e processuale tanto gravi da integrare il c.d. rifiuto di giustizia. Proprio qui si arriva al terzo motivo che dottrina e giurisprudenza hanno utilizzato per impugnare le sentenze del Consiglio di Stato davanti alla Corte di cassazione tramite l'art. 111 Cost., il diniego (o rifiuto) di giustizia.

Il diniego di giustizia si configura, sostanzialmente, quando, il giudice amministrativo rifiuta di fornire all'istante la tutela giurisdizionale richiesta, e per questo il ricorrente è legittimato ad appellarsi alla Corte di cassazione per ottenere la tutela che gli spettava e che gli è stata ingiustamente negata. Il diniego di giustizia si differenzia tanto dal diniego di giurisdizione: quest'ultimo si realizza quando il G.A. nega la tutela ritenendo di non avere giurisdizione per quella con-

⁵ Alcuni spunti per la ricostruzione del dibattito: Travi, Per l'unità della giurisdizione, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 380; M. Nigro, È ancora attuale una giustizia amministrativa?, in *Foro It.*, 1983, V, 249 e segg.; E. Balboni, Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 648 e segg.; S. Lariccia, Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione, in F. Cerrone-M. Volpi (a cura di), Ser-

gio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista, Napoli, 2007, 162 e segg.; G. Pastori, Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa, in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, 921 e segg. Anche, la Corte costituzionale si è espressa spesso nel senso di un'unità funzionale della magistratura, si veda, ad es. Corte cost. n. 204/2004, in *dejure.it*

troverbia e che essa spetti ad altro giudice; il rifiuto di giurisdizione, invece, ricorre allorch  il giudice speciale ritenga che quella controversia non possa essere oggetto in astratto di una pronuncia proveniente dal potere giurisdizionale.

Secondo questo indirizzo, sussiste una sottile linea di confine tra gli errori, che costituiscono *errores in procedendo* e *in iudicando*, compiuti durante il processo dal G.A. e che non sono sindacabili dalla Corte di cassazione visto il disposto del 8° comma dell'art. 111 Cost., per tutte le ragioni sopra riportate, e quegli errori del G.A. cos  gravi da determinare diniego di giustizia, cio  diniego di tutela, e come tali ritenuti sindacabili dalla stessa Corte di cassazione. Il diniego di giustizia si avrebbe, infatti, non quando venga violata una qualsiasi legge sostanziale o processuale, ma quando questa violazione sia tanto grave da stravolgere radicalmente le regole del processo e da determinare, quindi, di fatto che il ricorrente non abbia ricevuto in assoluto tutela dal G.A. La giurisprudenza ha parlato, a questo proposito, anche di "eccesso di potere giurisdizionale che porta al diniego di giustizia". Se dunque, generalmente, come ricordato in apertura, stante il disposto dei 7° e 8° commi dell'art. 111 Cost. il mancato rispetto di norme sostanziali o processuali determina la violazione dei c.d. limiti interni alla giurisdizione amministrativa e per questo tali *errores* dovrebbero essere considerati violazioni non sindacabili dai giudici di legittimit , attraverso la categoria del diniego di giustizia, la Corte di cassazione crea in via pretoria un canale per estendere il proprio sindacato di merito. Pi  in particolare, vi sono dei casi in cui la Corte ha ritenuto alcune violazioni di legge, sostanziale e processuale, tanto gravi da generare di fatto, la radicale mancanza di tutela per il privato, e questo le ha dato l'appiglio teorico per far transitare questi pi  gravi *errores* dei giudici speciali dalla categoria dei limiti interni alla giurisdizione, non sindacabili, alla categoria dei limiti esterni alla giurisdizioni, sindacabili, andandosi cos  ad aggiungere questa categoria (il diniego di giustizia) ai primi due motivi esaminati che legittimano l'attivazione del ricorso dell'art. 111, il riparto di giurisdizione e l'eccesso di potere giurisdizionale (come sconfinamento)⁶.

Nella piuttosto ampia casistica analizzata nel tempo dalla giurisprudenza rispetto il diniego di giustizia⁷, vi sono almeno due casi particolarmente noti, il caso dell'azione risarcitoria autonoma degli interessi legittimi ed il caso dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato tramite l'art. 111 Cost. quando sposino un'interpretazione della norma nazionale con-

traria a quella delle Corti eur. dir. uomo e per questo si configurino come contrarie al diritto CEDU.

Quanto al primo caso, dopo la fondamentale sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 500 del 1999 in cui venne stabilito il principio della risarcibilit  degli interessi legittimi, si pose il problema della c.d. pregiudiziale amministrativa. In particolare il Consiglio di Stato sosteneva che vi fosse bisogno dell'annullamento del provvedimento da cui proveniva la lesione per richiedere il risarcimento dell'interesse legittimo, mentre la Cassazione rigettava questa interpretazione e fino all'intervento del legislatore, solidificatosi con l'emanazione del codice del processo amministrativo che come   noto sposa una tesi intermedia della autonomia temperata dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, aveva iniziato ad annullare le sentenze del Consiglio di Stato proprio attraverso l'art. 111 Cost., argomentando che ove il Consiglio di Stato non avesse riconosciuto il risarcimento del danno dell'interesse legittimo, quando il privato non avesse tempestivamente impugnato il provvedimento lesivo allora il giudice speciale avrebbe denegato la giustizia richiesta dall'istante che poteva reagire appunto utilizzando l'art. 111 Cost., rientrando tale ipotesi di denegata giustizia nella formula "soli motivi di giurisdizione".

Il secondo caso, particolarmente rilevante, riguarda il rapporto tra il diritto interno ed il diritto della CEDU.   noto, infatti, che nel tempo sono stati prospettati, come possibili, vari rimedi preventivi, l'interpretazione orientata, il rinvio pregiudiziale, e successivi, la revocazione e il risarcimento del danno, per evitare che si formino e permangano giudicati interni in contrasto con il diritto sovranazionale tanto comunitario quanto appunto della CEDU. Ora, mentre pi  volte, visto il valore supremo della libert  personale,   stata affermata la necessit  di revocazione della sentenza penale passata in giudicato quando in contrasto con il diritto CEDU,   stato affermato altres  che quando a passare in giudicato siano sentenze civili o amministrative (salve il controverso caso delle sanzioni sostanzialmente penali delle autorit  indipendenti) la necessit  della revocazione venga meno, prevalga l'interesse alla stabilit  del giudicato, e siano utilizzabili solo gli strumenti correttivi anteriori alla formazione dello stesso (come l'interpretazione orientata, o al limite tramite l'utilizzo del meccanismo del giudicato a formazione progressiva) e, in ogni caso, successivamente alla formazione del giudicato sia sufficiente, per tutelare l'interesse del privato che abbia subito un giudicato contrario al diritto sovranazionale, il ri-

⁶ I giudici di legittimit  hanno ritenuto, ad esempio, che se al privato non vengono riconosciute in giudizio le azioni che gli spettano per legge, oppure non vengono rispettate le minime garanzie del giusto processo come previsto dall'art. 111 Cost., allora   come se questo non avesse ricevuto tutela dal giudice, e cio  legittima il proprio sindacato sulla giurisdizione.

⁷ Tra le violazioni di norme processuali che hanno fatto parlare la Corte di cassazione di diniego di giustizia si ha, ad esempio: la rilevanza d'ufficio della questione di giurisdizione in appello

Cass. civ., Sez. un., n. 4109/2007 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; la rilevanza della questione di giurisdizione con sola memoria Cass. civ., Sez. un., n. 19912/2016, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cons. di Stato, A.P., n. 4/2001 ha affermato che una volta esaminato e accolto il ricorso incidentale diventa inammissibile il ricorso principale, con il provvedimento della Cass. civ., Sez. un., n. 2242/2015 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, le Sezioni unite hanno ritenuto questa conclusione un caso di diniego di giustizia.

sarcimento del danno subito (o almeno che sia rimesso alla discrezionalità del legislatore nazionale se prevedere uno specifico caso di revocazione).

Se questa è ad oggi l'interpretazione più seguita dalla giurisprudenza rispetto a tale tema, va segnalato che la Corte di cassazione aveva provato ad utilizzare l'art. 111, 8° comma, Cost. per sindacare le sentenze del Consiglio di Stato che andassero ad adottare decisioni contrarie all'interpretazione del diritto CEDU rese dalla Corte eur. dir. uomo. La Corte di cassazione ha sostenuto che quando il Consiglio di Stato adotti decisioni così errate da violare l'art. 6 CEDU (come interpretato dalla Corte eur. dir. uomo) e quindi commetta violazioni delle regole processuali tali da determinare il radicale stravolgimento delle garanzie e delle regole del processo, allora viene integrato un caso di denegata giustizia che non legittima il solo risarcimento del danno subito dal privato ma permette l'impugnazione della sentenza lesiva tramite il 8° comma dell'art. 111 Cost.⁸.

Il monito della Corte costituzionale, il rinvio alla Corte di giustizia: il quadro attuale

Questa interpretazione delle Sezioni unite è stata rifiutata dalla Corte costituzionale, con l'importante sentenza n. 6/2018⁹. Con il provvedimento in questione, la Corte ha escluso che i giudici di legittimità possano cassare una sentenza del Consiglio di Stato quando essa non sia conforme all'interpretazione delle norme come rese dalla Corte eur. dir. uomo, trattandosi di errori qualificabili come *in procedendo* o *in iudicando* che esorbitano dal sindacato della Corte di cassazione a norma del 8° comma dell'art. 111 Cost. La Corte costituzionale è chiarissima nello specificare che la Corte di cassazione possa sindacare le sentenze dei giudici speciali, attraverso l'art. 111 Cost., solo ove queste travalichino i limiti esterni della giurisdizione, cioè l'esistenza in quella controversia del potere di decidere, e non invece il modo di decisione della controversia stessa. Non solo, ancora più precisamente, attraverso un importante passaggio, da evidenziare, la Corte identifica esattamente il campo applicativo dell'art. 111 Cost., specificando: "I motivi deducibili in questa sede riguarderebbero solo le ipotesi in cui si prospetti la violazione dell'ambito della giurisdizione in generale – per essere stata esercitata nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale (c.d. "rifiuto di giurisdizione") – o l'aver pronunciato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l'aver negato la

propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (c.d. "diniego di giurisdizione")". La Corte costituzionale ha dunque posto un freno alla forza espansiva del sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato specificando che è lo stesso impianto costituzionale a rifiutare un sindacato di merito della Corte di legittimità sulle sentenze dei giudici speciali.

Attraverso l'utilizzo delle coordinate sopra tracciate è possibile contestualizzare l'ordinanza delle Sezioni unite in commento in questo solco evolutivo.

Il consorzio istante, infatti, ha lamentato l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato (e prima del T.A.R. Lombardia) che avrebbe portato all'ipotesi di diniego di giustizia, quando ha confermato le conclusioni della Prefettura di Milano e del Tribunale penale di Napoli nel ritenere ancora presenti le condizioni che non permettevano la rimozione del provvedimento antimafia che aveva colpito il consorzio stesso. Le Sezioni unite hanno concluso che pure ove questa valutazione del Consiglio di Stato fosse stata errata, essa in ogni caso avrebbe riguardo (e riguarda effettivamente) le modalità di erogazione della tutela (incongruo scrutinio delle risultanze dell'istruttoria e applicazione di regole processuali), e, per tale ragione, non è possibile impugnare tale provvedimento, lamentando appunto la lesione del giusto processo, attraverso lo strumento dell'art. 111 Cost., perché tale sindacato non attiene ai limiti esterni della giurisdizione, cioè l'esistenza nel caso concreto del potere del giudice di decidere, ma riguarda i limiti interni della giurisdizione, cioè il modo di erogazione della tutela non sindacabile dal giudice di legittimità.

Le Sezioni unite spiegano, ancora più in particolare, che i ricorrenti lamentano la lesione delle garanzie del giusto processo come previsto dall'art. 111 Cost., e del giudice naturale e imparziale previsto dalla legge. Infatti, il consorzio lamenta che sia il T.A.R. che poi il Consiglio di Stato, così come in fase amministrativa la Prefettura di Milano, avrebbero omesso di rivalutare nel merito l'esistenza di fatti nuovi e sopravvenuti che avrebbero determinato la rimozione della interdittiva antimafia, stravolgendo così le regole del giusto processo e commettendo un eccesso di potere giurisdizionale che avrebbe portato alla figura del diniego di giustizia. Invece il Consiglio di Stato ha ritenuto che non ricorressero fatti realmente nuovi o sopravvenuti, rispetto a quelli valutati dalla Prefettura e dal T.A.R., che consentissero all'autorità incaricata di ritirare l'interdittiva, ma invero tale insistenza di fatti nuovi così come la non modificazione delle condizioni sulla base delle quali il provvedimento antimafia era stato emanato, legittimava la Prefettura a procedere ad un atto

⁸ In giurisprudenza si veda: Cass. civ., Sez. un., 17 novembre 2016, n. 23400 e Cass. civ., 15 marzo 2016, n. 5070, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

⁹ Uffici amministrativi del Consiglio di Stato, *La Corte costituzionale chiarisce il concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *giustizia-amministrativa.it*. Sentenza n. 6/2018 in Servizio Studi Corte costituzionale, Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019 presieduta da Giorgio Lattanzi.

di conferma impropria, cioè un atto meramente confermativo, dell'interdittiva stessa nei confronti del consorzio. Nel merito il Consiglio di Stato aveva argomentato che “diversamente da quanto ritenuto dal consorzio, la sentenza del Tribunale penale di Napoli, come già sottolineato nella fase cautelare, aveva in realtà confermato l'esistenza di collegamenti del consorzio con la criminalità organizzata, per nulla incrinati dal fatto che era stata esclusa dal medesimo organo giudicante il fatto che G.A. ed i di lui figli fossero i gestori di fatto del Consorzio. Era dunque emerso che i singoli elementi valutati complessivamente dal Tar erano stati legittimamente ritenuti rivelatori di un rischio concreto di condizionamento dell'impresa. Il G., infatti, imprenditore sponsorizzato dal clan B., aveva agito nella gara proprio con la mediazione della CO.LO.COOP, a nulla rilevando l'unicità del contratto preso in considerazione ai fini del provvedimento adottato, risultando comunque dimostrato che l'attività dell'impresa restava ancora condizionata da contatti e legami con la delinquenza organizzata”.

Nel risalente dialogo tra le Corti interne si è inserito di recente un quarto attore non nazionale. Infatti, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi dalle Sezioni unite della cassazione, attraverso lo strumento della questione pregiudiziale, sulla compatibilità dell'art. 111, 8° comma, Cost., per come interpretato dalla Corte costituzionale nel 2018, con la Carta di Nizza, con particolare riguardo al principio di effettività della tutela posto dall'art. 47. Si tratta dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598/2020¹⁰. Il caso è quello di un'azienda sanitaria locale che aveva avviato una procedura di evidenza pubblica al fine di individuare un'Agenzia per il lavoro alla quale affidare per un periodo determinato di tempo la somministrazione di personale in suo favore. La gara andava aggiudicata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, veniva prevista dal bando, inoltre, una soglia di sbarramento delle offerte il cui mancato raggiungimento non avrebbe consentito, alle otto imprese partecipanti, di andare avanti nella procedura. Solo due offerte raggiungevano tale soglia, così la terza impresa deci-

deva di impugnare prima la sua esclusione e poi l'aggiudicazione della gara argomentando nel merito sotto vari profili. In un primo momento il T.A.R. competente, ritenendo legittimata ad agire l'impresa ricorrente, analizzava e rigettava i motivi del ricorso nel merito. Successivamente, investito della questione il Consiglio di Stato riteneva l'impresa ricorrente sfornita di legittimazione all'impugnazione dell'aggiudicazione, valutando che l'atto di esclusione fosse stato adottato regolarmente facendo, così, venire meno la sua partecipazione alla gara e dunque la legittimazione ad agire, dichiarando, di conseguenza, i motivi di merito, decisi dal T.A.R., travolti dalla questione di rito. La questione in fine è approdata davanti alle Sezioni unite avendo i ricorrenti impugnato la sentenza del Consiglio di Stato con lo strumento previsto dall'art. 111, 8° comma, Cost., ritenendo il provvedimento passibile di impugnazione configurando l'ipotesi di denegata giustizia, lamentando la violazione del principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale¹¹. Le Sezioni unite con la richiamata ordinanza investono la Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale composta da tre quesiti. Il primo riguardante la compatibilità con il diritto europeo dell'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, 8° comma, Cost. che circonda il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato ai soli motivi di giurisdizione in senso tecnico. Il secondo riguardante la possibilità di impugnare con lo strumento, ora ricordato, le sentenze del Consiglio di Stato che eviti di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, configurandosi dunque una definitiva violazione del diritto europeo da parte dello Stato italiano. Ed infine, il terzo, di più stretto diritto amministrativo, riguardante la compatibilità con il diritto europeo delle condizioni poste dal Consiglio di Stato al fine di ritenere sussistente la legittimazione ad agire contro l'aggiudicazione dell'impresa correttamente esclusa dalla gara.

Al di là del tema, pur molto rilevante, di più stretto diritto amministrativo che riguarda l'identificazione delle condizioni necessarie per ritenere sussistente la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione per l'impresa esclusa da una procedura di evidenza¹², la

¹⁰ Ordinanza Cass. civ., Sez. un., n. 19598/2020 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. In dottrina, G. Tropea, *Il Golem europeo e i “motivi inerenti alla giurisdizione”* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), 7 ottobre 2020, in *Giustiziainsieme.it*; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, 12 ottobre 2020, in *Foronews (Foro It)*; A. Carratta-G. Costantino-G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, 19 ottobre 2020 in *Questione Giustizia.it*; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*; S. Barbareschi-L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, 19 novembre 2020, in *federalismi.it*.

¹¹ Come visto per violazione della CEDU anche nel caso di

mancato rispetto del diritto unitario la Corte di cassazione ha ritenuto, a volte ritenuto, impugnabili le sentenze del Consiglio di Stato con lo strumento dell'articolo 111 comma 8, configurandosi un caso di denegata giustizia. Infatti, prima della sentenza della Cassazione del 2018, anche in riferimento alla palese violazione del diritto comunitario da parte del giudice amministrativo la Cassazione (Cass. civ., Sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>) affermava la possibilità di impugnazione di questi provvedimenti nel caso di “radicale stravolgimento delle norme di riferimento nazionali o dell'Unione tali da ridondare in denegata giustizia”. Dopo la sentenza della Corte costituzionale, le Sezioni unite si sono invece conformate al principio di diritto espresso dalla Corte: Cass. civ. Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32733, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

¹² Sul punto: L. Bertonazzi, *La giurisprudenza europea in tema*

questione più rilevante, ai fini di questo commento, emerge dalle prime due domande che l'ordinanza citata pone. Esse riguardano proprio la richiesta di intervento che le Sezioni unite rivolgono alla Corte di Giustizia per superare l'orientamento della Corte costituzionale, della sentenza n. 6 del 2018, volto ad escludere, in ogni caso, il sindacato di merito della Corte di Cassazione riguardo le sentenze del Consiglio di Stato. Le principali argomentazioni utilizzate dalla Corte di Cassazione per sostenere tale posizione, riguardano, intanto, la parziale rinuncia alla sovranità che gli Stati membri hanno compiuto per partecipare al progetto di Unione Europea e che comporta la preminenza del diritto unitario e dell'interpretazione della Corte di Giustizia nelle materie di competenza dell'Unione (come gli appalti pubblici). Da qui discenderebbe secondo la suprema Corte interna la necessità, al fine di garantire la preminenza del diritto unitario su quello interno e della effettività della tutela nelle materie regolate dal diritto unionale, di attribuire alla Corte, che garantisce la nomofilachia nell'ordinamento, il potere di evitare il passaggio in giudicato di sentenze amministrative che nel merito, violando gravemente la normativa comunitaria, si sostanzino in un diniego di tutela, ponendosi come ultimo garante del rispetto del diritto dell'Unione nell'ordinamento interno. Le Sezioni unite ricordano, a tale proposito, che il potere di sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, non ancora definitive, diventa necessario per evitare che una decisione del giudice amministrativo contraria al diritto europeo possa comportare la responsabilità del paese che potrebbe portare al risarcimento del danno causato, soprattutto dal momento che la legge non prevede, ad oggi, la possibilità di revocazione di una sentenza per contrarietà al diritto europeo.

Tale ordinanza oltre a tentare di riaprire un dibattito che sembrava essersi chiuso con il chiaro intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 6, porta con sé implicazioni sistematiche sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione e tra giudice interno e giudice europeo. La vicenda che potrebbe originare dalla risposta della Corte di Giustizia potrebbe andarsi a collocare, infatti, in quel complesso, progressivo e risalente processo di integra-

zione tra l'ordinamento interno e quello europeo. Si è partiti dal principio di *primauté* del diritto unitario, ricavando la sua primazia sul diritto interno dal principio fondamentale posto dall'art. 11 Cost. e la rinuncia dell'Italia a parte della sua sovranità, da cui sono discese, tra le conseguenze più importanti, l'obbligo di interpretazione conforme del giudice comune così come il dovere di disapplicazione di norme interne contrastanti con il diritto europeo. Ultimamente si è assistito ad un serrato dialogo tra le Corti interne e quelle internazionali diretto a riassetare continuamente il confine che separa le diverse giurisdizioni coinvolte. Le due vicende più recenti, ma anche più significative, di questa azione di regolazione dei confini probabilmente possono scorgersi dietro il c.d. caso Taricco¹³ e la questione legata alla c.d. doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale¹⁴. In entrambi i casi la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia hanno cercato di fissare il confine tra le proprie giurisdizioni, e come nei casi ricordati, anche nel caso prospettato dalle Sezioni unite alla Corte di Giustizia sulla legittimità dell'interpretazione data dalla Corte costituzionale di una norma costituzionale, potrebbe germinare un tentativo della Corte europea di penetrare ancora più in profondità nel nostro ordinamento. Potrebbe dunque essere il caso per cui dall'ordinanza di remissione delle Sezioni unite alla Corte di Giustizia sorga un nuovo fronte di dialogo con la Corte costituzionale al fine di riassetare, ancora una volta, il confine tra le due giurisdizioni, il quale costituisce una buona cartina di tornasole sullo stato del processo di integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo.

Tentando infine di trarre le fila di questo articolato dibattito tra Corti basato sull'interpretazione dell'art. 111, 8° comma, Cost., può notarsi come nell'ordinanza oggetto di questo commento le Sezioni unite abbiano negato in radice la loro competenza a sindacare le valutazioni di merito compiute dal Consiglio di Stato sulla sussistenza o meno di fatti che avrebbero legittimato la Prefettura o i giudici stessi a ritirare o rimuovere il provvedimento antimafia. Decisione questa che va a collocarsi nel solco di una serie di altri provvedimenti giurisdizionali richiamati dalla stessa ordinanza in commento, che confermano come le Se-

di ricorso incidentale escludente, in *Diritto in processuale amministrativo*, n. 2/2020, 519 ss; R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Rivista diritto processuale*, n. 2/2018, 325 e segg.; F.G. Scoca, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in *giustiziamministrativa.it*, 2019, Fascicolo 11, 1-13.

¹³ Sul punto: C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018; M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Rivista associazione italiana costituzionalisti*, 21 aprile 2017, Fasc. n. 1/2017, *osservatorioaic.it*; A. Longo, *Iuxta propria principia. la Corte costituzionale tra auto-comprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*,

in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*, Fascicolo 3/2017, 30/07/2017; M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n.115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti della regola Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018.

¹⁴ Sul punto: G.Repetto, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista associazione costituzionalisti italiani*, 4/2019, 25 ottobre 2019; A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assaiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista Diritti Comparati*, n. 3/2017, 234 e segg.; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019, 14 e segg..

zioni unite abbiano accolto il monito della Corte costituzionale ed abbiano, almeno per il momento e nel solo livello interno, ricondotto il proprio sindacato sulle sentenze dei giudici speciali effettivamente ai soli motivi di giurisdizione in senso eminentemente tecnico, come previsto dall'art. 111 Cost., nel più corretto quadro costituzionale.

L'accoglimento del monito sembra ad un più atten-

to esame, essere avvenuto, però, solo a livello interno, infatti le Sezioni unite hanno cercato di coinvolgere la Corte di Giustizia nella difesa di una categoria pretoria, il diniego di giustizia, alla quale non sembrano essersi rassegnate a rinunciare. Andandosi dunque a riaprire, attraverso l'intervento di un attore nuovo, una partita che sul piano nazionale sembrava essersi chiusa.

Prova testimoniale civile

Cassazione civile, Sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723 – Pres. Mammone – Rel. Scarpa – P.M. Celentano (conf.) – Fresh & Fruit s.r.l. (avv. Quero) – T.V. (avv. Orlando). *Cassa App. Lecce, Sez. dist. Taranto, 19 gennaio 2015.*

Prova testimoniale civile – Contratti con forma scritta ad probationem – Transazione – Inammissibilità della prova – Rilievo d'ufficio – Esclusione – Eccezione di parte – Necessità

L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., 1° comma, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporre la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., 2° comma, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione.

Omissis. – È uniforme nelle pronunce di questa Corte l'affermazione secondo cui, giacché i limiti di ammissione della prova testimoniale sull'esistenza di un contratto soggetto a forma scritta "ad substantiam" sono dettati da ragioni di ordine pubblico, l'inammissibilità della prova assunta oltre quei limiti può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio, va rilevata anche d'ufficio e non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata, la quale può eccepire il vizio discendente anche per la prima volta con motivo di appello (Cass. Sez. 2, 24 novembre 2015, n. 23934; Cass. Sez. 3, 12 maggio 1999, n. 4690; Cass. Sez. 2, 25/03/1987, n. 2902; Cass. Sez. 3, 25 gennaio 1974, n. 196; Cass. Sez. 1, 26 aprile 1969, n. 1352).

Quando, invero, la forma scritta è richiesta per la validità di un atto, in forza degli artt. 1350, 1351 e 1352 c.c., come ben si avverte pure in dottrina, la dichiarazione formalizzata, avendo funzione costitutiva, è inevitabilmente necessaria "anche" per la prova del negozio, restando di regola il difetto dello scritto, giacché causa di nullità, rilevabile altresì d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio secondo i principi enunciati da Cass. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, e da Cass. Sez. Unite, 4 settembre 2012, n. 14828.

Quando, invece, la forma scritta è imposta, secondo la legge o la volontà delle parti, per la prova di un contratto, la questione non è di "forma dell'atto", ma di "forma della

prova", essendo la forma requisito non sostanziale, e cioè indispensabile per la validità del negozio, quanto processuale: la mancanza della scrittura comporta, allora, solo una limitazione sul terreno della prova, rendendo non ammissibile la testimonianza, qualunque sia il valore del contratto, e può però essere supplita con altri mezzi di particolare efficacia, quali la confessione od il giuramento, né impedisce l'esecuzione volontaria, la conferma o la ricognizione volontaria del negozio.

Si è detto, altrimenti, che, a differenza della forma ad substantiam, la forma prescritta in funzione soltanto della prova è estranea alla disciplina della fattispecie contrattuale e fa riferimento esclusivamente al giudizio in cui le parti vogliono far valere il negozio.

In tal senso, il limite che l'art. 2725 c.c. pone alla prova per testimoni di un contratto che debba essere provato per iscritto non attiene agli effetti sostanziali dell'atto, ma, al pari degli altri limiti legali di ammissibilità della prova testimoniale dei contratti (quali quelli fissati dagli artt. 2721, 2722 e 2723 c.c.), è dettato nell'esclusivo interesse delle parti litiganti, le quali hanno perciò piena facoltà di rinunciare, anche tacitamente, e cioè con il loro comportamento processuale, alla sua applicazione.

L'argomento della congiunta collocazione, nei due commi nel medesimo art. 2725 c.c., delle regole sulla testimonianza inerenti, rispettivamente, ai contratti da provare per iscritto ed ai contratti scritti ad substantiam, non si rivela così forte da indurre ad obliterare, sia pure ai limitati fini dell'ammissibilità della prova, le differenze che negli uni e negli altri riveste l'elemento formale, essendo la forma scritta solo nei secondi, come ricorda la stessa norma, "richiesta sotto pena di nullità". Né depone per la forzata soggezione ad un identico regime applicativo di inammissibilità la comunanza, in entrambi i commi dell'art. 2725 c.c., della deroga rappresentata dallo smarrimento senza colpa del documento, essendo a sua volta tale ipotesi ripresa dalle eccezioni che l'art. 2724 c.c. riconosce per tutti i limiti di ammissione della prova per testimoni dei contratti.

11.7. È, invero, pressoché unanime, in giurisprudenza come in dottrina, l'interpretazione secondo cui i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale, di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., sono dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione: si tratta, cioè, di limiti alla prova per testimoni che, salvo i casi di forma scritta ad substantiam, il giudice deve far valere sol quando uno dei contraenti (o dei loro eredi o aventi causa) contesti l'esistenza del contratto.

Mentre, dunque, le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione, giacché

ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possano perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevanza anche d'ufficio della loro inosservanza, la violazione delle formalità stabilite per l'ammissione della prova testimoniale, giacché ritenuta lesiva soltanto di interessi individuali delle parti, rimane affidata al meccanismo dell'art. 157, comma 2, c.p.c. (si veda già Cass. Sez. U, 13/01/1997, n. 264; poi, indicativamente, Cass. Sez. 3, 18/07/2008, n. 19942; Cass. Sez. 3, 17/10/2003, n. 15554; Cass. Sez. 3, 09/01/2002, n. 194).

Più in particolare, si afferma in giurisprudenza che le norme poste dal codice civile in materia di onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi probatori (a differenza delle norme attinenti alle modalità ed ai tempi delle deduzioni istruttorie) attengono al diritto sostanziale, tant'è che la loro violazione integra nel giudizio di cassazione errores in indicando e non in procedendo (Cass. Sez. L, 19/03/2014, n. 6332; Cass. Sez. 2, 04/02/2000, n. 1247). Non di meno, come visto, l'eccezione di irrivalenza della prova in rapporto a tali criteri sostanziali di ammissibilità ed efficacia, in assenza di un suo particolare regime, non viene assoggettata alle barriere preclusive di deducibilità che regolamentano l'introduzione nel processo dell'allegazione di un fatto impeditivo, ma, appunto, disciplinata secondo i principi che riguardano l'inosservanza delle norme sulla forma degli atti procedurali.

L'invocazione del presidio allestito dall'art. 157 c.p.c., comma 2, sottende inevitabilmente, del resto, che si supponga mancante un requisito stabilito nell'interesse di una parte, salvo a voler immaginare una iniziale inammissibilità assoluta, perciò rilevabile anche d'ufficio, che si trasformi, secundum eventum litis, in una nullità relativa derivata.

11.8. Gli artt. 2721 e ss. c.c. danno luogo a regole epistemiche di esclusione della prova, volte ad evitare essenzialmente che di un contratto siano offerte contemporaneamente al giudice prove documentali e prove testimoniali, reputandosi queste ultime meno affidabili delle prime. La Relazione al Codice Civile, p. 1114, illustrando la scelta di superare, con un regime di carattere generale, la diversità di disciplina in tema di limiti di ammissibilità della prova testimoniale che connotava il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1882, evidenziò come le disposizioni degli artt. 2721 e seguenti avessero attuato un "delicato temperamento" di quelle "legittime diffidenze che ha sempre suscitate e suscita in materia contrattuale questo mezzo di prova con la necessità di non offendere d'altro canto le esigenze della buona fede, in quei casi in cui, anche fuori delle ipotesi dell'art. 2724, usi, necessità tecniche, condizioni di ambiente, relazioni personali tra contraenti od altre circostanze anche meramente contingenti possano spiegare o giustificare perché le parti non abbiano provveduto a procurarsi un documento scritto".

La costante applicazione giurisprudenziale di tali regole di esclusione della prova testimoniale dei contratti (come rileva, talvolta criticamente, pure la dottrina) ha poi subordinato l'operatività delle stesse, sotto un profilo processuale, al potere di eccezione spettante alla parte interessata.

Questa diffusa interpretazione, non contenendo il codice di procedura civile, come pure già accennato, una distinta regolamentazione della inutilizzabilità processuale dei mezzi di prova, riconduce, infatti, al regime della nullità ex art. 156 c.p.c., ed in particolare a quello della nullità relativa, la violazione delle norme procedurali in materia di prove, ovvero, nella specie, la violazione dei limiti di ammissibilità della prova per testimoni, quando non siano in gioco contratti con forma scritta ad substantiam.

Analogamente si ragiona nelle sentenze con riguardo alla inammissibilità della prova per testimoni della simulazione, ai sensi dell'art. 1417 c.c., negandosene il rilievo giudiziale in assenza di un'espressa eccezione di parte (Cass. Sez. 3, 08/06/2017, n. 14274; Cass. Sez. 6 - 2, 17/07/2014, n. 16377; Cass. Sez. 2, 21/05/2007, n. 11771; Cass. Sez. 1, 19/01/2000, n. 551).

In alcune pronunce si è inteso precisare, peraltro, come sul piano delle definizioni occorrerebbe distinguere l'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale dedotta senza osservare le limitazioni di cui agli artt. 2721 c.c. e ss. dalla eccezione di nullità della prova assunta, operando la prima ex ante per impedire un atto invalido, e la seconda, invece, ex post per evitare che gli effetti di esso si consolidino. In tal modo, possono pure essere diversamente apprezzati gli interessi dalla medesima parte, la quale, valutata la prova, potrebbe ritenere vantaggioso l'esito, che, in forza del principio di acquisizione, giova o nuoce indipendentemente da chi abbia dedotto il mezzo istruttorio (Cass. Sez. 6 - 3, 15/02/2018, n. 3763; Cass. Sez. 2, 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. Sez. 6 - 2, 23/05/2013, n. 12784). Tale eccezione di inammissibilità ex ante costituirebbe comunque un'eccezione in senso proprio (Cass. Sez. 1, 20/02/2004, n. 3392; Cass. Sez. 2, 25/03/1995, n. 3550; Cass. Sez. L, 01/10/1991, n. 10206).

In ogni modo, poiché gli artt. 2721 c.c. e ss. sono accomunati dal prevedere i divieti della prova testimoniale dei contratti e le rispettive eccezioni, tutti stabiliti nell'esclusivo interesse delle parti private, e non nell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, il regime di rilevanza della eventuale deviazione dal modello legale non è officioso, ma viene lasciato alla disponibilità dei contendenti.

Così, l'eventuale inosservanza di dette limitazioni va necessariamente eccepita dalla parte interessata per opporsi alla richiesta di ammissione della prova; qualora, nonostante la preventiva eccezione di inammissibilità, la prova testimoniale sia stata egualmente assunta, la correlata nullità deve essere opposta dalla medesima parte nel cui interesse sostanziale è stabilito il requisito inosservato, secondo la scansione articolata dall'art. 157 c.p.c., comma 2, in funzione del corretto sviluppo dei poteri dei contendenti, verificandosene, in difetto, la sanatoria (Cass. Sez. 1, 19 febbraio 2018, n. 3956; Cass. Sez. 6 - 3, 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass. Sez. 2, 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. Sez. 1, 16 aprile 2008, n. 10062; Cass. Sez. 3, 14 febbraio 2006, n. 3186; Cass. Sez. 2, 3 aprile 1999, n. 3287; Cass. Sez. 2, 21 ottobre 1993, n. 10433; Cass. Sez. 1, 25 marzo 1976, n. 1069). Se l'interessato non abbia eccepito dapprima l'inammissibilità della deduzione istruttorie e poi la nullità della prova per testimoni comunque assunta, tale nullità non potrà più essere rilevata o eccepita per la prima volta in appello, e, tanto meno, in sede di legittimità (Cass. Sez. 3, 13 marzo 2012, n. 3959; Cass. Sez. 2, 25 marzo 1995, n.

3550; Cass. Sez. 2, 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass. Sez. 2, 10 luglio 1962, n. 1828).

Peraltro, il principio secondo cui la nullità per violazione dei limiti di ammissibilità della prova testimoniale sanciti dagli artt. 2721 c.c. e ss. rimane sanata, se non tempestivamente eccepita dalla parte interessata, non interferisce con il generale potere giudiziale di revoca delle ordinanze istruttorie attribuito dall'art. 177 c.p.c., né con il controllo affidato al collegio in sede di decisione della causa ai sensi dell'art. 178 c.p.c., comma 1, non essendo comunque tali strumenti esercitabili al fine di rilevare inammissibilità o nullità di cui il giudice non può disporre.

Rimane integro, in ogni caso, il potere del giudice di valutare secondo il suo prudente apprezzamento la prova testimoniale comunque assunta in ordine ai diritti ed agli obblighi derivanti dal contratto, alla volontà dei contraenti ed alla portata delle varie pattuizioni.

11.9. L'essere, del resto, la forma scritta ad probationem onere di natura disponibile, attinente esclusivamente alla tutela degli interessi privati delle parti, e perciò dalle stesse derogabile pure con un patto tacito (desumibile "per facta concludentia" dalla loro condotta, eventualmente consistente proprio nella rinuncia all'applicazione del limite della prova testimoniale ex art. 2725 c.c.), costituisce argomento utilizzato anche per giustificare l'operatività al riguardo del principio della "non contestazione". Ad esempio, si è di frequente sostenuto in giurisprudenza che, qualora siano pacifici tra le parti la stipula di una transazione e il suo contenuto (salvo quando riguardi uno dei rapporti di cui all'art. 1350 c.c., n. 12), il giudice deve reputare tali fatti non bisognosi di prova e tenerne conto ai fini della decisione, a nulla rilevando la mancata produzione di un atto sottoscritto dai contraenti idoneo a documentare la conclusione dell'accordo (Cass. Sez. 3, 19 ottobre 2006, n. 22395;

Cass. Sez. 3, 12 dicembre 2003, n. 19052; Cass. Sez. 2, 13 aprile 1999, n. 3621).

In tal senso, così come la non contestazione della stipula e del contenuto di un contratto scritto ad probationem, pur non surrogando la prova di tali fatti, rende la stessa superflua, può avvenire che le parti di un simile contratto, per quanto in disaccordo sui diritti e sugli obblighi da esso derivanti, non si oppongano al ricorso alla prova testimoniale, non facendo valere il limite di ammissibilità di cui all'art. 2725 c.c., comma 1.

Rimane evidente come del tutto diverse siano le conclusioni da adottare quando il rapporto litigioso si fonda su contratto che postula la forma scritta ad substantiam, in quanto il principio processuale di disponibilità dei fatti di causa e la derogabilità dei limiti oggettivi della prova testimoniale devono qui confrontarsi con la rilevanza ex officio della nullità del negozio derivante dalla mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.

11.10. In definitiva, a composizione della difformità di pronunce sulla individuata questione, va enunciato il seguente principio di diritto:

"L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporre la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione". – *Omissis*

Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale

Alberto Ronco*

Le Sezioni unite della Corte di cassazione ribadiscono il principio, già prevalente in giurisprudenza (ma non in letteratura), secondo cui l'inammissibilità oggettiva della prova testimoniale dei contratti (nel caso specifico, della transazione) non è rilevabile d'ufficio, essendo soggetta alla disciplina delle nullità formali riscontrabili solamente su istanza di parte ex art. 157, 2° comma, c.p.c. Unica eccezione è quella in cui la forma scritta sia richiesta *ad substantiam acti*. L'Autore svolge a questa tesi una critica articolata, al cui fondamento pone l'affermazione che le norme di cui agli artt. 2721 e segg. c.c., in quanto espressione di ordine pubblico processuale, non sono derogabili per volontà dei litiganti (per l'incapacità soggettiva ex art. 246 c.c. ritiene invece praticabile una soluzione parzialmente diversa).

La tesi delle Sezioni unite

Lettres passent témoins o témoins passent lettres? Nell'alternativa tra la prevalenza probatoria della scrittura sulla testimonianza o della testimonianza sulla scrittura, la tesi espressa dalle Sezioni unite¹ sposta la scelta dalla volontà del legislatore a quella delle parti: afferma, in sostanza, che sono queste a poter consentire o inibire al

giudice di impiegare la testimonianza per la dimostrazione di determinati accordi e che la volontà espressa dal legislatore assume una rilevanza secondaria, destinata ad orientare il giudice se e solo se le parti a quella volontà intendano richiamarsi.

Il principio, come si sa, non è affatto nuovo² e la funzione nomofilattica è stata espressa per confermare

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Investita della questione dalla Sezione seconda, con ordinanza n. 30244 del 20 novembre 2019 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2019).

² Cfr., tra le più recenti: Cass. civ., 25 giugno 2020, n. 12639; Cass. civ., ord., 19 febbraio 2018, n. 3956; Cass. civ., ord., 15

febbraio 2018, n. 3763; Cass. civ., ord., 8 giugno 2017, n. 14274; Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20659 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2017); Cass. civ., ord., 17 luglio 2014, n. 16377; Cass. civ., 25 giugno 2014, n. 14470 (in *Foro It.*, 2015, I, 2476, ed in *Annali it. Dir. Autore*, 2015, 493); Cass. civ., 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. civ., 13 marzo 2012, n. 3959 (in *Foro It.*, 2012, I, 3133); Cass. civ., 30 marzo 2010, n. 7765; Cass. civ., 21 maggio

una tesi che (in letteratura contrastata dai più³) la stessa giurisprudenza di legittimità aveva di rado disatteso⁴. Una tesi che la Corte suprema applica con specifico riguardo alla prova della transazione, ma che è destinata ad espandersi (come fanno le onde circolari indotte da un peso gettato nell'acqua) non solo sulla quasi totalità delle regole che disciplinano i c.d. limiti oggettivi alla prova testimoniale, ma anche su quelle che ne governano, attraverso la categoria dell'incapacità, i c.d. limiti soggettivi.

Molto brevemente. La legge ci dice: all'art. 1967 c.c., che la transazione va provata per iscritto (e per iscritto va fatta, a pena di nullità, se coinvolge uno dei rapporti per i quali la forma scritta è requisito di validità); all'art. 2725 c.c., che la prova testimoniale è esclusa per i contratti che debbono essere provati per iscritto; all'art. 2724, n. 3, c.c., che l'unica eccezione alla regola dell'esclusione (e dunque l'unica ipotesi in cui la prova testimoniale è ammessa) attiene all'ipotesi in cui il documento sia stato formato, ma sia stato poi incolpevolmente perduto dalla parte che vorrebbe avvalersene. La Cassazione ci dice che: questo insieme precettivo è derogabile per volontà dei litiganti; la volontà derogante può ricavarsi dal comportamento della parte che domandi l'assunzione della prova testimoniale della transazione e dal comportamento della controparte che (si noti) non eccepisca l'inammissibilità della prova anteriormente alla sua assunzione e non rinnovi l'eccezione nella prima istanza o difesa successiva. Con la conseguenza che, mancando questa duplice contestazione (preventiva e successiva), la prova testimoniale assunta diventa senz'altro utilizzabile e la sua inammissibilità non può più essere fatta valere, né tantomeno posta a fondamento di un motivo di impugnazione della sentenza. Resta ovviamente impregiudicato il libero convincimento del giudice, che potrebbe suggerirgli di attribuire un valore probatorio minimo (anche prossimo o corrispondente allo zero) alla testimonianza così escussa.

L'unica implicazione (apparentemente) positiva di questa tesi

Il mio giudizio su questa tesi (e sulla sua valenza espansiva) è marcatamente critico.

Prima di diffondermi sulle ragioni che mi inducono a questa affermazione, credo sia bene prendere in mano l'unico aspetto apparentemente positivo della ricostruzione dominante in giurisprudenza: l'allargamento degli spazi dati all'apprezzamento del giudice sull'insieme degli elementi dimostrativi a sua disposi-

zione. Se gli artt. 2721 e segg. c.c. e l'art. 246 c.p.c. disegnano una mappa di prova legale negativa (in quanto tratteggiano una serie di ipotesi nelle quali una determinata prova non può essere utilizzata), ecco che scalfirne la portata precettiva significa, simmetricamente, attribuire al giudice il potere di ricostruire i fatti rilevanti per la decisione attraverso un più ricco sistema di elementi: significa quindi contribuire all'affinamento della ricerca della verità. Almeno ove si condivida – come mi sento di condividere – l'assunto per cui incrementare la quantità dei fattori potenzialmente dimostrativi implica che un'intelligenza umana governata dalla razionalità – come è quella del giudice – possa offrire una soluzione della controversia che (diventa più complessa, in funzione dei fattori da prendere in considerazione, ma) tende a meglio aderire a ciò che è realmente accaduto tra le parti (e che le prove mirano appunto a rivelare).

Detto altrimenti: se le parti hanno concluso una transazione in forma orale e se la transazione così conclusa è geneticamente idonea (non esigendo la legge la forma scritta per la sua validità) e se, ancora, alla conclusione di quel contratto ha assistito qualcuno che ha sentito ciò che le parti si sono dette (ed ha visto, ove questo sia rilevante, anche ciò che le parti hanno fatto), perché mai non dovrebbe il giudice ascoltare la sua versione dei fatti? non è forse preferibile ricostruire la fattispecie storica sulla base di prove piuttosto che sul fondamento della regola residuale dettata dall'art. 2697 c.c.? non è forse meglio lasciare al giudice la valutazione sulla credibilità di una testimonianza piuttosto che escludere – in via generale ed astratta – che quella testimonianza venga assunta?

La risposta a questi interrogativi è, per me, positiva (quantomeno ipotizzando che il giudice dedichi all'escussione del testimone tutto il tempo e l'impegno che possono essere richiesti dall'esigenza di comprendere, da un lato, che cosa il testimone ricordi di aver effettivamente percepito con i suoi sensi e, dall'altro, se vi siano ragioni tali da indurre il dubbio su una sua volontà distorsiva).

Ma è positiva se si traduce in una regola, appunto generale ed astratta, che privilegi il libero convincimento a discapito della rigidità (positiva o negativa) dell'inferenza probatoria: una regola legislativa, dunque, che affidi esclusivamente al giudice la valutazione sulla credibilità della prova.

La risposta si carica invece di negatività se la deregolamentazione probatoria, immutato il sistema normativo sulle regole di esclusione, viene introdotta (vorrei dire: surrettiziamente?) attraverso un'opera-

2007, n. 11771 (in *Giust. Civ.*, 2008, I, 429); App. Lecce, 23 aprile 2015 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2015); nonché, con specifico riguardo alla prova testimoniale della transazione: Cass. civ., 8 gennaio 2002, n. 144; Cass. civ., 1° ottobre 1991, n. 10206 (in *Foro It.*, 1993, I, 223). Per l'illustrazione dell'orientamento in discorso, si vedano, in dottrina, S. Patti, *Della prova testimoniale, delle presunzioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2001, 68 e seg.; R. Beghini, *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997, 58 e seg.

³ Si vedano, oltre agli Autori richiamati più avanti, L. Laudisa, voce "Prova testimoniale (dir. proc. civ.)", in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 7; A. Dondi, voce "Prova testimoniale nel processo civile", in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997, 53 e segg.

⁴ Cfr. Cass. civ., 14 agosto 2014, n. 17986; Cass. civ., 8 marzo 1997, n. 2101, in *Arch. Loc.*, 1997, 640; Cass. civ., 9 ottobre 1996, n. 8838 (proprio in tema di transazione); Cass. civ., 23 agosto 1986, n. 5143.

zione giurisprudenziale che – forse desiderosa (e giustamente) di liberarsi di quelle regole – non si assume il peso di tentarne l'abbattimento diretto, ma scarica sulle parti la responsabilità di renderle o meno effettivamente precettive.

Se il giusto processo dev'essere regolato dalla legge, l'operazione della giurisprudenza – nel doppio snodo che passa per il ritenere le regole di esclusione della testimonianza derogabili e derogabili per volontà delle parti – non rischia di porsi in patente conflitto con l'art. 111, 1° comma, Cost.⁵ e non rischia forse di assumere tratti di ingiustizia ulteriore ove si ritenga che quella volontà possa esprimersi anche attraverso un comportamento silente, la cui imputazione soggettiva è inevitabilmente (almeno nella stragrande maggioranza dei casi) del difensore e non della parte?

Il problema dell'ordine pubblico

Per le Sezioni unite e per l'orientamento dominante in giurisprudenza, ad essere rilevabile d'ufficio è soltanto l'inammissibilità della testimonianza volta a dimostrare la conclusione di un contratto per il quale la legge richieda la forma scritta *ad substantiam*⁵; solamente in questa ipotesi, si afferma, sussisterebbe un'esigenza sovraindividuale di natura pubblicistica che, mettendo fuori campo la volontà delle parti, esigerebbe un controllo ufficioso sull'ingresso di una prova tesa a confliggere con quell'esigenza⁶.

La regola secondo cui determinati atti in tanto sono validi in quanto vengano formalizzati per iscritto risponde essenzialmente, come si sa, ad allertare l'intelletto e, quindi, la volontà dei contraenti: la scrittura, tradizionalmente, esige un impegno di attenzione che si attaglia appunto ai negozi caratterizzati da un impatto importante sulla sfera soggettiva, sfera che il legislatore non vuole sia invece impegnata dal semplice *flatus vocis* (che – potremmo dire – può anche incautamente esprimersi⁷). A questa ragione, probabilmente (e quantomeno per i beni immobili), se ne accompagna anche una di natura fiscale (lo scritto è più facilmente individuabile rispetto ai *verba volantes*) ed un'altra connessa al funzionamento dei registri appunto immobiliari (le trascrizioni ed iscrizioni sui quali diverrebbero problematiche ove dovessero compiersi sulla base di accordi verbali: per ottenere le dovute annotazioni, infatti, dovremmo immaginare la presenza dei contraenti, di tutti i contraenti, davanti al funzionario che raccolga dalla loro voce la volontà nego-

ziale). Anche se, a dire il vero, esiste un caso in cui queste ragioni secondarie diventano recessive: ed è quello in cui lo scritto *ad substantiam* sia stato sì formato (e sia stata quindi garantita l'attenzione delle parti nel momento genetico), ma sia poi andato incolpevolmente perduto, caso nel quale la prova per testimoni (così come ogni altra prova costituenda) è possibile *ex artt. 2724, n. 3 e 2725 c.c.*

Che sia un principio di natura cogente ad escludere la testimonianza sui contratti da farsi per iscritto a pena di nullità non esclude affatto, peraltro, che una ragione sovraindividuale stia alla base anche delle altre regole di esclusione oggettiva della prova testimoniale.

Questa ragione, a mio giudizio, c'è ed è strettamente legata al funzionamento del processo: a differenza di quanto fa con l'art. 1350 c.c., attraverso gli artt. 2721 e segg. c.c. il legislatore non impone ai contraenti di usare lo scritto affinché il loro volere abbia effetto, ma li ammonisce che – nell'eventualità di una controversia – non potranno (più o meno radicalmente, a seconda delle diverse fattispecie) fare affidamento sul sapere e sulle parole dei testimoni⁸. L'esortazione alla scrittura è qui dettata da una quadruplica regola di esperienza: la testimonianza è spesso imprecisa e quindi inadatta a riferire dettagliatamente la struttura negoziale di un accordo⁹; l'imprecisione cresce con l'ampliarsi del divario cronologico tra l'accordo oggetto di prova e l'escussione; la testimonianza impegna il tempo e l'energia del giudice molto di più di quanto lo impegni l'esame di un documento¹⁰, almeno sino a quando di tale documento non si sostenga la falsità; la falsità materiale (ossia la formazione apocrifia o l'alterazione) di un documento è più facilmente individuabile di quanto lo sia la menzogna di un racconto.

Si ritorna a quello che scrivevo prima: possiamo discutere sulla conclusione di queste massime e possiamo anche auspicare che le norme cessino di esserne influenzate, ma non mi sembra possibile affermare che i valori ad esse sottesi attengano ad interessi di cui le parti possono disporre¹¹ (tutt'al contrario, infatti, esse si riferiscono al corretto ed economico funzionamento del processo civile, anche nella sua dimensione finalistica e pubblicistica di meccanismo votato ad una decisione giusta).

Potremo anzi dire che le regole di inammissibilità oggettiva della testimonianza dei negozi che non richiedono la forma scritta per la loro validità sono

⁵ Nel medesimo senso si veda L. Laudisa, *op. cit.*, 2 e seg.

⁶ Cfr. Cass. civ., 24 novembre 2015, n. 23934 (in *www.lanuo- vaproceduracivile.com*, 2016); Cass. civ., 3 giugno 2015, n. 11479; Cass. civ., 8 gennaio 2002, n. 144; Cass. civ., 10 aprile 1990, n. 2988; Cass. civ., 25 marzo 1987, n. 2902.

⁷ Sociologicamente, la diffusione della posta elettronica e della messaggistica che si esprime attraverso gli SMS o sistemi come *Whatsapp* sembra peraltro mettere in crisi la coppia: voce = scarsa attenzione vs scrittura = ponderatezza.

⁸ Per un'analisi sugli analoghi istituti del diritto francese, dopo la riforma di cui alla L. 12 luglio 1980 n. 80-525, si veda E. Silvestri, *La nuova disciplina dei limiti di ammissibilità della prova*

testimoniale in Francia, in *Riv. Dir. Proc.*, 1983, 255 e segg.

⁹ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2020, 132 e segg.

¹⁰ Sull'economia processuale, come valore sotteso ai divieti oggettivi di utilizzare la prova testimoniale, si vedano G. Chiovenda, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della norma processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993 (ristampa anastatica dell'edizione del 1931), 241 e segg.; e L. Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 91 e segg.

¹¹ *Contra* L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 601 ed ivi nota 108, che aderisce alla tesi della giurisprudenza.

ancora più pubblicistiche di quella che la vieta nelle fattispecie di cui all'art. 1350 c.c.: in quest'ultima ipotesi il legislatore mira a salvaguardare le parti da atti avventati, con le prime mira a garantire il buon funzionamento della giustizia civile¹².

Undici argomenti (più o meno forti) contro il principio di diritto affermato dalla cassazione

Se, già sul piano dei valori, la tesi della disponibilità pattizia delle regole di esclusione oggettiva della testimonianza mi appare contrastabile, ancor più mi sembra debole l'operazione ermeneutica attraverso cui quella tesi viene fatta traghettare. Asserire che la testimonianza assunta in violazione di quelle regole sarebbe nulla e, quindi, soggetta alla disciplina dettata dai primi due commi dell'art. 157 c.p.c. significa infatti, a mio giudizio, invischiarsi in una serie di intoppi e di aporie.

Vediamoli distintamente.

a) Non c'è dubbio che il concetto di nullità presenti, nella disciplina del processo civile, una geometria dai confini variabili. Se consideriamo l'art. 360, n. 4, c.p.c., che appunto discorre di nullità della sentenza e del procedimento e nel quale si tende a convogliare qualsiasi *error in procedendo*, ossia qualsiasi violazione della legge processuale, dovremmo dire addirittura che la categoria comprende appunto qualsiasi distonia tra il singolo atto concretamente compiuto e la norma che astrattamente lo contempla. E così pure, se volgiamo lo sguardo all'art. 158 c.p.c. constatiamo che, anche qui, si discorre di nullità a proposito di un vizio che non attiene agli elementi contenutistici dell'atto processuale, quanto piuttosto alla legittimazione a pronunciare la sentenza.

Sta di fatto, però, che il nostro art. 157 c.p.c., ponendosi in immediata contiguità con l'art. 156 c.p.c., il quale fa espresso riferimento all'*inosservanza di forme* degli atti processuali, si direbbe votato appunto a disciplinare esclusivamente il divario tra il contenuto assertivo dello specifico atto e l'insieme degli elementi che, per quell'atto, esige la legge¹³.

Ebbene, sostenere che la testimonianza assunta al di là dei limiti posti dagli artt. 2721 e segg. c.p.c. sia carente dal punto di vista della forma – contenuto mi sembra decisamente azzardato: anche perché le citate norme del codice civile utilizzano una terminologia peculiare (incentrata sui lemmi "ammissibilità", "ammissione", "ammesso") che ha una carica semantica peculiare e ben differente da quella indotta da

termini quali "valido", "invalido" o "nullo". Una carica che induce a dubitare che le regole dettate dall'art. 157 c.p.c. vi si possano attagliare¹⁴.

b) Se davvero ci trovassimo di fronte ad una fenomenologia della nullità, dovremmo far uso della massima di ragione secondo cui è preferibile compiere un atto valido piuttosto che un atto nullo (benché suscettibile di consolidarsi a seguito della mancata eccezione di parte). Dovremmo allora anche dire che il giudice, di fronte ad un'istanza istruttoria tesa ad ottenere la testimonianza su un oggetto vietato dagli artt. 2721 e segg. c.c., dovrebbe comunque rigettarla (compiendo così un atto valido), piuttosto che ammettere la prova (compiendo così un atto invalido, prodromicamente idoneo a diventare valido qualora nessuno, prima che la prova sia assunta, eccepisca la nullità). Ma se il dovere del giudice è quello di rigettare l'istanza inammissibile, come trova idoneo spazio di espressione quella volontà delle parti di derogare agli impedimenti normativi cui la tesi dominante attribuisce rilevanza? Ci troveremo di fronte ad una rilevanza della volontà meramente secondaria (ossia subordinata alla circostanza che il giudice non abbia già d'ufficio escluso la prova). Una volontà che – in quanto destinata ad esprimersi, nel paradigma dell'art. 157, secondo comma, c.p.c., solamente dopo che l'atto è stato compiuto – sembra non possa orientare il giudice, preventivamente, ad ammettere la testimonianza vietata dagli artt. 2721 e segg. c.p.c.¹⁵.

c) La griglia di regole ed eccezioni in cui si esprime la trama precettiva dei limiti di ammissibilità della testimonianza ed il ripetuto riferimento all'"autorità giudiziaria" che figura negli artt. 2721 e 2723 c.c. induce (non la certezza, ma) la persuasione che la legge abbia considerato quella griglia come rimessa ad orientare il potere del giudice, senza che, tra legge e giudice, possa rilevare la volontà dei litiganti: e la persuasione cresce considerando che a quella volontà ben avrebbe potuto il codice riferirsi espressamente, includendola tra le eccezioni ai divieti.

d) In sintonia argomentativa con quanto ho rilevato ai due punti precedenti, mi sembra vada considerato il settimo comma dell'art. 183 c.p.c., il quale ci dice che il giudice organizza l'istruzione probatoria disponendo per l'assunzione dei mezzi "ritenuti ammissibili e rilevanti". E poiché gli artt. 2721 e segg. c.c., a loro volta, ci dicono in quali casi la testimonianza è inammissibile, la coppia precettiva non genera forse la persuasione che il giudice abbia il dovere (incondizio-

¹² Per M. Taruffo, voce "Prova testimoniale (dir. proc. civ.)", in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 743 e seg., ammettere che le parti possano derogare alle regole degli artt. 2721 e segg. significa svuotarne il contenuto precettivo.

¹³ Emblematica, in questo senso, è la disciplina che l'art. 164 c.p.c. dedica alla nullità dell'atto di citazione.

¹⁴ Il parallelo è forse pindarico, ma certo non si dubita che il rilievo dell'inammissibilità dell'impugnazione (quale delineata, ad esempio, dagli artt. 334, 2° comma, 342, 1° comma, 348-bis, 348-ter, 358, 360-bis, 363, 3° comma, 375, n. 1, 387 c.p.c.) sfugga alla tempestiva eccezione di parte voluta dal 2° comma, art. 157 c.p.c.

¹⁵ Per sfuggire all'aporia dovremmo sostenere che sia nulla già l'istanza istruttoria tesa alla testimonianza su un oggetto vietato dal codice civile e che, quindi, l'eccezione di cui al secondo comma dell'art. 157 c.p.c., per essere tempestiva, vada formulata nella prima difesa successiva a quell'istanza (e non soltanto – come invece afferma la giurisprudenza – prima che la prova sia assunta). Ma una simile argomentazione si scontrerebbe, ancora una volta, con il rilievo per cui una richiesta istruttoria *contra legem* non è viziata per una carenza di forma, ma perché tesa ad un fine non consentito dalla legge.

nato rispetto al volere delle parti) di non ammettere la prova testimoniale al di fuori dei suoi limiti di ammissibilità?

Analogamente, poiché nell'ambito del rito del lavoro l'art. 421, 2° comma, c.p.c. consente al giudice di assumere la prova testimoniale, anche d'ufficio, "al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile", non è forse inevitabile ricavare *a contrario* che quei limiti sono, nel rito ordinario, invalicabili, proprio quali espressioni di un ordine pubblico (che nel rito del lavoro trova deroga in ragione di un ordine pubblico parzialmente difforme, come è quello mirato ad accertare la verità nell'ambito di rapporti in cui una parte – presuntivamente debole dal punto di vista economico o sociale – può avere difficoltà a procurarsi una prova scritta¹⁶).

e) L'art. 2725 c.c. esclude la testimonianza anche per la prova dei contratti che le parti stesse abbiano voluto siano provati per iscritto (per i quali, dunque, la forma scritta *ad probationem* discende – un po' come accade in relazione alla forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1352 c.c. – non direttamente dalla legge, ma appunto dall'autonomia negoziale). Ebbene, applicare la regola giurisprudenziale anche a questa fattispecie significa andare incontro ad una implicazione singolarmente anomala: le parti vogliono che i loro accordi, nelle eventuali controversie che le coinvolgono, siano dimostrati per iscritto; ma la dimostrazione testimoniale diventa possibile se, anche non per iscritto (ossia attraverso il mero silenzio di cui all'art. 157, 2° comma, c.p.c.), si forma una volontà apparentemente contraria¹⁷.

E ancora: se la legge riconosce l'efficacia dell'accordo teso a rendere impraticabile la testimonianza circa la conclusione del contratto (anche quando la prova sarebbe per la legge possibile, pur se nei limiti ad esempio tracciati dall'art. 2721 c.c.), ma nulla dice sull'accordo specularmente contrario (ossia volto a consentire la prova testimoniale laddove la legge la vieterebbe), non abbiamo forse una buona ragione per ritenere che questo secondo tipo di accordo sia inefficace?

f) La regola giurisprudenziale utilizza l'archetipo del silenzio-assenso ovvero il brocardo per cui "chi tace acconsente", in mancanza di un chiaro indice normativo che ne consenta l'impiego (e senza che, a mio giudizio, si possa affermare che essi rappresentino l'espressione di un principio latente nell'ordinamento processuale, idoneo a governare per *default* qualsiasi situazione non espressamente normata).

g) Conseguentemente ed inevitabilmente, la regola sfavorisce il contumace, consentendo alla parte costituita di utilizzare una prova di cui la controparte (appunto perché silente) non può tempestivamente eccepire l'inammissibilità. E ciò, mi pare, genera una stri-

dente contraddizione con l'atteggiamento di non sfavore che – sul piano della ricostruzione dei fatti rilevanti – il nostro legislatore dimostra verso la contumacia: non solo nell'art. 115, 1° comma, c.p.c. (per il quale la non contestazione idonea a fissare la verità delle altrui affermazioni è soltanto quella della parte presente), ma anche nell'art. 293, ult. comma, c.p.c. (che consente al contumace che si costituisca tardivamente di disconoscere le scritture contro di lui prodotte anche se sia ormai scaduto il termine ordinario di cui all'art. 214, n. 2, c.p.c., termine analogo a quello delineato dall'art. 157, secondo comma, c.p.c.).

h) La necessità della plurima eccezione (prima che la prova testimoniale sia assunta e poi ancora subito dopo l'escussione, nonché, secondo una nutrita linea interpretativa, pure nell'ambito della precisazione delle conclusioni¹⁸) genera una disciplina al tempo stesso barocca e di debole consistenza¹⁹. Sotto quest'ultimo profilo si consideri, infatti, che se ci trovassimo davvero di fronte ad una nullità, l'eccezione formulata ai sensi dell'art. 157 c.p.c. nei confronti dell'atto originariamente nullo dovrebbe essere senz'altro sufficiente a coinvolgere nella nullità anche gli atti da esso dipendenti *ex art.* 159 c.p.c., senza alcun onere di eccepire la nullità anche per ciascuno di questi (data l'invalidità dell'atto X ed eccepite la sua nullità, non credo che l'atto dipendente Y sia da ritenersi valido ove l'eccezione non sia rinnovata anche nei suoi confronti). E ancora, se si ritiene che l'onere dell'eccezione di inammissibilità della testimonianza, per conseguire il proprio effetto, si debba esprimere più volte, si finisce, da un lato, per attribuire all'eccezione una sorta di *ius poenitendi* che, sino alla fine del grado di giudizio in cui la testimonianza è stata assunta, gli consente di rinunciare all'eccezione e, dall'altro, per configurare l'eccezione iniziale come una sorta di prenotazione della possibilità di formulare anche l'eccezione successiva (in sostanza: l'eccezione preventiva è priva di effetto se non è seguita da quella successiva; e, addirittura, entrambe perdono la loro efficacia se non sono seguite da quella racchiusa tra le conclusioni di cui all'art. 189 c.p.c.).

i) La tesi delle Sezioni unite genera poi una singolare difficoltà ricostruttiva ove venga clonata sulla regola di equivalenza dettata dall'art. 2729, 2° comma, c.c., per la quale "le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni".

Poiché l'inferenza in cui si esprime la prova per presunzioni viene individuata e praticata dal giudice nel momento decisorio della causa (allorquando sulla base dei fatti c.d. secondari o indiziari viene ricavato, in forza di una o più massime di esperienza, l'accadimento del fatto principale rilevante), come è possibile predicare un onere di eccezione *ex art.* 157, secondo

¹⁶ L'art. 421, 2° comma, c.p.c., da questo punto di vista, può essere visto, in relazione alla prova testimoniale, come una generalizzazione della regola di cui all'art. 2724 n. 2, c.c.

¹⁷ Come vedremo tra poco, questo rilievo presenta una possibile valenza estensiva quale ulteriore ragione di critica all'orientamento qui contrastato.

¹⁸ Cfr. R. Beghini, *op. cit.*, 58 e seg.

¹⁹ Per analogo rilievo cfr. R. Crevani, *Della prova per testimoni*, in M. Taruffo (a cura di), *Istruzione probatoria*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 658 e seg.

comma, c.p.c. che sia preventivo e poi immediatamente successivo al formarsi di quella inferenza? Inevitabilmente l'eccezione di inammissibilità della presunzione travalica il grado di giudizio nel quale la presunzione viene impiegata e si converte, quindi, nell'onere di motivare (*ex artt. 342, 1° comma, o 366 n. 4, c.p.c.*), con riferimento a quell'inammissibilità, l'impugnazione della sentenza²⁰.

Si sa che un inconveniente non basta a demolire una costruzione, ma mi sembra che la tesi secondo cui l'inammissibilità della prova dei contratti ricade nell'alveo precettivo delle nullità formali riveli, con specifico riguardo alla prova presuntiva, una debolezza ulteriore che conferma la sua intrinseca fragilità.

l) L'orientamento della giurisprudenza entra in latente rotta di collisione con quanto la stessa giurisprudenza ha recentemente affermato a proposito del problema dell'impiego, da parte del consulente tecnico, di documenti diversi da quelli tempestivamente prodotti in giudizio dalle parti: problema sfiorato dal secondo comma dell'art. 198 c.p.c. e che la Corte suprema ha risolto affermando l'invalidità delle conclusioni così raggiunte dal perito, invalidità rilevabile anche d'ufficio²¹ (eppure qui la volontà delle parti parrebbe poter assumere una rilevanza addirittura superiore a quella che la tesi qui avversata le assegna a proposito dei limiti oggettivi della prova testimoniale).

m) Riprendendo lo spunto tratto dalla disciplina della prova testimoniale per i contratti che le parti vogliono siano provati per iscritto, possiamo concludere la serie di critiche alla tesi dominante osservando come essa si risolva in un tradimento particolarmente sottile della *voluntas legis*.

Non solo perché dà rilevanza ad una volontà delle parti che, nel paradigma normativo degli artt. 2721 e segg. c.c. (lo ribadiamo: sostanzialmente finalizzati a liberare il processo da una prova testimoniale facilmente surrogabile attraverso la formazione e la produzione di una scrittura) non dovrebbe assumere alcuna rilevanza; ma soprattutto perché attribuisce valore a questa volontà anche se si esterna – non per iscritto – ma *per nuda facta concludentia*, ossia proprio con quelle modalità rispetto alle quali il legislatore ha manifestato diffidenza.

Il tutto sembra quindi tradursi in questa abnorme sequenza. Il legislatore parlando ai consociati dice: voglio che diate forma scritta alla vostra volontà negoziale, cosicché il giudice possa ricostruirla con maggior speditezza e sicurezza, leggendo ciò che avete scritto e senza doversi affidare al ricordo dei testimoni; ma, se volete, potete anche non tener conto di

questa mia volontà; anzi, se volete non tenerne conto, potete farlo pure tacitamente.

Lo spazio (limitato) nel quale può esprimersi la volontà dei litiganti

Uno spazio in cui può esprimersi la volontà dei contraenti, a ben vedere, forse c'è: ma è uno spazio limitato e, ciò che più conta, espressamente convogliato dal legislatore e comunque permeato dalla libera valutazione del giudice (rispetto al quale non ha, quindi, alcuna portata cogente).

Mi riferisco agli artt. 2721, 2° comma, e 2723 c.c., laddove (rispettivamente per i limiti di valore e per i patti verbali posteriori alla formazione dello scritto negoziale²²), consentono al giudice di impiegare la prova testimoniale sulla base un apprezzamento fondato sulla qualità delle parti, sulla natura del contratto e su "ogni altra circostanza".

Ebbene, ben può ritenersi che la comune intenzione dei litiganti di avvalersi della prova testimoniale (non imponga, ma) consenta al giudice di utilizzarla: dove la comune volontà dovrà manifestarsi espressamente, o attraverso un comportamento decisamente univoco (si pensi alla condotta della parte che contesti la sola capacità del testimone *ex art. 246 c.p.c.*, senza nulla eccepire circa l'oggettiva praticabilità della prova stessa), ma non potrà essere ricavata dal mero silenzio (e, ancor meno, dal silenzio necessario del contumace).

Una contromassima?

Se volessi, quindi, tradurre in principi di diritto le ragioni che ho sin qui tentato di illustrare, direi che potrebbero essere così articolate: l'inammissibilità oggettiva della testimonianza è, nell'ambito del (grado di²³) giudizio nel quale la prova è richiesta o assunta, rilevabile anche d'ufficio; questa rilevabilità inibisce sia di assumere la testimonianza e sia di utilizzarla per la ricostruzione dei fatti rilevanti; la volontà delle parti circa l'impiego della prova è irrilevante (e lo è anche quale mancata contestazione dell'ammissibilità della prova da parte del soggetto che non ne ha chiesto l'assunzione); la volontà espressa dalle parti può essere tenuta in considerazione solamente tra le circostanze idonee a consentire l'ingresso della testimonianza nelle fattispecie contemplate dagli artt. 2721 e 2723 c.c.; le medesime implicazioni valgono per la prova presuntiva; e così, la prova testimoniale o presuntiva del contratto di transazione è inammissibile e quindi inutilizzabile (fatta salva l'ipotesi della perdita incolpevole del documento) indipendentemente dall'atteggiamento assunto dalle parti.

²⁰ In questo senso si vedano, infatti, Cass. civ., 26 maggio 2020, n. 9680; Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19485; Cass. civ., ord., 17 luglio 2014, n. 16377.

²¹ Cfr. Cass. civ., 6 dicembre 2019, n. 31886, in *Foro It.*, 2020, I, 2099, con nota di A. Alfieri, *Sui poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio*.

²² Ma nulla di simile c'è per i contratti che, come la transazione, richiedono lo scritto *ad probationem*.

²³ Se la sentenza si basa per la ricostruzione dei fatti su una

testimonianza inammissibile e, quindi, inutilizzabile, sarà onere del soccombente convogliare la sua doglianza circa l'impiego della prova in un idoneo motivo di impugnazione (ai sensi degli artt. 342 e 366 c.p.c., già richiamati nel testo): simmetricamente, quell'inammissibilità non sarà rilevabile d'ufficio dal giudice dell'impugnazione. In questo concordo con la giurisprudenza (cfr. Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19485; Cass. civ., ord., 17 luglio 2014, n. 16377).

Uno sguardo all'incapacità di testimoniare

Dicevo all'inizio della *vis expansiva* del principio espresso dalla Corte suprema: non solo dal profilo specifico della prova testimoniale della transazione a quello più ampio della prova testimoniale di tutti i contratti, ma anche a quello, parallelo, dei limiti soggettivi della prova stessa.

Ed in effetti, ove si consideri la giurisprudenza formata sull'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 c.p.c., si vedrà come la soluzione data al rilievo dell'impraticabilità della prova è sostanzialmente la stessa che abbiamo visto per l'inammissibilità oggettiva²⁴: anche qui ci si richiama alle regole sulla nullità relativa degli atti processuali; anche qui si esclude quindi che l'incapacità sia rilevabile d'ufficio; anche qui si esige, affinché il divieto normativo assuma rilevanza, l'eccezione di parte (quantomeno nella prima istanza o difesa successiva all'escussione²⁵ e nell'ambito della precisazione delle conclusioni²⁶); anche qui si fa salvo il libero apprezzamento da parte del giudice sulla testimonianza dell'incapace²⁷.

E gran parte degli argomenti che ho speso nelle pagine precedenti a proposito degli artt. 2721 e segg. c.c. mi sembra possano essere identicamente richiamati anche per l'art. 246 c.p.c. Sul piano letterale ci sono certo alcune differenze: mentre le norme del codice civile discorrono di ammissibilità/inammissibilità della prova, quella del codice di rito fa riferimento alla capacità/incapacità (in entrambi i casi, la sanzione è comunque ben diversa dalla nullità per difetto di forme e, nell'un caso come nell'altro, l'importazione di quest'ultima disciplina si profila come decisamente problematica); mentre l'art. 183, 7° comma, c.p.c. invita il giudice ad assumere le sole prove che siano (rilevanti ed) ammissibili, il primo comma dell'art. 245 c.p.c. lo invita ad eliminare i testimoni che non possono essere sentiti per legge (in entrambi i casi, le

norme sembrano sottendere un dovere che si esercita officiosamente)²⁸.

L'unica alterità che mi sembra di poter individuare attiene alla *ratio* della norma ed al suo rapporto con la volontà delle parti.

È noto (e non mi diffonderò sul punto) come la regola di esclusione soggettiva si fondi sul presupposto della scarsa credibilità del soggetto che, in quanto portatore di un interesse che gli consentirebbe l'intervento, si ritiene spinto a rappresentare i fatti non secondo l'oggettività del suo ricordo, ma alla luce della convenienza o del vantaggio che un certo accadimento storico procurerebbe alla sua posizione. Ed è altrettanto noto come l'incapacità delineata dal legislatore (più volte ed infruttuosamente denunciata alla Consulta²⁹ come ostativa al pieno esercizio del diritto di agire o di difendersi provando) sia da molti³⁰ ritenuta incongrua in quanto viene a circoscrivere una terra di nessuno dove il racconto dei fatti rilevanti non può essere rimesso alla valutazione del giudice: una terra di nessuno confinante, da una parte, con la prova testimoniale possibile (in cui a narrare è il terzo disinteressato) e, dall'altra, con le prove per confessione e per giuramento (in cui a narrare è la parte ontologicamente interessata ad una certa conformazione dei fatti storici).

Non ci troviamo quindi davanti ad un divieto che, come quello che disegna i limiti oggettivi, esclude alla radice la testimonianza per un favore verso un altro tipo di prova (che i contraenti ben avrebbero potuto procurarsi dando forma scritta alla loro volontà negoziale) ed indirettamente favorisce la speditezza processuale, ma ad un divieto che interessa esclusivamente un determinato tipo di testimone (e che, come tale, non sembra avere nulla a che fare con il principio di ragionevole durata del processo).

Se a venire in rilievo è dunque la credibilità specifica del singolo soggetto da escutere, non vedrei alcun ostacolo ad ammettere che le parti manifestino con-

²⁴ In giurisprudenza si vedano, tra le più recenti: Cass. civ., ord., 12 marzo 2019, n. 7095 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2019); Cass. civ., ord., 23 luglio 2018, n. 19498; Cass. civ., 21 ottobre 2015, n. 21418 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2016). Cfr. anche I. Barbagallo, *La prova testimoniale – Nei procedimenti civili e penali: diritto e metodologia probatoria*, Milano, 2002, 206 e seg.

²⁵ L'eccezione preventiva è per lo più considerata superflua: anzi, si afferma che essa – ove non ribadita dopo l'escussione – sarebbe insufficiente a rendere inutilizzabile la testimonianza: cfr. ad esempio in Cass. civ., 19 agosto 2014, n. 18036.

²⁶ Si vedano, su quest'ultimo aspetto, Cass. civ., 23 novembre 2016, n. 23896; Trib. Bari, 10 marzo 2016 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2016).

²⁷ Cfr. Cass. civ., ord., 15 ottobre 2018, n. 25700 (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2019). In letteratura, su quest'ultimo profilo cfr. R. Beghini, *op. cit.*, 189 e seg.

²⁸ Per la rilevanza officiosa dell'incapacità si vedano V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 204; E. Allorio, *Efficacia giuridica di prove assunte ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1966, 341 e segg.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 165; L. Dittrich, *op. cit.*, 373 e segg. (che sottolinea come la norma sia posta anche a tutela del

terzo); C. Arrigoni, *Interesse in causa ed incapacità a testimoniare: l'interpretazione lata della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2011, 1239 e seg.; R. Crevani, *op. cit.*, 689 e seg. (che pone l'accento sul citato art. 245 c.p.c.). Aderisce invece alla tesi della giurisprudenza L.P. Comoglio, *op. cit.*, 620.

²⁹ Si vedano le decisioni n. 143 dell'8 maggio 2009 (in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 429, con nota di L. Dittrich, *La corte costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle "potenziali"*); n. 75 del 28 marzo 1997 (in *Giur. It.*, 1997, I, 384, con nota di N. Tonolli, *In margine alla riaffermata legittimità costituzionale della norma sulla incapacità a testimoniare del legale rappresentante di enti*; n. 62 del 24 febbraio 1995, n. 62 (in *Foro It.*, 1996, I, 83); n. 464 del 27 luglio 1989 (in *Giur. Cost.*, 1989, I, 2150); n. 494 del 10 dicembre 1987, n. 494 (in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 812 (con nota di L. Montesano, *La corte costituzionale chiude la porta all'interrogatorio libero dei terzi interessati nel rito civile ordinario*); n. 175 del 20 giugno 1984 (in *Giur. cost.*, 1984, I, 1135); n. 85 del 7 aprile 1983 (in *Foro It.*, 1983, I, 1512); n. 164 del 15 dicembre 1980 (in *Foro It.*, 1981, I, 292, con nota di V. Andrioli, *Un'occasione mancata*; n. 248 del 23 luglio 1974.

³⁰ Si veda, ad esempio, L. Querzola, *La capacità a testimoniare tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1998, 1399 e segg.

cordemente fiducia verso la fedeltà narrativa di un determinato soggetto e possano quindi volere la sua escussione³¹. Una manifestazione di volontà necessariamente espressa e quindi non surrogabile dal silenzio (né dalla contumacia) o da comportamenti conclusivi, ma formulabile anche dal difensore, *ex art.* 84

c.p.c., dal momento che non viene in rilievo la disposizione del diritto in contesa: una volontà di fronte alla quale il giudice dovrà assumere la prova (ovviamente, se ammissibile e rilevante) per valutarla poi secondo il suo libero convincimento³².

Esecuzione forzata

Tribunale monocratico Barcellona Pozzo di Gotto, G.E., 13 gennaio 2021 – G.U. Lo Presti – X c. Y.

Esecuzione forzata – Espropriazione immobiliare – Sospensione procedimento esecutivo per il pignoramento avente ad oggetto l’abitazione principale debitore – Sospetta illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 111 e 117 Cost. – Questione rilevante e non manifestamente infondata

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 54-ter introdotto dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, successivamente prorogato dal D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, in relazione agli artt. 3, 24, 47, 111 e 117 Cost., nella parte in cui prevede la sospensione di ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare di cui all’art. 555 c.p.c. che abbia ad oggetto l’abitazione principale del debitore.

Omissis. – Il giudice dell’esecuzione ha autorizzato la vendita all’udienza del 2 maggio 2016, delegandone le operazioni ai sensi dell’art. 591 bis c.p.c. ad un professionista delegato. Quest’ultimo, in data 4 gennaio 2021, ha chiesto la rinnovazione della delega per la prosecuzione delle operazioni di vendita, ossia l’adozione di un provvedimento che partecipa della stessa natura del provvedimento che ha autorizzato la vendita e nel quale devono essere fissati i tempi e le modalità per la prosecuzione dell’attività delegata.

Il giudice rimettente è perciò tenuto ad indicare il termine per la pubblicazione dell’avviso previsto dall’art. 570 c.p.c. e della scadenza del termine per la presentazione delle offerte d’acquisto a norma dell’art. 571 c.p.c., che non potrebbero eccedere i centoventi giorni (arg. *ex art.* 569, comma 3, c.p.c.).

Tuttavia, posto che il certificato storico di residenza prodotto dal delegato ed il luogo di perfezionamento della notifica, unitamente allo stato di occupazione del bene documentato dall’esperto stimatore, dimostrano che l’oggetto dell’espropriazione è costituito dall’immobile presso cui la parte esecutata dimora abitualmente, il giudice dell’esecuzione – per effetto della sospensione prevista dall’art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 – non può allo stato rinnovare la delega e disporre la prosecuzione delle opera-

zioni di vendita (con fissazione del prossimo tentativo entro un termine non superiore a centoventi giorni), trattandosi di un atto cui si disporrebbe la prosecuzione delle attività di liquidazione in senso stretto. Viceversa, il provvedimento giudiziale potrebbe essere validamente adottato solo successivamente al 30 giugno 2021, salvo che medio tempore non intervenga un’ulteriore proroga legislativa, circostanza che non può essere aprioristicamente scartata dal momento che il termine finale della sospensione è già stato oggetto di ben due estensioni normative (citate in premessa), che ne hanno dilatato a quattordici mesi il periodo di efficacia (rispetto ai sei iniziali). Il coacervo degli interventi normativi che si sono succeduti, e da ultimo l’art. 13 comma 14, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, hanno progressivamente stabilizzato il regime della sospensione, che in origine avrebbe avuto anche un orizzonte temporale abbastanza contenuto. Una norma inizialmente efficace per sei mesi è stata medio tempore oggetto di due proroghe successive e senza che vi siano ad oggi elementi per poter escludere che il legislatore reiteri analoghi interventi normativi. L’ultimo di essi è peraltro totalmente sganciato dalla durata dell’emergenza sanitaria, fermo restando che non vi è alcuna correlazione tra il processo esecutivo e l’evoluzione della pandemia. Ne derivano perciò fondate incertezze sull’effettiva ripresa del processo e sull’effettività della tutela in questa sede riconosciuta ai creditori procedenti.

È dunque evidente il nesso di strumentalità fra la risoluzione della questione sollevata dal giudice a quo e il progredire del processo esecutivo ormai entrato in una fase di indefinita quiescenza, non dipendente dalle parti e non superabile da parte dei creditori procedenti, costretti a subire gli effetti del blocco dell’espropriazione.

L’art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 ha introdotto nell’ordinamento giuridico un’ipotesi di sospensione che appare pregiudizievole per i creditori, i quali vedono concretamente congelato il proprio diritto ad agire esecutivamente sull’abitazione principale del debitore, che a norma dell’art. 2740 c.c. risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri. La sospensione è ancorata – come già anticipato – ad un dato neutro, ossia la destinazione dell’immobile pignorato ad abitazione principale dell’esecutato che però non è un indice di ricchezza né di capacità reddituale.

Il legislatore non sembra aver compiutamente considerato le ripercussioni pratiche che possono astrattamente conce-

³¹ *Contra V. Andrioli*, voce “Prova testimoniale (dir. proc. civ.)”, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 338 e seg., per il quale l’art. 246 c.p.c. è norma inderogabile.

³² La volontà delle parti assumerebbe qui una valenza paragonabile a quella che le conferisce l’art. 1349 c.c.: quest’ultima norma consente di affidare al terzo la determinazione della volontà negoziale, mentre nel nostro caso si consentirebbe ai litiganti di affidare al terzo la ricostruzione fattuale di ciò che essi hanno

negozialmente voluto. Le norme sui limiti oggettivi della prova testimoniale sarebbero invece, a mio avviso, paragonabili ad una regola che vietasse alle parti di rimettersi ad un terzo per la determinazione dell’oggetto del contratto. Naturalmente, così come il terzo può rifiutarsi di assumere il compito di cui all’art. 1349 c.c., anche al nostro teste interessato occorrerebbe riconoscere una facoltà di astensione (ed in questo senso riprendo il rilievo di Dittrich, citato alla nota 28).

pirsi in relazione all'applicazione della norma, che per un verso ha immediate e intuibili ricadute negative sugli interessi delle parti processuali, in primo luogo per i creditori, ponendosi in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e con l'interesse di esso (che può peraltro essere comune anche al debitore) alla conclusione del processo in tempi ragionevoli; per altro verso rischia di produrre effetti deleteri sul mercato del credito, allorché ad esso ci si rivolga per il reperimento di somme da destinare per l'acquisto dell'abitazione principale.

La Corte Costituzionale ha confermato, laddove ve ne fosse bisogno, che la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'art. 24, comma 1, della Costituzione comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale (corte cost., sent. 10 giugno 2010, n. 198; cfr. altresì corte cost., sent. 8 settembre 1995, n. 419; corte cost., sent. 25 luglio 1996, n. 312). Tale considerazione è stata da ultimo ripresa anche dalla Suprema Corte di Cassazione, che ha affermato l'infettibilità della tutela giurisdizionale in sede esecutiva, quale principio ispiratore dell'ordinamento (Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11116, che rinvia a Cass. civ., Sez. Un., sent. 23 luglio 2019, nn. 19883 e 19888). L'art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, sembrerebbe porsi, in primo luogo, in rotta di collisione con il diritto alla tutela giurisdizionale, scolpito nell'art. 24, comma 1, della Costituzione, di cui il momento dell'esecuzione è quello nel quale se ne afferma l'effettività. A nulla vale riconoscere l'esistenza di un diritto se poi il legislatore frappone ostacoli processuali alla sua realizzazione. L'affermazione che precede è plasticamente esemplificata dalla fattispecie di cui al presente procedimento, in cui due persone fisiche stanno agendo nei confronti di altra persona fisica per il recupero di un credito risarcitorio (che ha trovato titolo, peraltro, nel fatto illecito dell'esecutata, da cui è derivato un danno all'appartamento – ossia all'abitazione – dei procedenti).

L'effetto determinato dal coacervo di queste proroghe è perciò paradossale (*omissis*), la cui abitazione è stata danneggiata e che hanno diritto a ricevere la somma necessaria per effettuare il ripristino, sono impossibilitati ad avvalersi della forza dello Stato per il recupero del proprio, senza che il legislatore si sia preoccupato di valutare se la condizione dei creditori sia peggiore, o meno, rispetto a quella della danneggiante-esecutata, e senza alcuna correlazione tra l'espropriazione e la pandemia. Di fatto, per effetto delle proroghe dell'efficacia temporale della sospensione, il diritto dei creditori ad agire in *executivis* è stato congelato, per un tempo solo in apparenza definito, e senza il riconoscimento di alcuna utilità compensativa a favore di coloro che pure avrebbero ragione ad essere tutelati in tempi ragionevoli a fronte dell'inerzia del debitore che ha dato causa all'espropriazione. La sospensione del processo esecutivo si traduce nella sospensione di un diritto costituzionale, senza che sia possibile scorgere all'orizzonte – per le ragioni già viste in sede di interpretazione della norma sospetta di illegittimità – correlati e concreti benefici per altri beni giuridici di rango costituzionale. In ragione e delle affermazioni di principio e delle relative applicazioni da parte del Giudice delle leggi e della giurisprudenza di legittimità, la sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore non appare ragionevole. La ragionevolezza costituisce un limite all'esercizio del potere legislativo e la sua violazione è sindacabile

dalla Corte costituzionale. È noto al giudice a quo che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85) e che la tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale (Corte cost., sent. 28 novembre 2020, n. 264). Viceversa, l'illimitata ovvero incondizionata espansione di uno di essi aprirebbe la strada alla cd. tirannia di un diritto nei confronti degli altri beni giuridici di rango costituzionale. È necessario che la limitazione dei diritti costituzionali – che si traduce sempre in un pregiudizio per coloro che ne sono titolari – sia adeguatamente compensata da un vantaggio a favore di un altro bene giuridico di pari rango, e sempre a condizione che l'intervento sia necessario prima ancora che proporzionato. Se dalla compressione di un diritto costituzionale non deriva un beneficio per un'altra situazione giuridica costituzionalmente riconosciuta e protetta, ovvero se alla lesione del primo non consegue la maggior realizzazione di un altro interesse, la norma che abbia inciso un diritto costituzionale non appare ragionevole. Nella fattispecie non appare manifestamente infondato affermare che l'art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 – sviscila alla prova dei fatti – l'effettività della tutela giurisdizionale senza un apprezzabile vantaggio per altri beni di rango costituzionale. Anzi non sembra immotivato sostenere che la norma – come si vedrà a proposito del conflitto con l'art. 47, comma 2 della Costituzione – determini effetti distortivi che vanno anche oltre la singola procedura esecutiva interessata dalla sua applicazione.

La norma non appresta alcun vantaggio per la salute individuale o collettiva, dal momento che l'espropriazione non è di per sé veicolo di contagio o di diffusione del virus, potendo anche gli accessi nell'immobile svolgersi mediante l'utilizzo di dispositivi di protezione individuali. Oltretutto – come già anticipato – il fatto che la sospensione abbia interessato solo le procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale dei debitori, nulla disponendo per le altre, sta ad indicare che non vi è alcuna correlazione tra l'art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, e la tutela del diritto alla salute ex art. 32 della Costituzione. Laddove invece la giustificazione costituzionale della sospensione venga ancorata alla cura di esigenze abitative del debitore, si osserva che l'art. 47, comma 2 della Costituzione non sembra avallare limitazioni all'esercizio dell'azione esecutiva. Una cosa è favorire o incoraggiare l'accesso al credito per conseguire la proprietà di un'abitazione altra cosa è sancirne la temporanea (ma a questo punto indeterminata) inespropriabilità. Una cosa è sancire – come anche affermato in talune convenzioni internazionali (art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e art. 11 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – il diritto al rispetto della vita privata e del domicilio, altra cosa è affermare che il diritto del creditore non possa ottenere tutela delle proprie ragioni sottoponendo ad espropriazione l'abitazione principale del debitore inadempiente, che (a) ha contratto il debito, (b) non ha adempiuto la prestazione, e in ultimo, (c) ha provocato l'iniziativa processuale della controparte. Fermo restando che l'espropriazione produce i suoi effetti sul piano della titolarità del diritto, per cui l'interesse del debitore a conservare la detenzione del bene per finalità abitative è già

tutelata attraverso la sospensione delle procedure esecutive di rilascio (salvo riproporre anche per il blocco dei rilasci coattivi i medesimi dubbi di legittimità costituzionale). Il legislatore non sembra aver ponderato il pregiudizio che la sospensione rischia di arrecare agli interessi dei creditori – non solo quelli “forti” o “istituzionali”, ma anche quelli “occasionalisti” (come nella fattispecie) – in un momento di crisi economica. Si è già visto, esaminando la norma, che da essa non deriva alcun vantaggio per la collettività, ma solo per il debitore (inadempiente).

È noto tuttavia che la speditezza del processo esecutivo abbia una diretta incidenza sulla salute dell'economia, poiché incoraggia gli investimenti (interni e soprattutto esteri), aumenta il gettito fiscale e riduce i costi del credito.

La progressiva stabilizzazione della sospensione ex art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, (unitamente alle altre norme che il legislatore dell'emergenza ha adottato a tutela dello status quo), che da un iniziale periodo di sei mesi è giunta ad una sospensione di oltre quattordici, espone la collettività al pericolo di un aumento (anche sensibile) dei tassi di interesse sui mutui per l'acquisto dell'abitazione; l'analisi economica della disposizione conduce a ritenere non manifestamente infondata la possibilità che l'accesso al credito per l'acquisto dell'abitazione principale sia sempre più complicato e oneroso per coloro che già non dispongono di altri beni da dare in garanzia, aumentando perciò ancor di più le disegualianze sociali.

La sospensione in oggetto determina, oggettivamente, una protrazione dei tempi di definizione del processo di espropriazione. Tale effetto potrebbe essere ritenuto ragionevole e compatibile con la Costituzione laddove si traduca in concreta possibilità per l'esecutato di ripianare l'esposizione debitoria e sottrarre definitivamente il bene al pignoramento. Così come accade, in via ordinaria, allorché le parti formulino istanza congiunta di sospensione ai sensi dell'art. 624 bis del codice di procedura civile. Nella fattispecie, invece, l'effetto sospensivo non è rimesso alla volontà delle parti e potrebbe finanche ritorcersi anche contro lo stesso debitore, dal momento che durante il corso della sospensione continuano a maturare gli interessi sulla somma dovuta, ai sensi dell'art. 1124, comma 1, del codice civile.

Del resto, non è previsto che il Giudice dell'esecuzione possa vagliare (a) se l'esposizione debitoria sia maturata in conseguenza dell'emergenza sanitaria ovvero (b) se in conseguenza di quest'ultima il debitore non sia più in grado di reperire le risorse necessarie per soddisfare il creditore precedente e quelli eventualmente intervenuti, sottraendo così il bene al vincolo del pignoramento.

La durata della sospensione è peraltro disancorata dalla emergenza epidemiologica da COVID-19, che lo stesso legislatore ha ritenuto di dover espressamente indicare come presupposto giustificativo del blocco delle espropriazioni delle abitazioni principali. L'attuale termine finale dell'art. 54 ter è stato esteso, da ultimo, al 30 giugno 2021, mentre la scadenza dello stato di emergenza – ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 – è al momento fissata al 31 gennaio 2021. Sul punto non appare superfluo osservare che “il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111, comma 2, Cost. e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, impone al giudice – ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c. – di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sol-

lecita definizione dello stesso” (Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373; Cass. civ., sez. III, 17 giugno 2013, n. 15106; Cass. civ., sez. II, ord. 21 maggio 2018, n. 12515). Tale principio di diritto, seppur affermato in fattispecie diverse da quella al vaglio del Giudice dell'esecuzione, è comune ad ogni processo. La stessa giurisprudenza costituzionale l'ha in passato richiamato in materia esecutiva. La ragionevole durata del processo non costituisce solo il limite per le parti e per il Giudice, al quale spetta la direzione del processo a mente degli artt. 484, ult. comma, e 175 c.p.c.; è prima di tutto un obiettivo al quale il legislatore deve informare l'esercizio della potestà legislativa. L'art. 54 ter determina indubbiamente un'espansione della durata del processo, che in concreto non potrà essere proseguito prima della prossima scadenza del 20 giugno 2021, senza che sia possibile individuare un contraltare, ossia affermare che da essa derivi una concreta utilità per alcuna delle parti. Salvo che l'interesse non sia quello dell'esecutato a sottrarsi all'espropriazione, sebbene ciò sia in evidente antitesi con la finalità istituzionale del processo esecutivo ed è perciò giuridicamente irrilevante ai fini del giudizio di ragionevolezza. Non sembra infine manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma rispetto all'art. 117, comma 1, della Costituzione, secondo cui la potestà legislativa dello Stato deve essere esercitata nel rispetto della Carta costituzionale, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. L'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (alla quale compete l'interpretazione e l'applicazione del trattato ex art. 32, paragrafo 1, e alle cui pronunce lo Stato italiano – nelle sue varie articolazioni – è tenuto a conformarsi a norma dell'art. 46), garantisce il diritto di ottenere entro un termine ragionevole l'esecuzione del provvedimento adottato all'esito del processo, quale imprescindibile condizione di effettività della tutela giurisdizionale (cfr. Corte EDU, *Hornsby c. Grecia* [GC], ric. n. 18357/91, 19 marzo 1997, par. 40-41). Tale osservazione segue al recente monito della Corte Suprema di Cassazione sull'importanza e sulla centralità dell'esecuzione forzata, “ineludibile complemento della tutela di ogni diritto, costituendo uno strumento di effettività del sistema giuridico e così dello stesso Stato democratico moderno” (Cass. civ., sez. III, sent. 11 giugno 2020, n. 11116).

La medesima giurisprudenza di legittimità ha per altro verso osservato che “il diritto a un ricorso effettivo ad un giudice, consacrato anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (adottata a Nizza il 07/12/2000 e confermata con adattamenti a Strasburgo il 12/12/2007; pubblicata, in versione consolidata, sulla G.U. dell'Unione Europea del 30 marzo 2010, n. C83, pagg. 389 ss.; efficace dalla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ratificato in Italia con L. 2 agosto 2008, n. 130, avutasi addì 01/12/2009), sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria restasse inoperante a danno di una parte /Corte Giustizia dell'Unione Europea, 30/06/2016, Torna e Biroul Executorului Judecătoresc Horatiu Vasile Cruduleci, 051205/15, punto 43; Corte Giustizia dell'Unione Europea, Grande Camera, 29/07/2019, Alekszj Torubarov c/ Bevándorlási és Menekeiltügyi Hivatal, C-556/17, punto 57)”. Per altro verso la compatibilità costituzionale dell'art. 64 ter deve confrontarsi con l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della Con-

venzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a mente del quale ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. La giurisprudenza di Strasburgo ha ricondotto nel concetto di "bene" qualsiasi entità materiale o immateriale che sia economicamente valutabile, dunque anche i diritti di credito derivanti da una decisione giudiziaria. In tal senso è stato affermato che l'impossibilità di adire un giudice per ottenere l'esecuzione di un credito certo ed esigibile comporta una violazione del citato art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 sulla "Protezione della proprietà" e dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in materia di "Diritto a un equo processo" (cfr. Corte EDU, De Luca c. Italia, ric. n. 43870/04, 24 settembre 2013, e, Pennino c. Italia, ric. n. 43892/04, 24 settembre 2013). Non è ammesso che l'ordinamento interno di uno Stato contraente consenta che una sentenza esecutiva non possa essere di fatto eseguita in danno della parte soccombente, perché la sua esecuzione è parte integrante del processo. L'art. 54 ter del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, per effetto delle modifiche di cui all'art. 4, comma 1, del decreto legge 29 ottobre 2020, n. 137, e da ultimo, per quel che in questa sede rileva, dall'art. 13, comma 14, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, che ne ha esteso la vigenza temporale al 30 giugno 2021, ha di fatto reso inoperante la condanna portata dal titolo esecutivo posto a fondamento dell'espropriazione, senza che sia astrattamente ipotizzabile che tale previsione arrechi vantaggi a beni o interessi di rango costituzionale non minori dei pregiudizi segnalati.

Non si ravvisa l'esistenza di una connessione razionale e ragionevole tra lo strumento della sospensione del processo di esecuzione e la ratio della norma, ossia salvaguardare incondizionatamente e per un (in)certo periodo di tempo il patrimonio del debitore dall'espropriazione dell'abitazione principale, a prescindere da ragioni oggettive che hanno causato il credito e dalle condizioni soggettive delle parti processuali (stato di bisogno dei creditori, abbenza del debitore, e così via). – *Omissis*.

La sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore all'esame della Consulta

Il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto solleva questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 54-ter, D.L. n. 18/2020, avente ad oggetto la sospensione del procedimento esecutivo per il pignoramento dell'abitazione principale del debitore, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 111 e 117 Cost.

La *quaestio juris* trae origine da un procedimento esecutivo intrapreso su un bene immobile del debitore, nel corso del quale, il giudice dell'esecuzione, autorizzata la vendita, e delegate le operazioni ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c. ad un professionista, viene a conoscenza che l'oggetto dell'espropriazione è costituito dall'unico immobile presso cui la parte esecutata dimora abitualmente in relazione al quale, opera la sospensione prevista dall'art. 54-ter, D.L. 17 marzo 2020, n. 18.

Ciò premesso, il g.e., chiamato ad esprimersi sulla richiesta di rinnovazione della delega per la prosecuzione delle operazioni di vendita formulata dal professionista delegato precedentemente incaricato ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c., osserva che per effetto dell'anzidetta sospensione, non può allo stato degli atti rinnovare la delega a suo tempo concessa e disporre la prosecuzione delle operazioni di vendita – con fissazione del prossimo tentativo entro un termine non superiore a centoventi giorni – trattandosi di un atto con il quale si disporrebbe la prosecuzione delle attività di liquidazione in senso stretto (In dottrina, v. Farina, *Sospensione dell'esecuzione*, in www.ilprocesso-civile.it, secondo cui al giudice sono consentiti soltanto quegli atti necessari ed opportuni, tendenti alla conservazione od all'amministrazione dei beni pignorati), ragione per cui, il relativo provvedimento giudiziale potrebbe essere validamente adottato soltanto successivamente al 30 giugno 2021, termine di scadenza della sospensione del procedimento esecutivo riguardante l'abitazione principale del debitore, così come previsto dalla suddetta disposizione normativa.

Conseguentemente, il g.e. constatato che in forza degli interventi normativi succedutisi nel corso dell'anno – da ultimo con la rinnovata efficacia dell'art. 54-ter, D.L. n. 18/2020 – si è giunti progressivamente ad una sorta di stabilizzazione del regime di sospensione previsto dalla suddetta norma che *ab origine* avrebbe dovuto interessare un orizzonte temporale alquanto contenuto, sostiene che tale situazione produce fondate incertezze sull'effettiva possibilità di riprendere il processo esecutivo e conseguentemente, sull'effettività della stessa tutela in tale sede riconosciuta ai creditori precedenti.

La sollevata eccezione di incostituzionalità dell'art. 54-ter, D.L. n. 18/2020 in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 111 e 117 Cost., muove quindi dalla considerazione che il protrarsi della proroga del suesposto regime di sospensione dell'esecuzione riguardante l'abitazione principale del debitore ha reso possibile l'entrata del processo esecutivo in una fase di sostanziale quiescenza, il cui orizzonte temporale assume una colorazione alquanto incerta, in quanto la relativa definizione dipende unicamente dalla volontà del legislatore, non essendo tale situazione superabile dai creditori precedenti, costretti a subire gli effetti del blocco dell'espropriazione in corso.

Le motivazioni che hanno indotto il g.e. a sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 54-ter, D.L. n. 18/2020 – la cui sospensione è stata attualmente prorogata dall'art. 13, 14° comma D.L. n. 183/2020 – si fondano essenzialmente sugli effetti derivanti dalla sospensione *ex lege* della procedura esecutiva (in dottrina, Leuzzi, Rossi, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale* anticovid, in www.ilcaso.it, osservano che la sospensione ha carattere necessario, dovendo il giudice dell'esecuzione, ogni qual volta abbia contezza della ricorrenza dei presupposti di legge, dichiararla con la decorrenza e la durata nella misura stabilita dalla legge; in argo-

mento, Parisi, Covid-19 e sospensione delle espropriazioni sulla “prima casa” in www.ilprocessocivile.it, valorizzando l’incipit della nuova norma, nonché la valenza generalizzata che il legislatore ha voluto imprimere all’istituto, utilizzando l’aggettivo indefinito “ogni”, ritiene che la sospensione operi a prescindere dal momento in cui il debitore abbia fissato nell’immobile la propria abitazione, purché ciò sia avvenuto prima dell’entrata in vigore dell’art. 54-ter, D.L. n. 18/2020) per effetto della quale, i creditori procedenti, vedono concretamente congelato il proprio diritto ad agire *in executivis* sull’abitazione principale del debitore, nonostante l’art. 2740 c.c. preveda che egli debba rispondere dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

In tale ottica, lo stesso g.e. osserva come la sospensione prevista dalla norma sospettata d’illegittimità costituzionale si presterebbe a creare un *vulnus* tanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale – al riguardo, ricordando che la garanzia della tutela giurisdizionale ricondotta nell’ordinanza di rimessione all’art. 24, 1° comma, della Costituzione, comprende anche la fase dell’esecuzione forzata, la quale è diretta a rendere effettiva l’attuazione del provvedimento giurisdizionale (Corte cost., 10 giugno 2010, n. 198; anche la giurisprudenza di legittimità ha affermato l’infedeltà della tutela giurisdizionale in sede esecutiva, quale principio ispiratore dell’ordinamento (Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2020, n. 11116, che rinvia a Cass. civ., Sez. un., 23 luglio 2019, n. 19888) – quanto alla conclusione del processo esecutivo in tempi ragionevolmente certi.

In ordine quest’ultimo aspetto, nell’ordinanza in commento si afferma che la proroga dell’efficacia temporale della sospensione introdotta dall’art. 54-ter, D.L. n. 18/2020 in realtà comporterebbe la paralisi del diritto dei creditori ad agire *in executivis* per un tempo solo in apparenza definito.

Il Tribunale, giunge alla suddetta conclusione, non senza ricordare da un lato che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca, non essendo possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85), e, dall’altro, che lo stesso principio di ragionevolezza costituisce un chiaro limite all’esercizio del potere legislativo, ragione per cui, se dalla compressione di un diritto costituzionale – l’effettività della tutela giurisdizionale – non deriva un beneficio per un’altra situazione giuridica costituzionalmente riconosciuta e protetta, ovvero se alla lesione del primo non consegue la maggiore realizzazione di un altro interesse, la norma che abbia inciso un diritto costituzionale non appare ragionevole, perché l’incondizionata espansione di uno di essi aprirebbe la strada alla cd. “tirannia” di un diritto nei confronti degli altri di pari rango costituzionale.

In altre parole, il giudicante afferma la necessità che la limitazione di un determinato diritto costituzionale – nella fattispecie scrutinata riassumibile nell’effettivi-

tà della tutela giurisdizionale – debba essere adeguatamente compensata da un vantaggio a favore di un altro bene giuridicamente inteso di pari rango, e sempre a condizione che l’intervento sia necessario prima ancora che proporzionato.

Orbene, poiché la sospensione interessa solo le procedure esecutive aventi ad oggetto l’abitazione principale del singolo debitore, nulla disponendo per le altre (In dottrina, Soldi, *La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus*, in www.judicium.it, afferma che la sospensione *ex lege* risponde ad una finalità specifica che non è ravvisabile nella tutela del patrimonio del debitore perché se così fosse stato sarebbero state sospese anche le altre espropriazioni, ma soltanto la sua abitazione principale, intesa come effettiva dimora; Sassani, Capponi, Panzarola e Farina, *Sulla sospensione delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l’abitazione principale del debitore*, in www.judicium.it, i quali osservano che la sospensione *ex lege* è applicabile alle procedure esecutive per espropriazione immobiliare aventi ad oggetto l’abitazione principale del debitore esecutato; Amendolagine, *La sospensione dell’esecuzione immobiliare per l’emergenza Covid-19*, in www.judicium.it), non è dato riscontrare alcuna correlazione tra l’art. 54-ter, D.L. n. 18/2020, e la tutela del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, mentre laddove invece la giustificazione costituzionale della sospensione venga ancorata alla cura di esigenze abitative del debitore – che dopo avere contratto il debito, non ha adempiuto la prestazione, e in ultimo, ha provocato l’iniziativa processuale del creditore – il g.e. opportunamente sottolinea come l’interesse del debitore a conservare la detenzione del bene per finalità abitative sia già tutelato attraverso l’ulteriore previsione legislativa riguardante la sospensione delle procedure esecutive di rilascio.

In estrema sintesi, nell’ordinanza annotata si afferma che la sospensione prevista dal citato art. 54-ter determinerebbe oggettivamente una protrazione dei tempi di definizione del processo di espropriazione, funzionale unicamente a tutelare l’interesse dell’esecutato a sottrarsi all’espropriazione, in evidente antitesi con la finalità istituzionale propria del processo esecutivo.

In tale ottica, il g.e. richiama l’art. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, laddove garantisce il diritto di ottenere entro un termine ragionevole l’esecuzione del provvedimento adottato all’esito del processo, quale imprescindibile condizione di effettività della tutela giurisdizionale, unitamente all’importanza e centralità dell’esecuzione forzata, quale ineludibile complemento della tutela di ogni diritto, costituendo uno strumento di effettività del sistema giuridico (Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2020, n. 11116, cit.).

Vito Amendolagine

Diritto Commerciale

a cura di Gastone Cottino

con Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Marco Ricolfi,
Marcella Sarale e Roberto Weigmann

Società cancellate

Corte costituzionale, 8 luglio 2020, n. 142 – Pres. Cartabia – Rel. Modugno – G.L. e Tre Elle s.r.l. – Agenzia delle Entrate con l'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Società – Debiti tributari – Accertamento e riscossione – Registro delle imprese – Cancellazione – Inefficacia temporanea – Eccesso di delega – Insussistenza

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 (Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata) nella parte in cui prevede che “[a]i soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese”, differendo l'efficacia dell'estinzione della società con riguardo ai soli rapporti con l'amministrazione finanziaria e facendo rivivere per un lungo lasso di tempo un soggetto estinto.

Società – Debiti tributari – Accertamento e riscossione – Registro delle imprese – Cancellazione – Inefficacia temporanea – Principio di uguaglianza – Violazione – Insussistenza

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza dell'art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 (Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata) nella parte in cui prevede che “[a]i soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese”, differendo l'efficacia dell'estinzione della società con riguardo ai soli rapporti con l'amministrazione finanziaria e facendo rivivere per un lungo lasso di tempo un soggetto estinto.

Per il testo della sentenza v. www.cortecostituzionale.it.

La Consulta salva l'ultrattività “fiscale” delle società cancellate. Verso l'ultrattività “civile”?

Luca Boggio*

Nel 2014, a seguito delle decisioni della Corte di cassazione relative agli effetti della cancellazione delle società, il legislatore introdusse una disposizione volta a concedere ai creditori fiscali e contributivi un quinquennio dalla richiesta di cancellazione per esperire azioni ancora nei confronti della società pur cancellata. La norma in questione (art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175), richiamò critiche anche sotto il profilo della conformità al dettato costituzionale. La Consulta risolve i dubbi a favore della “mano” pubblica, rigettando le censure di incostituzionalità per supposta violazione degli artt. 3 e 76 Cost. L'A. condivide la posizione espressa dalla Corte, ma, soprattutto, mette in evidenza le molte criticità che la soluzione legislativa – salvata dalla Consulta – comporta anche alla luce dell'affermata successione *sui generis*, che si verificherebbe per effetto della cancellazione della società dal registro delle imprese.

Le questioni pregiudiziali

A seguito dell'ordinanza di rimessione della Commissione Tributaria Provinciale di Benevento del 13 marzo 2019, la Corte costituzionale è stata investita

della questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, 4° comma, D.Lgs. n. 175/2014 sotto il profilo della prospettata violazione del principio di uguaglianza e del divieto di eccesso di delega legislativa¹.

* Il contribuente è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Relativamente agli effetti della previsione di cui all'art. 28, 4°

comma, D.Lgs. n. 175/2014 v., tra gli altri, Laroma Jezzi, *Cancellazione di società e responsabilità dei coobbligati*, in *Corr. Trib.*, 2014, 2954; Bianchi Lo., *Società di capitali cancellata: tra succes-*

L'Avvocatura dello Stato, per conto del Governo, ha difeso la scelta di riconoscere all'Amministrazione Finanziaria il potere di agire nei confronti delle società nonostante la cancellazione dal registro delle imprese e ciò per il periodo di cinque anni. La Consulta, con sentenza depositata in data 8 luglio 2020 n. 142, ha dichiarato non fondate le censure formulate sul fondamento degli artt. 3 e 76 Cost.

Il contesto

Con la riforma societaria del 2003 fu introdotto l'art. 2495 codice civile e fu chiaramente sancito che la cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione delle società di capitali con efficacia costitutiva, riconoscendo ai creditori sociali il diritto di rifarsi in seguito solo sul patrimonio dei soci, ma con il limite di quanto percepito da costoro in sede

di liquidazione, oppure di esercitare l'azione di responsabilità contro i liquidatori per violazione delle regole a presidio dell'attività di liquidazione². La successiva giurisprudenza di legittimità statui che la cancellazione provoca analogo effetto estintivo anche rispetto alle società di persone³; tuttavia, per queste ultime la pubblicità nel registro delle imprese produce effetti soltanto dichiarativi, consentendo perciò ai creditori di far valere l'eventuale prosecuzione di fatto dell'attività sociale ed il conseguente permanere della soggettività giuridica della società nonostante le divergenti risultanze pubblicitarie. Siffatta disciplina era stata successivamente applicata dalla Corte di cassazione anche in presenza di debiti fiscali non pagati al termine della liquidazione sociale⁴.

Per effetto dell'impostazione accolta il supremo collegio ha ricostruito la responsabilità dei soci come frutto di un fenomeno successorio, pur qualificato

sione e responsabilità (tributaria) dei soci, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015, 1 e segg.; Guidara, *Sull'asserita agonia fiscale delle società di capitale estinte: una (diversa) interpretazione dell'intervento legislativo di fine 2014*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, 375 e segg.; Franson, *L'estinzione postuma delle società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, in *Rass. Trib.*, 2015, 47 e segg. (lo studio è stato consultato in versione elettronica, potendo qui citare dunque solo la pagina iniziale, ragion per cui si farà riferimento nel prosieguo ai paragrafi in cui si articola); Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1050 e segg.; Ragucci, G., *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro delle imprese valgono solo "pro futuro"*, in *Corriere giur.*, 2015, 1628; Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1040 e segg.; Murciano, *Differimento, ai fini fiscali, degli effetti dell'estinzione delle società: brevi riflessioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, 165 e segg.; Dalfino, *La cancellazione "differita" della società in ambito tributario*, in *Società*, 2018, 195 e segg.

² Tra i tanti si rinvia a Speranzin, *L'estinzione della società di capitali in seguito all'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. Società*, 2004, 514 e segg.; Spolidoro, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, *ivi*, 2007, 823 e segg.; *Id.*, *Effetti sostanziali della cancellazione delle società: sopravvenienze attive e passive*, *ivi*, 2017, 913 e segg.; Porzio, *La cancellazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 4, Assago, 2007, 84 e segg.; Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, Torino, 2013, 55 e segg.; Zorzi A., *L'estinzione della società di capitali*, Milano, 2014, 46 e segg. Nella giurisprudenza di legittimità ci si limita a segnalare le fondamentali sentenze del 2010 e del 2013 ossia Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060, Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4061 e Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4062 commentate da Dalfino, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese*, in *Società*, 1011 e segg.; Ferro, *Cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone e di capitali*, in *Fallimento*, 2010, 403 e segg.; Fimmanò-Angiolini, *Gli effetti della cancellazione della società alla luce delle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Riv. Notar.*, 2010, I, 1465 e segg.; Weigmann, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1610 e segg.; Zorzi A., *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 917 e segg., nonché le successive, Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6071, Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6072 commentate da Cottino, *La difficile estinzione delle società: ancora un intervento (chiarificato-*

re?) delle Sezioni Unite, in *Giur. It.*, 2013, 862; De Sabato, *Cancellazione dal Registro delle Imprese, estinzione ed effetti su rapporti giuridici sostanziali e processuali*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, 612 e segg.; Fimmanò, *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali*, in *Società*, 2013, 542 e segg.; Guizzi, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*, in *Società*, 2013, 559 e segg.; Martino F., *Sugli effetti sostanziali della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, 966 e segg.; Nigro, *Cancellazione ed estinzione delle società: una parola definitiva dalle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2013, I, 2212 e segg.; Vanzetti M., *Cancellazione della società dal registro delle imprese e processi pendenti*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, 978 e segg.; Speranzin, *Successione dei soci ed iscrizione nel registro delle imprese del fatto estintivo della società*, in *Corriere Giur.*, 2014, 252.

³ V. Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070. In dottrina con specifica attenzione agli effetti della cancellazione delle società di persone, oltre a Zorzi A., *L'estinzione della società di capitali*, cit., 72 e segg.; *Id.*, *La cancellazione e l'estinzione delle società di persone (con alcune considerazioni più generali)*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2016, 792 e segg.; Parente, *L'ultrattività fiscale della società cancellata dal registro delle imprese*, in *Ann. Bari*, 2016, 374 e seg., da ultimo Cottino, *Le società di persone*, Torino-Bologna, 2019, 389 e segg.

⁴ V. Cass. civ., 18 dicembre 2019, n. 33554; Cass. civ., 18 dicembre 2019, n. 33549; Cass. civ., 15 gennaio 2019, n. 733, in *Riv. Giur. Trib.*, 2019, 614 e segg. nota di Guidara, *Società di capitali estinte: responsabilità automatica e intra vires dei soci, ma non per le sanzioni tributarie*; Cass. civ., 23 maggio 2017, n. 12953, in *Fisco*, 2017, 2396; Cass. civ., 7 aprile 2017, n. 9094, in *Riv. Dir. Trib.*, Supplemento on-line del 24 maggio 2017, con nota di Farri, *Estinzione della società in corso di giudizio: conseguenze processuali*; Cass. civ., 26 giugno 2015, n. 13259 in *Riv. Dir. Fin.*, 2015, 61 e segg. con nota di Minutoli, *Considerazioni sistematiche sulla responsabilità dei soci per debiti tributari di società estinte*; Cass. civ., 8 gennaio 2014, n. 179, in *Società*, 2014, 368 e segg. con nota di Gabelli, *Azione di responsabilità contro il liquidatore dopo il deposito del bilancio finale di liquidazione*; Cass. civ., 8 agosto 2013, n. 18932; Cass. civ., 17 luglio 2013, n. 17467; Cass. civ., 5 settembre 2012, n. 14880, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 829 con nota di Corasaniti; Cass. civ., 11 maggio 2012, n. 7327, *ibidem*; Cass. civ., Sez. trib., 3 novembre 2011, ord. n. 22863; in dottrina Gabellini, *L'estinzione delle società: prime riflessioni sulle ricadute processuali conseguenti al revirement della Corte Suprema*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 321 e segg.; Glendi, *L'estinzione postliquidativa delle società cancellate dal registro delle imprese. Un problema senza fine?*, in *Corriere giur.*, 2013, 7 e segg.; Tassani, *Estinzione delle società e residui attivi da liquidazione: profili fiscali*, in *Rass.*

come *sui generis*. Pertanto, quando all'estinzione della società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, il conseguente "fenomeno di tipo successorio" comporterebbe che "a) le obbligazioni si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, essi fossero o meno illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) si trasferiscono del pari ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa, i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, ma non anche le mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato"⁵. Dunque, i soci diverrebbero titolari delle obbligazioni prima sociali note e considerate nel bilancio finale di liquidazione; parimenti accadrebbe per quanto beni e rapporti non menzionati, ma, quando attivi, solo se certi. Logica conseguenza di tutto ciò è il venir meno della legittimazione sostanziale e processuale della società, perché estinta, residuando una legittimazione dei soci-successori entro il limite di quanto ricevuto in sede di liquidazione. Sul versante dei debiti tributari, questo significherebbe che, iscritta la cancellazione della società, il fisco potrebbe rivalersi solo sui soci ed entro i limiti predetti⁶, essendo inesi-

stente la notificazione di atti alla società o all'ex-liquidatore dopo la formalità pubblicitaria e dovendo far accertare il debito direttamente nei confronti dei soci medesimi⁷.

Per porre rimedio alle difficoltà frapposte dai privati all'attuazione in concreto dell'obbligazione tributaria o contributiva⁸, ma anche ai ritardi di azione da parte dell'amministrazione pubblica, nel quadro dell'attuazione della delega conferita al Governo con la legge 11 marzo 2014, n. 23, "per un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita", fu promulgato l'art. 28, 4° comma, D.Lgs. n. 175/2014, il quale sancì che "ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'art. 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese". Dunque, una sorta di "ultrattività ai soli fini fiscali-contributivi" della società estinta.

Secondo l'Agenzia delle Entrate⁹ si sarebbe oltretutto trattato di una "norma procedurale" con la conseguenza che avrebbe dovuto "trova[re] applicazione anche per attività di controllo fiscale riferite a società che hanno già chiesto la cancellazione dal registro delle imprese o già cancellate dallo stesso registro prima della data di entrata in vigore del decreto in commento"; dunque, una disposizione con efficacia retroattiva.

Siffatta lettura non incontrò, tuttavia, l'avallo della giurisprudenza di legittimità sulla scorta della consi-

trib., 2014, 1012 e segg.; Murciano, *Differimento, ai fini fiscali, degli effetti dell'estinzione delle società: brevi riflessioni*, cit., 169. A completamento si aggiunga la Risoluzione n. 77/D del 27 luglio 2011.

⁵ Testualmente da Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070; parimenti Cass. civ., 15 novembre 2016, n. 23269, in *Foro It.*, 2017, I, 2812. Sul tema anche Cass. civ., 21 gennaio 2014, n. 183, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 253 e segg. con nota di Zorzi A., *L'estinzione delle società di capitali: la sorte di "mere pretese" e "crediti illiquidi"*; cui adde Glendi, *Cancellazione-estinzione delle società e cessazione della materia del contendere nei giudizi in corso*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2011, 518 e segg.; Guerrieri, *Cancellazione della società, rinuncia alle attività e sopravvenienze attive*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 606 ss.; anche per rilievi critici, Cottino, *Le società di persone*, cit., 402 s. A riguardo si veda, però, la diversa soluzione adottata in ordine ai presupposti dell'accertamento della volontà abdicativa dalle recenti Cass. civ., 22 maggio 2020, n. 9494 e Cass. civ., 9 febbraio 2021, n. 3136.

⁶ È da sottolineare che resta applicabile, in via generale, il limite sancito dall'art. 2495 c.c. nella misura di quanto riscosso in sede di liquidazione, che, tuttavia, può essere superato in ragione e nei limiti di quanto stabilito dall'art. 36, 3° comma, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

⁷ In proposito si rinvia alla giurisprudenza ed alla dottrina citate alla precedente nota 4, cui adde Querci, *A oltre due anni dalla sentenza delle Sezioni Unite che ha segnato la definitività dell'estinzione delle società, cancellate dal registro delle imprese: questioni aperte e dubbi irrisolti, intorno al "requiem"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, I, 171 e segg.; Pepe, *Le implicazioni fiscali della morte (e resurrezione?) delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, 51 e seg.

⁸ V. Stevanato, *Dopo la liquidazione della società chi è l'interlo-*

cutore del Fisco?, in *Dialoghi Trib.*, 2008, 142; Murciano, *La responsabilità dei soci per l'obbligazione d'imposta della società estinta*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2013, 891 e segg.; Glendi, *E intanto prosegue l'infinita "historia" dell'estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*, cit., 770. Le società possono, talora, risultare uno schermo per sfuggire al pagamento dei tributi e, dunque, uno strumento di abuso ai danni del fisco e della collettività (a riguardo v. Glendi, *Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2010, 749 e segg.; Guizzi, *Le Sezioni Unite, la cancellazione della società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*, cit., 559 e segg.; Iaccarino, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della Cassazione dal 2008 al 2013*, in *Notariato*, 2013, 251 e ss.; Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, cit., 1040; Murciano, *Differimento, ai fini fiscali, degli effetti dell'estinzione delle società: brevi riflessioni*, cit., 166). Nella *Relazione* illustrativa è scritto che l'art. 28, 4° comma, avrebbe la funzione di evitare ai contribuenti particolari turbative conseguenti alla concentrazione dei controlli nel periodo di scioglimento e liquidazione, con evidenti effetti anche sull'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa (a riguardo Lorusso, *Profili problematici sulla sospensione ai soli fini fiscali dell'efficacia della estinzione delle società*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2017, 675 e segg.).

⁹ Così Agenzia delle Entrate, *Circolare n. 31/E*, Roma, 2014, 52. *Contra* in dottrina, tra gli altri, Parente, *L'ultrattività fiscale della società cancellata dal registro delle imprese*, cit., 377; per una disamina degli argomenti a favore o contro la retroattività dell'art. 28, 4° comma, Antico-Genovesi, *Ragioni a favore della retroattività della disciplina delle società estinte*, in *Fisco*, 2017, 219.

derazione che la norma recherebbe “disposizioni di natura sostanziale sulla capacità delle società cancellate dal registro delle imprese”¹⁰, dal momento che “intende limitare (per il periodo da essa previsto) gli effetti dell’estinzione societaria previsti dal codice civile, mantenendo parzialmente per la società una capacità e soggettività (anche processuali) altrimenti inesistenti, al “solo” fine di garantire (per il medesimo periodo) l’efficacia dell’attività (sostanziale e processuale) degli enti legittimati a richiedere tributi o contributi, con sanzioni ed interessi”. Pertanto, sarebbe comunque richiesto che l’amministrazione fiscale si sia attivata prima dell’estinzione di una società e sotto condizione che l’istanza di cancellazione dal registro delle imprese sia stata presentata in data successiva all’entrata in vigore dell’art. 28, 4° comma, D.Lgs. cit.¹¹. Seppur in *obiter dictum*, la corte di legittimità aveva poi anche prospettato dubbi di costituzionalità della norma sotto due aspetti: per un verso, vi sarebbe una disparità di trattamento rilevante ai sensi dell’art. 3 Cost. tra “gli enti creditori” ai quali fa riferimento l’art. 28 cit. e tutti gli altri creditori della società cancellata; per altro verso, il legislatore delegato sarebbe incorso in un eccesso di delega, essendo arduo “far rientrare la notificazione di un atto impositivo o di riscossione ad una società estinta tra gli adempimenti superflui, passibili di revisione e di eliminazione” menzionati dalla stessa legge delega¹². In altre parole, i giudici di ultima istanza dubitavano della compatibilità della norma speciale, introdotta per chiare finalità di salvaguardia del gettito fiscale, con la Carta fondamentale¹³.

Le censure di costituzionalità

L’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale¹⁴, nel corso del giudizio di impugnazione di avvisi di accertamento notificati ad una società già cancellata dal registro delle imprese, aveva indicato come con-

fliggenti con la Costituzione sia l’inserimento in un decreto delegato di una norma funzionale ad “ampliare il raggio di azione dell’amministrazione finanziaria”, quando la legge delega attribuiva il solo potere di procedere “alla revisione degli adempimenti, con particolare riferimento a quelli superflui o che diano luogo, in tutto o in parte, a duplicazioni”, che la “ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri creditori sociali, per i quali l’estinzione di una società coincide con la sua cancellazione dal registro delle imprese, restando irrilevante l’esistenza di eventuali debiti societari, rapporti non definiti o procedimenti ancora pendenti” alla quale si sarebbe fatto luogo¹⁵. Va, peraltro, precisato che, sebbene l’art. 28, 4° comma, cit. si riferisca anche ai debiti contributivi, la censura del remittente era indirizzata contro l’eccezione tributaria, escludendo quella contributiva¹⁶.

La decisione

La Consulta decide per l’infondatezza di entrambe le censure. L’eccesso di delega non sarebbe ravvisabile in quanto, tenuto conto della specialità che connota “i controlli e le azioni di recupero fiscale”, non può dirsi estraneo all’“obbiettivo di generale razionalizzazione dell’azione amministrativa, in materia di attuazione e accertamento dei tributi, al fine di agevolare la definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti” il riconoscimento di un potere di accertamento anche a carico della società sebbene già cancellata. Né la durata quinquennale sarebbe eccessiva, posto che coincide con il periodo entro il quale è ordinariamente ammesso l’accertamento fiscale a carico dei contribuenti. La scelta della Corte risulta in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale i limiti imposti dai criteri di delegazione sono interpretati in modo non letterale, ma in conformità anche agli obbiettivi generali delle leggi di delegazione, ragion per cui l’acco-

¹⁰ In tal senso, *ex pluribus*, Cass. civ., 21 febbraio 2020, n. 4536; Cass. civ., 2 ottobre 2017, n. 23029, in *Fisco*, 2017, 4169; Cass. civ., 17 gennaio 2017, n. 1009, in *Fisco*, 2017, 597; Cass. civ., 24 luglio 2015, n. 15648; Cass. civ., 2 aprile 2015, n. 6743, in *Riv. Giur. Trib.*, 2015, 767 e segg. con nota di Glendi, *E intanto prosegue l’infinita “historia” dell’estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*; in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2015, 1009, con note di Ficari, *La Cassazione mette un freno alla sopravvivenza ‘retroattiva’ ai fini tributari delle società cancellate dal registro delle imprese* e Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all’art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese* (entrambi i commenti sono stati consultati in versione elettronica, potendo qui citare dunque solo la pagina iniziale, ragion per cui si farà riferimento nel prosieguo ai paragrafi in cui si articolano detti commenti); Cass. civ., 8 ottobre 2014, n. 21188. In dottrina, tra gli altri, Dalfino, *La cancellazione “differita” della società in ambito tributario*, cit., 196.

¹¹ Tenuto conto degli anni trascorsi e dell’arco temporale entro il quale l’amministrazione fiscale può agire, il problema di diritto transitorio è ormai declinante. In proposito se segnalano però le statuizioni contenute in varie sentenze della Corte di cassazione, le quali hanno disconosciuto la persistenza di soggettività in capo

alla società cancellata (cfr., tra le altre, Cass. civ., 14 febbraio 2020, n. 3750; Cass. civ., 2 ottobre 2017, n. 23029; Cass. civ., 28 settembre 2016, n. 19142).

¹² V., ancora, Cass. civ., 2 aprile 2015, n. 6743.

¹³ Il giudizio di legittimità costituzionale è stato lo sbocco naturale a seguito delle perplessità sollevate, oltre che dai giudici della Corte di cassazione, anche dagli studiosi (si segnalano le critiche di Franson, *L’estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 5.4; Glendi, *E intanto prosegue l’infinita “historia” dell’estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*, cit., 770; Ficari, *La Cassazione mette un freno alla sopravvivenza ‘retroattiva’ ai fini tributari delle società cancellate dal registro delle imprese*, cit., par. 4; Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1051 e segg.).

¹⁴ CTP Benevento, 13 marzo 2019.

¹⁵ Sui possibili profili di incostituzionalità, oltre a quanto già riportato in ordine alle prospettazioni contenute in Cass. civ., 2 aprile 2015, n. 6743, si rinvia in dottrina a Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, cit., 1044.

¹⁶ Cfr. il punto 1 della sentenza in commento.

glimento delle censure di incostituzionalità per eccesso di delega non è statisticamente frequente.

Quanto alla disparità di trattamento a favore dell'Amministrazione Fiscale, al di là del fatto che l'ordinanza di rimessione si limitava ad un sintetico confronto rispetto alla posizione riconosciuta agli altri creditori della società una volta cancellata, i giudici costituzionali escludono il contrasto con la Carta fondamentale con argomenti poco più articolati. Richiamando precedenti in materia di non equiparabilità fra "le obbligazioni pecuniarie di diritto comune e quelle tributarie" e di "garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato", la Consulta marca ancora una volta la diversità sostanziale tra i crediti tributari e gli altri crediti, rigettando l'idea che la disparità – non smentita – di trattamento sia ingiustificata.

Il profilo della diversità di trattamento dei creditori e della sua non irragionevolezza sollecita qualche riflessione in più.

Premesso che la disparità è evidente e data per scontata dalla Consulta, il punto è se il grado differenziale sia proporzionato nel contesto di un ordinamento che – per un verso – tende a ridurre la posizione di preminenza dell'amministrazione fiscale rispetto al contribuente, ma – per altro verso – si scontra con i problemi di efficienza concreta della "macchina" pubblica. Come giustamente messo in luce¹⁷, la norma contenuta nell'art. 28 cit., piuttosto che a semplificare le procedure di recupero, tende a favorire il Fisco concedendogli più tempo rispetto agli altri creditori per agire nei confronti dei debitori. La Commissione Tributaria remittente aveva ipotizzato che così si realizzasse un vantaggio indebito ed incompatibile con l'art. 3 Cost., operando un raffronto tra la posizione dell'amministrazione fiscale e quella di tutti gli altri creditori della società cancellata. L'impostazione non meritava però condivisione, perché i termini di paragone non erano corretti.

L'art. 2495 c.c. risponde all'esigenza di certezza riguardo alla cessazione del soggetto societario e, più precisamente, intende realizzare – nel contemperamento degli interessi in gioco – la consolidazione dello scioglimento del vincolo societario per gli ex-soci, i

quali ridiventano, ciascuno di essi, titolari del potere di disporre di quanto eventualmente sia residuo al termine dell'attività in comune o, comunque, individualmente legittimati a decidere come gestire la propria quota di obbligazioni restanti a proprio carico. L'art. 2495 sancisce il momento finale di prevalenza delle regole di gruppo anche verso i terzi, cessando l'imputazione comune dei rapporti. Ciò rende evidente che è una norma che opera un bilanciamento tra gli interessi dei soci, da un lato, e dei creditori, dall'altro; in sostanza, non è una norma di parità di trattamento tra creditori, ma di composizione dei conflitti tra soci e terzi.

Nella prospettiva appena ricordata risulta evidente che eventuali deroghe rispetto al disposto dell'art. 2495 incidono su quel bilanciamento tra i due gruppi (soci/creditori) e non all'interno di uno di essi. Il privilegio accordato all'amministrazione pubblica non pregiudica in nessun modo la posizione degli altri creditori; in sostanza, non essendo una norma sul concorso sul patrimonio del debitore, ma di riconoscimento di un diritto in pregiudizio dei membri degli organi sociali, non crea disequaglianze "formali" da rimuovere attraverso una pronuncia abrogativa della norma censurata. Piuttosto, ma la questione non era posta in questi termini, si sarebbe potuta prospettare una disequaglianza "sostanziale"¹⁸, che avrebbe richiesto, tuttavia, una pronuncia cd. additiva e, cioè, di estensione dell'ultrattività della società cancellata anche a beneficio di altri creditori¹⁹. In tali termini, però, la censura di incostituzionalità si sarebbe scontrata con l'ambito di discrezionalità concesso al legislatore ordinario nel disciplinare secondo ragionevolezza gli effetti della cancellazione della società alla luce delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche chiaramente perseguite con la previsione dell'art. 2495 c.c.²⁰. *Tertium comparationis* corretto sarebbe stata la disciplina applicabile agli ex-soci ed agli ex-liquidatori rispetto ai debiti diversi da quelli tributari della società cancellata, giudicando della ragionevolezza della diversità di trattamento tra ex-soci ed ex-liquidatori a seconda delle tipologie di debiti non estinti dalle società prima della cancellazione²¹.

Altra, piuttosto, sembrerebbe essere la criticità della

¹⁷ V., per tutti, Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, cit., 1040 e Dalfino, *La cancellazione "differita" della società in ambito tributario*, cit., 195.

¹⁸ Sui contenuti del giudizio di costituzionalità sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, distinguendo anche tra eguaglianza "formale" e eguaglianza "sostanziale", si segnalano tra gli altri Paladin, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979-dicembre 1983*, in *In onore di Vezio Crisafulli. Scritti su la giustizia costituzionale*, I, Padova, 1985, 605 e segg.; Casavola, *Tra eguaglianza e giustizia (Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale italiana: riflessioni tra storia e diritto)*, in *Foro It.*, 1988, V, 91 e segg.; Sorrentino, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 2 e segg.; Celotto, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios*

en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, coordinato da Ferrer MacGregor e Zaldivar Lelo de Larrea, Caracas, 2012, 125 e segg.; De Maria, *Eguaglianza e ragionevolezza*, in *Percorsi ricostruttivi per la lettura della Costituzione italiana. Approfondimenti*, Torino, 2015, 207 e segg.

¹⁹ Ma ciò avrebbe sollevato un serio problema di "usurpazione di funzioni legislative da parte della Corte". A riguardo Celotto, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 129.

²⁰ Peraltro, la Consulta sembra aver ritenuto ragionevole il termine quinquennale, in quanto corrispondente a quello fissato come limite per l'accertamento delle pretese tributarie (v. il punto 3.8 della sentenza in commento).

²¹ Il giudizio di costituzionalità delle leggi sul metro dell'art. 3 ha struttura ternaria e, cioè, passa dall'individuazione del *tertium comparationis* e si risolve nella valutazione di ragionevolezza delle

norma sul piano costituzionale se si considerano più attentamente gli effetti in concreto della deroga introdotta a favore del fisco, ma, per meglio comprenderla, è necessario chiarire quali siano i problemi che la ultrattività della società ai soli fini fiscali può generare.

Criticità della “sopravvivenza ai soli fini fiscali” dell’ente alla sua estinzione

Ciò che il legislatore sembra avere disposto con l’introduzione dell’art. 28, 4° comma, cit. è una forma di “sopravvivenza della società cancellata” con l’unica funzione di consentire il compimento di taluni atti di carattere fiscale o contributivo specificamente elencati²² e ciò attraverso la posticipazione parziale – di cinque anni – degli effetti della cancellazione dal registro delle imprese²³. La norma non affronta e, quindi, non chiarisce quali conseguenze ciò dovrebbe avere rispetto a tutti i connessi atti dell’organizzazione societaria e dei suoi esponenti (liquidatori, organi di controllo, soci).

Molte sono le domande. Un primo insieme riguarda il liquidatore come ex-rappresentante della società cancellata: potrebbe ancora esercitare i poteri derivanti dalla carica? Ragionevolmente, dovrebbe conservare tutti i poteri di rappresentanza della società, sul piano sostanziale e processuale, nella misura in cui questi rispondano “ai fini” indicati dall’art. 28, 4° comma²⁴. Ma questo implica che il liquidatore può non soltanto ricevere le notifiche degli atti dagli enti creditori, ma anche opporsi agli stessi e, pertanto, scegliere un difensore e conferirgli mandato alle liti, stipulando necessariamente un (nuovo) contratto di assistenza professionale? In tal caso, con quali risorse dovrebbe far fronte al corrispettivo pattuito con il difensore? Sarebbe un’obbligazione propria – una sorta di rischio connesso con l’assunzione della carica – oppure avrebbe titolo per pretendere che i soci gli mettano a disposizione le somme necessarie, eventualmente, nei soli limiti di quanto da ciascuno ricevuto in attuazione del riparto di liquidazione? E, mancando le risorse, dovrebbe rinunciare alla difesa o chiedere l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato? Dovrebbe chiedere l’apertura di una procedura concor-

suale? Soccombendo nell’eventuale contenzioso, su quali patrimoni il creditore fiscale potrebbe agire? Quello della società espressamente ripartito tra i soci? Quello della società non ripartito (le cc.dd. sopravvenienze attive)? Su quello “generale” dei soci nei limiti di quanto ricevuto? Anche su quello del liquidatore che abbia resistito (e perso) in giudizio? Se recupera beni della società già cancellata²⁵, ha legittimazione per adempiere il debito fiscale e contributivo, utilizzando gli stessi o proventi della loro vendita?

Ciò per stare ai soli aspetti del rapporto esterno tra creditore e società. Un altro insieme di domande attingono al piano endosocietario, posto che il liquidatore è chiamato, in sostanza, ad una funzione di supplenza dell’organo della liquidazione non più esistente, i cui termini d’impegno non solo per nulla definiti. Quindi: l’assemblea dei soci, che neppure è competente ad approvare il bilancio finale di liquidazione ed il piano di riparto, deve nuovamente riunirsi e decidere in ordine alla “conferma” del liquidatore, alla misura dei suoi poteri, criteri ai quali il liquidatore dovrebbe attenersi nell’ambito delle (nuove) attività? Gli organi di controllo, seppur “ai soli fini” delle più limitate attività richieste dalla ultrattività fiscale e contributiva, della società devono riprendere le loro funzioni, maturando perciò anche il diritto ad un compenso? Il liquidatore ed i membri degli organi di controllo rispondono ai sensi degli artt. 2392 e segg. c.c.? Il liquidatore ha diritto ad un compenso? A carico di chi? Chi sopporta le spese di difesa e quelle dipendenti dall’eventuale soccombenza? Ha diritto di permanere nel pur limitato incarico ripristinato “ai soli fini” dei rapporti fiscali e contributivi?

Le risposte della dottrina

Essendo parca di spunti la giurisprudenza, è solo la dottrina che si è confrontata più concretamente con i quesiti sollevati nel paragrafo che precede. La formula, spesso utilizzata, per la quale la “sopravvivenza ai soli fini fiscali e contributivi” sarebbe una mera *fiction iuris* tesa a limitare la portata della deroga al dettato codicistico però appare di per sé insoddisfacente a risolvere tutti i quesiti dianzi espressi e gli altri ancora

equiparazioni o delle diversità (a riguardo, per tutti, Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2020, 554 e seg.). Peraltro, né il remittente, né la Corte dimostrano di prendere in considerazione il fatto che l’eccezione introdotta dall’art. 28, 4° comma, riguarda invero anche i debiti contributivi.

²² Lo riconosce chiaramente la giurisprudenza citata *supra* alla nota 10.

²³ Ne sottolineano il carattere eccezionale Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1057 e, ancora, Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, cit., 1042.

²⁴ Per vero, l’art. 38 non prevede l’ultrattività dell’incarico e, segnatamente, della rappresentanza sociale in capo al liquidatore richiedente la cancellazione. La norma tace sul punto, ma gli interpreti (così, Dalfino, *La cancellazione “differita” della società in ambito tributario*, cit., 197, il quale si sofferma – alla pag. 201 –

anche sulle conseguenze dello scadere del quinquennio) sembrano dare per scontato un tale effetto, poiché necessario, soprattutto allorché – com’è normale – alla cancellazione si sia accompagnata la chiusura della sede (legale) della società e senza l’individuazione di un legale rappresentante diverrebbe impraticabile, oltre alla notificazione degli atti presso detta sede, anche presso residenza e/o domicilio del legale rappresentante. Dunque, per quanto la norma sia silente sul punto, l’idea della permanenza in carica dell’ultimo liquidatore (con una sorta di *prorogatio ex lege*) è di certo la più ragionevole.

²⁵ Cioè, riesce ad avere (o a mantenere) la materiale disponibilità di beni della società dopo la cancellazione o l’acquisisce (perché, ad esempio, si tratta di sopravvenienze attive, per incasso di crediti dati per irrecuperabili prima della cancellazione, per attribuzione di un premio in virtù di un rapporto antecedente alla cancellazione, ecc.).

che si dovrebbero porre²⁶. Più utile è invece il richiamo non tanto all'art. 10 L. fall.²⁷, sulla base del quale è ricostruita la disciplina della rappresentanza processuale della società cancellata poi fallita²⁸, quanto piuttosto al dettato degli artt. 11 e 12, poiché disciplinano i problemi connessi con l'apertura di una procedura concorsuale a carico di un soggetto estinto²⁹; tuttavia, il richiamo non deve trascurare la diversità di contesto in cui la *fictio* è chiamata ad operare. In caso di fallimento, infatti, la gestione e la liquidazione del patrimonio sociale è attribuita al curatore; pertanto, i problemi di supplenza da parte dell'ex-rappresentante sono assai limitati e si prospettano, più che altro, in relazione alla difesa della società nell'eventuale reclamo contro la dichiarazione di fallimento in termini più o meno analoghi al caso in cui si sia aperta la procedura concorsuale a carico di una società non cessata³⁰. In caso di sopravvivenza ai soli fini delle azioni di accertamento e riscossione fiscale e contributiva, l'ex-liquidatore non avrebbe in linea di principio beni a disposizione, in quanto dovrebbe avere assegnato tutto il residuo di liquidazione ai soci, ripartendolo tra di essi. Dunque, non ha la gestione di nulla e la situazione si presenta come sicuramente più complessa, poiché non è chiaro se abbia il potere di (ri)acquisire i mezzi per i pur limitati compiti che dovrebbe avere.

Sono fiorite numerose interpretazioni non sempre atte a delineare un quadro coerente. Da un lato, si è

ipotizzata la “riviviscenza” dell'assemblea dei soci³¹; pertanto, l'ex-liquidatore dovrebbe riconvocare gli ex-soci, che, probabilmente, dovrebbero anche poterlo sostituire. Non è chiaro, secondo quest'impostazione, se si riformerebbe un patrimonio comune destinato ad affrontare la gestione della problematica fiscal-contributiva. D'altro canto, altri hanno sostenuto³² che, trattandosi di “sopravvivenza relativa”, vale a dire “ai soli fini” indicati dall'art. 28, 4° comma, “il liquidatore non sarebbe legittimato, né in quanto rappresentante organico prorogato *ex lege* né in proprio nome e per conto della società, a richiedere agli ex soci la restituzione delle somme da essi percepite in base al bilancio finale di liquidazione, neanche nei limiti di quanto serva a soddisfare la pretesa dell'Amministrazione finanziaria”³³. Secondo la medesima dottrina, sarebbe “inevitabile ritenere, tuttavia, che il liquidatore che assuma l'iniziativa di impugnare gli atti menzionati debba anche assumersi l'onere di pagamento delle spese di giudizio, ferma restando la possibilità di agire nei confronti degli ex soci per ottenere il rimborso di quanto corrisposto a tale titolo, sia pure nei limiti di quanto da questi riscosso a seguito della liquidazione”.

L'ultrattività di effetti non è prevista solo per le società (ed i loro liquidatori)

Non mancano nel nostro ordinamento situazioni

²⁶ Infatti, evocare il concetto di *fictio iuris* soddisfa esigenze descrittive, ma non consente di poter di per sé individuare una disciplina applicabile. Fanno comunque riferimento al concetto di *fictio iuris*, tra gli altri, Nicolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all'art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 1; Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1058 e segg.; Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili societari*, cit., 1045; Parente, *L'ultrattività fiscale della società cancellata dal registro delle imprese*, cit., 377; Dalfino, *La cancellazione “differita” della società in ambito tributario*, cit., 200.

²⁷ A cui si rifanno le tre sentenze delle Sezioni unite del 2013. Il richiamo alla previsione dell'art. 10 serve da guida nell'individuazione della disciplina della partecipazione processuale dopo la cancellazione della società (il punto è ben colto da molti e qui si limita il rinvio a Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1059), ma – stante l'assenza di precedenti a riguardo – non consente di far riferimento ad un diritto vivente che regoli i rapporti ex-endosocietari, ossia tra gli ex-soci e tra costoro ed i membri dei disciolti organi della società cancellata. L'accostamento della previsione dell'art. 28, 4° comma, D.Lgs. cit. a quella dell'art. 10 L. fall. è frequente (in tal senso, da ultimo, Dalfino, *La cancellazione “differita” della società in ambito tributario*, cit., 195).

²⁸ Infatti, la giurisprudenza si pronuncia su talune questioni attinenti, in particolare, al contraddittorio in sede prefallimentare ed alla rappresentanza della società cancellata. V., in anni recenti, Cass. civ., 16 novembre 2016, n. 23393; Cass. civ., 3 dicembre 2014, n. 25617, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 258 e segg. con nota di Cecchini; Cass. civ., 16 maggio 2014, n. 10777; Cass. civ., 6 novembre 2013, n. 24968, in *Fallimento*, 2013, 1451 e segg. con nota di Ferro, *Termini abbreviati a comparire del fallendo e istanze successive alla prima notificata*; Cass. civ., 13 settembre 2013, n.

21026, in *Fallimento*, 2013, 1339 e segg. con nota di Ferro, *Legittimazione della società estinta e del liquidatore al reclamo avverso la dichiarazione di fallimento ed alle fasi successive*; Cass. civ., 26 luglio 2013, n. 18138, in *Fallimento*, 2013, 1259 e segg. con nota di Ferro, *Società cancellata dal registro delle imprese e legittimazione al contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare*. In merito agli effetti della dichiarazione di fallimento della società dopo la cancellazione si rinvia a Speranzin, *Società estinta e procedimento per dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2012, 1246; Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, cit., 180 e segg.

²⁹ In particolare, prevedendo l'intervento giudiziale al fine di assicurare l'univoco contributo dei più eredi alla procedura concorsuale. Si sofferma sul rilievo dell'art. 12, in particolare, Fimmanò, *Le Sezioni Unite pongono la “pietra tombale” sugli “effetti tombali” della cancellazione delle società di capitali*, cit., 557 e seg.

³⁰ Che la società sia stata cancellata o meno, al titolare dell'incarico gestorio è comunque precluso l'utilizzo di risorse provenienti dal patrimonio sociale, salvo quanto sia escluso dall'attivo fallimentare ai sensi dell'art. 46 L. fall., in ragione dello spossamento conseguente all'apertura della procedura concorsuale; dunque, nella pratica, o mette risorse proprie o le ottiene dai soci per curare la difesa in giudizio o altre attività nell'interesse dei soci medesimi. Riguardo alla rappresentanza della società cancellata in sede di procedimento prefallimentare si rinvia alla giurisprudenza ed agli Autori citati alla precedente nota 21.

³¹ Fransoni, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 5.2.

³² Ponendosi peraltro in termini problematici il quesito in ordine alla prorogatio dell'assemblea, soprattutto in funzione del caso in cui sia necessario provvedere alla sostituzione del liquidatore perché venga a mancare o decada dalla carica.

³³ Così, facendo un parallelo con la disciplina applicabile nell'ipotesi di fallimento della società cessata, Dalfino, *La cancellazione “differita” della società in ambito tributario*, cit., 197 e seg.

nelle quali è previsto che il venir meno di un contratto – ed, in particolare, di un incarico – non spieghi da subito tutti i suoi effetti, ma che la loro completa cessazione sia posticipata al verificarsi di un determinato evento. Sebbene la giurisprudenza non sia sempre univoca nella ricostruzione del fondamento delle soluzioni via via previste e applicate, esempi ne sono la posticipazione degli effetti delle dimissioni del sindaco di società e l’ultrattività endoprocedurale del procura alle liti conferita all’avvocato, il cui cliente sia deceduto³⁴ o il cui mandato alle liti sia stato revocato o rinunciato³⁵; ma anche – più in generale in campo contrattuale – l’obbligo di pagare un’indennità di occupazione pari al canone della locazione cessata³⁶, il persistente assoggettamento dell’utilizzatore all’imposizione fiscale relativa al bene concesso in leasing dopo la risoluzione del contratto finché ne mantenga la detenzione³⁷ o la prosecuzione dei contratti di somministrazione di carburante dopo la scadenza dei collegati rapporti di comodato relativi agli impianti di distribuzione³⁸. Ciò che accomuna – pur latamente – tutti questi casi è l’esigenza di tutelare interessi superiori, i quali giustificano la deroga alla regola per cui la vincolatività del contratto è correlata al contenuto della volontà delle parti; in sostanza, se il venir meno del contratto confligga con le finalità il cui perseguimento l’ordinamento affida a determinati effetti del contratto, allora le parti debbono sopportare che tutti o taluni degli effetti del contratto persistano anche “oltre” la loro volontà.

Anche sulla scorta dei principi che possono essere tratti dalle ipotesi di ultrattività delle obbligazioni negoziali anzi citate (ma non solo) e pur nei limiti del *mutatis mutandis*, si può tentare di delineare la disciplina dell’ultrattività (parziale) della società e, quindi, anche di tutti i profili connessi con il permanere della rappresentanza in capo all’ex-liquidatore dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese a norma dell’art. 2495 c.c.

L’ultrattività di effetti delle società: funzione e limiti

Il punto di partenza è che ultrattivo dev’essere solo ciò che sia strettamente necessario all’attuazione del credito fiscale o contributivo attraverso le attività indicate dalla norma speciale, dal momento che la posticipazione quinquennale degli effetti della cancellazione è sancita “ai soli fini della validità e dell’efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi”³⁹. E, se scopo della disposizione è semplificare ai creditori per tributi e contributi le azioni a tutela dei loro crediti⁴⁰, è possibile includere nella previsione derogatoria solo quegli altri atti strumentali al perfezionamento di quelli menzionati dalla norma. Tutto ciò, inquadrato nel contesto delle difficoltà dei creditori pubblici nel giungere all’incasso dei propri crediti per effetto del venir meno dell’atto fondativo delle società, significa che si debbono affermare come persistenti per un ulteriore quinquennio gli effetti di quello stesso atto fondativo che in qualche modo agevolino l’incasso dei crediti fiscali e contributivi.

In apparenza, gli effetti sono soltanto due e, cioè, la persistenza della sede legale ov’era localizzata al momento dell’iscrizione della cancellazione e la perdurante legittimazione del liquidatore quale legale rappresentante della società nei rapporti – anche processuali – con i creditori fiscali e contributivi⁴¹. Non altri e, su tutti, l’imputazione dei beni o del residuo attivi di liquidazione alla società, posto che la disgregazione del patrimonio sociale a favore dei soci con l’attribuzione di beni ad essi non è frutto della cancellazione, ma dell’approvazione e dell’esecuzione del riparto⁴². Tale (re)imputazione in capo alla società sarebbe peraltro inutile, come mi accingo a chiarire.

La sopravvivenza della società consente la formazione di accertamenti e titoli esecutivi a suo carico, se si perfezionino entro il quinquennio dalla richiesta di cancellazione⁴³. Questo non significa, però, che necessariamente i creditori fiscali e contributivi possano

³⁴ Cass. civ., Sez. un., 4 luglio 2014, 15295, in *Corriere Giur.*, 2015, 1289 e segg. con nota di Glendi, *Ultrattività del mandato e venir meno della parte nel processo* e in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1520 e segg. con nota di Ghirga, *L’ultrattività del mandato nel caso di evento interruttivo verificatosi fra un grado e l’altro di giudizio: “una storia infinita”*.

³⁵ V., tra le più recenti, Cass. civ., 23 giugno 2020, n. 12249; Cass. civ., 30 gennaio 2019, n. 2677; Cass. civ., 8 novembre 2017, n. 26429; Cass. civ., 3 giugno 2016, n. 11504.

³⁶ A riguardo l’art. 1591 c.c., nonché varie decisioni, non tutte coerenti con la medesima linea di pensiero, Cass. civ., 20 gennaio 2016, n. 890, in *Contratti*, 2016, 645 e segg. nota di Della Chiesa; Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15876, in *Immobili e Proprietà*, 2013, 600; Cass. civ., 13 dicembre 2012, n. 22924; Cass. civ., 15 novembre 2000, n. 1177, in *Foro It.*, 2001, I, 928.

³⁷ In tal senso Cass. civ., 17 luglio 2019, n. 19166; *contra* Cass. civ., 26 luglio 2002, n. 11059; Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13793 in *Dir. Prat. Trib.*, 2019, 2154 con nota di Corasaniti.

³⁸ Cass. civ., 10 febbraio 2016, n. 2697; Cass. civ., 26 luglio 2002, n. 11059, in *Arch. Civ.*, 2003, 541.

³⁹ V. Fransonì, *L’estinzione postuma delle società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 5;

Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all’art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 1.

⁴⁰ Così, tra gli altri, Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all’art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 1.

⁴¹ Sulla ultrattività di detti effetti convergono anche Fransonì, *L’estinzione postuma delle società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 5 e Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all’art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 2.

⁴² Nel senso che i soci beneficiari di attribuzioni in sede di riparto di liquidazione non dovrebbero restituire alla società (estinta, ma non ai fini fiscali e contributivi) neppure in parte quanto percepito Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all’art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 2; Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1052 e seg.

⁴³ Infatti, decorso il quinquennio (anche soltanto perché i gradi

esercitare l'azione esecutiva nei soli confronti della società; infatti, sul piano civilistico, effettuato il riparto, sono i soci ad essere proprietari/titolari – secondo la Cassazione per successione *sui generis*⁴⁴ – di quanto ricevuto in detta sede⁴⁵. A tal proposito è bene ricordare che, secondo il diritto vivente in materia di corresponsabilità dei soci (a responsabilità illimitata) per i debiti sociali, il creditore ha titolo per instaurare l'azione esecutiva nei confronti diretti di costoro⁴⁶. La previsione dell'art. 28, 4° comma, cit. secondo la quale “gli atti di (...) riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi” possono essere compiuti per cinque anni contro la società cancellata come se non lo fosse ancora, non può che avere il senso di consentire l'esecuzione sui beni dei soci – nei limiti delle somme riscosse⁴⁷ – “come fossero della società”⁴⁸. Dunque, nonostante la diversa impostazione in tema di efficacia

del titolo esecutivo fiscale ancor di recente ribadita⁴⁹, si deve ammettere che i creditori fiscali e contributivi, ottenuto il titolo nei confronti della società – pur cancellata – in virtù dell'art. 28 cit., possano anche legittimamente agire sui beni degli ex-soci sulla scorta del medesimo titolo esecutivo⁵⁰, poiché essi rispondono dei debiti sociali con tutti i loro beni, seppur nei limiti (di valore) di quanto ricevuto per effetto della liquidazione della società. Il *favor* permette di acquisire il titolo esecutivo – in virtù del citato art. 28 – anche nei cinque anni dopo la “richiesta” di cancellazione della società⁵¹. Ma non solo. L'ex-socio deve sopportare l'esecuzione come il terzo proprietario del bene ricevuto per effetto di atto dichiarato inefficace.

In definitiva, si realizza una finzione di coobbligazione tra società estinta (ma non ai fini delle azioni esattoriali) ed ex-soci della stessa⁵². La sopravvivenza

di impugnazione dell'avviso di accertamento in sede contenziosa si prolunghino tanto da eccederlo, neppure il testo dell'art. 28 cit. impedisce – anzi, finisce per confermarlo – che operi definitivamente la cancellazione, facendo cessare tutti gli effetti del contratto sociale e provocando la successione dei soci nelle posizioni giuridiche esistenti fino a quel momento in capo alla società.

⁴⁴ Si richiamano le già citate Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6071, Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6072, le quali, è d'uopo segnalarlo, hanno sollevato critiche indirizzate alla ricostruzione della responsabilità degli ex-soci come frutto di un fenomeno successorio (pur *sui generis*). Tra i critici Glendi, *L'estinzione postliquidativa delle società cancellate dal registro delle imprese. Un problema senza fine?*, cit., 10; Guizzi, *Le Sezioni Unite, la cancellazione della società e il “problema” del soggetto: qualche considerazione critica*, cit., 561; Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, cit., 90 e seg.; Tagliapietra, *La pretesa successione dei soci alla società cancellata*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, 1482 e segg. Sul punto v. anche la posizione di Zorzi A., *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 179 e seg. e in *L'estinzione della società di capitali*, cit., 174 e 202.

⁴⁵ Così anche Fransoni, *L'estinzione postuma delle società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 5.4; Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all'art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 1 e 2; Tassani, *Estinzione delle società e residui attivi da liquidazione: profili fiscali*, cit., 1033; Parente, *L'ultrattività fiscale della società cancellata dal registro delle imprese*, cit., 378.

⁴⁶ La giurisprudenza, senza che ora se ne possa discutere la fondatezza, asserisce la spendibilità del titolo esecutivo a carico della società anche contro i soci illimitatamente responsabili, perché “la sentenza di condanna pronunciata in un processo tra il creditore della società ed una società di persone costituisce titolo esecutivo anche contro il socio illimitatamente responsabile, in quanto dall'esistenza dell'obbligazione sociale deriva necessariamente la responsabilità del socio e quindi ricorre una situazione non diversa da quella che, secondo l'art. 477 c.p.c., consente di porre in esecuzione il titolo in confronto di soggetti diversi dalla persona contro cui è stato formato” e, dunque, “il debito della società resta essenzialmente un debito che fa capo anche al singolo socio”. In tal senso, testualmente, Cass. civ., 23 maggio 2011, n. 11311; cui *adde* Cass. civ., 19 dicembre 2017, n. 30441; Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6734, in *Foro It.*, 2012, I, 894; Cass. civ., 16 gennaio 2009, n. 1040; Cass. civ., 6 ottobre 2004, n. 19946; Cass. civ., 17 gennaio 2003, n. 613, in *Società*, 2003, 823.

⁴⁷ Limite superabile alle condizioni e nella misura indicata dall'art. 36, 3° comma, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

⁴⁸ Altrimenti, quanto agli “atti di riscossione”, la previsione dell'art. 28, 4° comma, sarebbe pleonastica e del tutto inutile. Va peraltro osservato che, a sposare l'idea della Cassazione che la cancellazione della società darebbe luogo ad un fenomeno successorio (pur *sui generis*), l'art. 28 cit. perderebbe comunque senso quanto all'attività di riscossione; infatti, se successione si avesse, non sarebbe necessario posticipare di cinque anni gli effetti sul piano fiscal-contributivo della cessazione, poiché sarebbe stato sufficiente applicare il disposto dell'art. 477 c.p.c. Vero è che l'art. 28 offre un argomento contro la tesi della successione *sui generis* come sottolineato, tra gli altri, da Tagliapietra, *La pretesa successione dei soci alla società cancellata*, cit., 1489, la quale completa il quadro con il richiamo quanto previsto dall'art. 36, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

⁴⁹ V. Cass. trib., 14 dicembre 2020, n. 28401, in *Corr. Trib.*, 2021, 233, con nota di Basilavecchia, *Modalità di accertamento della responsabilità del liquidatore*, che ricalca Cass. civ., 20 luglio 2020, n. 15378, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2020, 964 con nota di Bodrito, *I liquidatori rispondono dei debiti delle società verso il fisco solo se previamente accertati – responsabilità dei liquidatori per le imposte non pagate dalla società di capitali*. Va, peraltro, messo in luce che l'orientamento appena ricordato si riferisce alla disciplina anteriore all'introduzione del D.Lgs. n. 175/2014 e, quindi, non tiene conto del disposto dell'art. 28 cit., con la conseguenza che le relative pronunce non possono considerarsi precedenti contrari alla tesi esposta di seguito nel testo.

⁵⁰ Alla medesima conclusione era già pervenuto Niccolini, *I disagi del diritto commerciale di fronte all'art. 28, 4° comma, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., par. 3, richiamando Cass. civ., 2013, n. 6070. A riguardo val la pena di ricordare poi l'orientamento secondo il quale il titolo esecutivo a carico della società può essere utilizzato anche nei confronti del socio corresponsabile dei debiti sociali (sul punto ancora quanto riportato alla precedente nota 46). L'art. 28 cit., sotto questo profilo, si dimostra una norma utile a superare le precedenti incertezze derivanti da una regola di portata generale di tal fatta. In questa prospettiva, l'art. 28 si presenta come carica di minori elementi di eccezionalità rispetto all'ordinamento societario ed, in particolare, alle regole che governano l'espropriazione forzata nei confronti dei soci per debiti maturati in capo alla società.

⁵¹ A riguardo Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1054.

⁵² In particolare, si realizza, in capo all'ex-socio, una situazione di coobbligazione con limitazione del debito, non una separazione patrimoniale. Ed è una coobbligazione “ai soli fini” tributari e contributivi (analoga a Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1053), che, in sostanza, comporta solidarietà nel debito con un soggetto che esiste soltanto ai predetti fini fiscal-contributivi e

della società a meri fini fiscal-contributivi serve a facilitare soprattutto l'azione di accertamento (cioè, nella formazione del titolo) e non tanto quella di riscossione, se non nel senso di non richiedere l'esercizio di azioni restitutorie, revocatorie o, comunque, di inefficacia delle attribuzioni ricevute dagli ex-soci⁵³. Tutto ciò, come reso evidente dal secondo insieme di quesiti posti qualche pagina addietro, solleva seri problemi di tutela della posizione giuridica degli ex-soci nei cui confronti il creditore pubblico può agire, problemi che vanno risolti, prima di tutto, in armonia con il dettato costituzionale che consente compressioni dei diritti fondamentali soltanto se ragionevoli e proporzionate⁵⁴.

Riflessi sul vincolo societario cessato e interpretazione costituzionalmente orientata

Posto che in capo alla società – attraverso il suo ex-liquidatore – permane la legittimazione in sede giudiziale (fiscale), è da chiedersi se l'art. 28 cit. non rappresenti la punta di un iceberg e alla persistente rappresentanza in capo a chi era liquidatore al momento della cancellazione della società non s'accompagnino altri effetti. La norma non chiarisce se l'esistenza ed il funzionamento dell'organizzazione sociale, di cui anche il liquidatore è garante, servano ancora a mettere costui nella condizione di adempiere il proprio incarico, pur limitato alle finalità fiscali, fornendogli i mezzi e indirizzandone l'azione nei limiti concessi a norma dell'art. 2487 c.c. In sostanza, ed innanzi tutto, è da chiedersi se e come l'ex-liquidatore debba relazionarsi con gli ex-soci e quali poteri questi ultimi abbiano

rispetto ai compiti residuati in capo al primo, nonostante la cancellazione della società.

Proviamo a dare una prima risposta. Per un verso, come ricordato, l'inefficacia parziale della cancellazione tende a tutelare i creditori fiscali e contributivi, consentendo loro margini temporali più ampi – anche se non indefiniti – per agire per il recupero dei loro crediti, e si concretizza nell'ultrattività della soggettività giuridica della società cancellata e dell'incarico al liquidatore. Per altro verso, l'inefficacia è appunto solo parziale, non incide sulla titolarità dei rapporti giuridici sostanziali diversi da quelli fiscali e contributivi e non comporta la permanenza in vita degli altri organi ormai disciolti, salva la legale rappresentanza della società cancellata in capo all'ultimo liquidatore in carica al momento della cancellazione⁵⁵.

Nel paragrafo precedente si è chiarito che dopo la cancellazione ed anche in presenza di debiti fiscali o contributivi, sul piano civilistico sono gli ex-soci ad essere titolari dei beni e dei rapporti giuridici prima di proprietà/titolarità della società cancellata. Pertanto, sono costoro che hanno da perdere – pur nei limiti di quanto percepito per effetto della liquidazione della società – per effetto delle eventuali azioni di accertamento o esecutive dei creditori fiscali o contributivi. Quindi, il permanere della rappresentanza in capo all'ultimo liquidatore della società cancellata pone un problema di legittimazione processuale concentrata in capo a costui e, per converso, sottratta agli ex-soci⁵⁶. In altre parole, si pongono problemi di esercizio del diritto alla difesa in giudizio e di tutela della proprietà privata. Si è dinanzi ad una sostituzione

non a quelli civilistici; dunque, il limite che logicamente ne deriva sul piano degli effetti della *fiction juris* esclude una "completa" solidarietà ai fini civilistici. La ricostruzione (necessaria) in termini coobbligazione a fini fiscal-contributivi, peraltro, smentisce l'idea che si abbia – quantomeno ai predetti "fini" (conf. Glendi, *E intanto prosegue l'infinita "historia" dell'estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*, cit., 770; Tagliapietra, *La pretesa successione dei soci alla società cancellata*, cit., 1474 e segg.) – un fenomeno successorio, per quanto *sui generis*, prima dello scadere del quinquennio indicato dalla norma speciale.

⁵³ Infatti, logica conseguenza della formazione di un titolo esecutivo in capo alla società, spendibile anche nei confronti dei soci, è – ad esempio – l'ammissibilità del ricorso da parte dei creditori fiscali e contributivi all'applicazione dell'art. 2929-bis c.c.

⁵⁴ Così, tra le altre, Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, ECLI:IT:COST:2014:1, al paragrafo 3.1.

⁵⁵ Sul possibile ruolo (o meno) dell'ultimo liquidatore della società cancellata v. Speranzin, *L'estinzione delle società di capitali in seguito all'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. Società*, 2004, 538 e segg.; Perrino M., *L'estinzione delle società di persone*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, 734; Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, cit., 93 e seg.

⁵⁶ Se è vero che la posticipazione degli effetti della cancellazione in campo tributario e contributivo consente l'instaurazione di un contraddittorio formale (ancora) con la società nella persona del suo (ex-)legale rappresentante (così Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1060 e seg.), è altrettanto vero che tale contraddittorio non può essere soltanto un adempimento formale per legittimare l'attività di accertamento e riscossione dei crediti pubblici.

Né muta il quadro se pur si considera che l'atto di accertamento del credito fiscale/contributivo non determina di per sé un accertamento del debito, quantomeno, in capo all'ex-liquidatore ai sensi dell'art. 2495, 2° comma, c.c.; infatti, è chiaro che l'interesse non solo degli ex-soci (per quanto esposto *supra* alle note 46-50 e nel testo corrispondente), ma anche quello dell'ex-liquidatore ad evitare il consolidamento di un accertamento in capo alla società, posto che quest'ultimo ben potrebbe essere apprezzato – nel giudizio di accertamento della responsabilità promosso dal creditore fiscale o contributivo contro il medesimo ex-liquidatore – come elemento di prova a suo svantaggio in merito alla fondatezza della pretesa attorea per quanto atterrebbe l'esistenza del credito fiscale o contributivo non pagato all'esito della liquidazione (v. Cass. civ., 21 settembre 2007, n. 19492; Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 4241). Gli effetti in discorso, riconducibili all'accertamento nei confronti della società cancellata, riverberandosi direttamente sulle posizioni individuali degli ex-soci – ormai titolari delle posizioni giuridiche "ereditate" (o, meglio, attribuite loro) per effetto del riparto in sede di liquidazione – e, seppur meno automaticamente, dell'ex-liquidatore, impongono la ricostruzione di una disciplina che tuteli adeguatamente entrambe le posizioni. Se il liquidatore è coinvolto oggi *ipso jure* per effetto dell'art. 28 cit., trovandosi così "allertato" rispetto al rischio di subire un pregiudizio dall'azione del creditore pubblico, è pur vero che rischia di dovere utilizzare mezzi propri per contrastare un'azione rivolta contro la ex-società che ormai è un guscio vuoto, senza risorse, senza struttura corporativa; gli ex-soci, per contro, si trovano a non disporre più degli strumenti di controllo e di intervento sull'organo rappresentativo della ex-società, ma condividono tra loro la situazione giuridica rappresentata dal rapporto fiscale o contributivo attraverso la finzione di permanenza in vita della società titolare di una sogget-

processuale, sempre eccezionale, che non è previsto che sia accompagnata da una rappresentanza sostanziale. Una tal situazione, frutto degli effetti immediati della successione *sui generis* e del perdurare per un quinquennio ancora di taluni effetti del vincolo sociale, deve confrontarsi con il disposto degli artt. 24 e 41 Cost., perché gli ex-soci possono ritrovarsi a subire effetti sul proprio patrimonio in dipendenza di condotte altrui⁵⁷.

Se si muove dalla constatazione che, già nella fase conclusiva della liquidazione, il vincolo societario è ormai così labile da giustificare la disapplicazione del principio di maggioranza e la necessità del consenso individuale di ciascun socio per l'approvazione del bilancio finale di liquidazione⁵⁸, una volta che il vincolo societario sia cessato e l'ultrattività della società sia prevista "ai soli fini" del compimento di taluni atti da parte dei creditori fiscali e contributivi, sarebbe contrastante con il sistema – oltre che non prevista dalle norme – la sopravvivenza dell'assemblea con i corollari che comporta in termini di modalità e *quorum* di decisione. Parimenti, disgregatasi l'organizzazione sociale e con essa anche i cc.dd. assetti amministrativi, organizzativi e contabili, la sopravvivenza sia dell'organo di gestione che di quelli di controllo s'inserirebbe in un contesto talmente carente che detti organi perderebbero la loro ragion d'essere⁵⁹. Ma v'è di più. L'organizzazione sociale si giustifica in presenza di conferimenti, costituenti il fondo comune destinato all'esercizio dell'impresa, che sono ormai restituiti; nessuna disposizione di legge stabilisce natura e misura di eventuali (nuovi) conferimenti per consentire il funzionamento della società cancellata quale mezzo per gestire e rispondere nell'ambito del rapporto fiscale o contributivo ancora in essere. In mancanza di tali precisazioni si sarebbe dinanzi ad un'obbligazione di contenuto del tutto indeterminato. È evidente che l'ultrattività fiscale e contributiva della società cancellata non può che comportare gli effetti strettamente necessari all'esercizio dei diritti dei creditori per tributi e contributi, ma deve escludere ogni altro effetto non a ciò rigorosamente connesso. La prosecuzione della società dopo la cancellazione è

una finzione parziale, perché della struttura organizzativa manca quasi tutto e ne è affermata solo una sopravvivenza formale. Il trascurare che, in concreto, la società non è più tale, perché non c'è più un patrimonio comune organizzato per l'esercizio dell'attività d'impresa, sconfinando immediatamente nella violazione dei diritti costituzionali di difesa e di protezione della proprietà privata degli ex-soci, ormai ciascuno di essi esclusivo e definitivo titolare di quanto percepito in sede di riparto di liquidazione. Ciascun ex-socio si trova a forzatamente subire il raggruppamento del proprio interesse individuale con quello di altri in carenza della struttura organizzativa che in precedenza aveva la funzione di gestire gli interessi comuni e ciò, potenzialmente, anche per ragioni che gli sono del tutto ignote; infatti, la sopravvenienza di debiti fiscali può fondarsi su fatti o atti del tutto sconosciuti ai soci di una società amministrata e liquidata da altri.

In questo contesto, c'è un equilibrio costituzionalmente accettabile? La risposta non è semplice, anche perché il forzato persistere del raggruppamento di interessi individuali in capo ad una società cancellata, che è soggetto soltanto a fini fiscali e contributivi, esclude la sopravvivenza "integrale" della società con i suoi organi⁶⁰.

Posto che la tutela della proprietà deve cedere all'utilità sociale e che il diritto di difesa di una parte si confronta con quello della controparte, è la ragionevolezza dei contemperamenti che può indicare le soluzioni accettabili, tenuto conto dei contesti concreti. Ciascun ex-socio decide del proprio nella misura in cui sia individualmente coinvolto nelle azioni dei creditori fiscali o contributivi, ma, quando questi ultimi sfruttino l'ultrattività della società e gli ex-soci siano chiamati per converso a compiere atti a tutela delle proprie posizioni, essi – come fossero un'unica parte – debbono concordare tra loro le modalità di reazione e ripartirsi i relativi oneri. Sono proprietari esclusivi, ciascuno di essi, di quanto hanno ricevuto dalla liquidazione (e del loro ulteriore patrimonio)⁶¹, ma sono come comunisti – perché trattati come se il vincolo societario tra loro persistesse – rispetto alle azioni contro di essi promosse sul presupposto della parziale

tività giuridica solo parziale. È evidente che tutti questi soggetti debbono essere messi in condizione di poter esercitare in modo effettivo il diritto di difesa nonché di proteggere le loro persone e le loro proprietà.

⁵⁷ Criticità sul piano costituzionale – alla luce del dettato dell'art. 24 (ma anche dell'art. 47 CDFUE) – sono evidenziate da Frasoni, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, cit., par. 8; Porcaro, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto semplificazioni; profili tributari*, cit., 1074; Lorusso, *Profili problematici sulla sospensione ai soli fini fiscali dell'efficacia della estinzione delle società*, cit., 675 e segg.

⁵⁸ In tal senso, si ricorda, è la previsione dell'art. 2492, 3° comma, c.c.

⁵⁹ Sono problemi messi in luce anche nei già citati studi di Frasoni e di Lorusso.

⁶⁰ Diversamente, l'introduzione dell'art. 28, 4° comma, cit.

avrebbe determinato una surrettizia abrogazione dell'art. 2495 c.c. per quanto attiene all'affermazione che con la cancellazione la società si estingue.

⁶¹ Va ricordato che la responsabilità degli ex-soci è soggetta ad un limite che configura una forma non di separazione patrimoniale, ma di limitazione del debito. Dunque, non comporta una selezione dei beni aggredibili da parte dei creditori fiscali o contributivi, ma fissa la misura del controvalore massimo in cui questi ultimi possono soddisfarsi su qualunque bene degli ex-soci (nella medesima prospettiva Cass. civ., 16 maggio 2012, n. 7676 e Cass. civ., 9 novembre 2012, n. 19453, in *Società*, 2013, 81; di diverso avviso, ossia che si abbia incidenza non sul piano dell'obbligazione, ma su quello della responsabilità patrimoniale, Guizzi, *Le Sezioni Unite, la cancellazione della società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*, cit., 561; Farri, *Estinzione della società in corso di giudizio: conseguenze processuali*, cit.).

ultrattività della società⁶². La si qualifichi come “comunione *sui generis*” – trasponendo sul piano proprietario la discussa posizione della Cassazione in tema di qualificazione della modalità di subentro degli ex-soci nella titolarità dei diritti e dei rapporti sociali⁶³ – o in altro modo, sta di fatto che gli ex-soci si trovano a dover coordinare condotte per ripararsi da rischi loro comuni⁶⁴.

Più concretamente, venuto meno il rapporto societario, ma soprattutto l'apparato organizzativo proprio delle società, la situazione di contitolarità nella quale gli ex-soci vengono a trovarsi non può che essere regolata dal diritto civile e, quindi, dalla disciplina della comunione in quanto compatibile con la ragione e le modalità della sua origine. In questo senso si ha motivo di definirla come una “comunione *sui generis*”. Sebbene si sia dinanzi alla ultrattività della società cessata, il fatto che questa sia solo parziale – e, cioè, prevista “ai soli fini” dell'esercizio dei diritti dei creditori fiscali e contributivi – per effetto di una formula che, letteralmente, sembra limitare detta ultrattività solo nell'ambito del rapporto fiscale o contributivo, depone per l'inapplicabilità delle regole societarie; poi, coerenza di sistema vuole che, una volta determinato il subentro⁶⁵ degli ex-soci nei diritti e nei rapporti pregressi, non “si ritorni indietro” nei rapporti tra loro, che, ovviamente, esulano il piano fiscale e quello contributivo. I creditori pubblici sono indifferenti rispetto alla misura in cui gli ex-soci si ripartiscono gli oneri connessi con la difesa avverso gli atti dei primi ed alle modalità secondo le quali sempre gli ex-soci prendono decisioni in ordine a detta difesa; dunque, l'ultrattività della società cancellata non v'è ragione – logica e/o letterale – perché si spinga in questi altri ambiti.

Restano le regole della comunione, quindi; regole, peraltro, applicabili anche in campo societario, allorché si concretizzino contitolarità di situazioni partecipative⁶⁶. D'altronde, per un verso, le divaricazioni tra di-

ritto della comunione e diritto societario si giustificavano – prima della cessazione della società – per la finalizzazione del secondo alla regolazione dell'esercizio di un'attività d'impresa, che – cancellata la società – non v'è più. Per altro verso, l'imposizione della ri-creazione di un patrimonio comune nonché di una catena decisionale e di controllo, oltre tutto non per l'esercizio di un'attività d'impresa ma per gestire le mere sopravvivenze/sopravvenienze fiscal-contributive, sarebbe mezzo largamente eccedente il fine normativo; con una norma ritenuta dai più eccezionale si finirebbe per far rivivere sostanzialmente *in toto* ciò che invece dovrebbe essere stato cancellato dal mondo giuridico.

Ex-soci, ex-liquidatore e gestione postcancellazione

Cerchiamo di tirare le somme. Sul piano concreto, l'ex-liquidatore riceve gli atti e si attiva presso gli ormai unici titolari dell'interesse sostanziale, ossia gli ex-soci, informandoli ed invitandoli a decidere come eventualmente reagire. Costoro hanno l'interesse e l'onere di decidere se resistere o meno; d'altronde, in caso di comportamento acquiescente, le pretese dei creditori fiscali o contributivi finirebbero per consolidarsi in un titolo esecutivo spendibile nei confronti dei primi. Qualora ritengano utile un'attività da parte dell'ex-liquidatore debbono concordare con il medesimo il contenuto del nuovo incarico anche sul piano dei compensi, tenuto conto, però, che rispetto ai creditori fiscali e contributivi non sono del tutto liberi nella scelta delle forme di organizzazione dei loro rapporti e di quello con il designato a rappresentare la società cancellata. Infatti, rispetto agli atti indicati dall'art. 28 cit. è ancora legittimata passiva la società, nella persona che ne ha la rappresentanza. Qui inizia a disvelarsi il carattere *sui generis* della comunione in capo agli ex-soci⁶⁷.

Ma non è tutto. Se la *fictio* dell'ultrattività della

⁶² Senza entrare nel merito della questione se la cancellazione della società conduca ad una comunione tra gli ex-soci anche sulle sopravvivenze e sulle sopravvivenze (a riguardo, per tutti, si rinvia a Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, cit., 86 e segg.), l'art. 28 cit. costringe gli ex-soci a condividere una situazione giuridica (e, cioè, la parziale sopravvivenza a fini fiscal-contributivi della società cancellata) ed una o più vicende (ossia quelle connesse con le attività di liquidazione, accertamento e riscossione di imposte e contributi).

⁶³ La posizione della Cassazione è stata discussa assai per il richiamo al fenomeno successorio, peraltro in gran misura “neutralizzato” dalla qualificazione dello stesso in termini di “successione *sui generis*”, che solleva interrogativi – allo stato con ben poche risposte da parte della Suprema Corte – sul piano della disciplina concreta della fattispecie così definita.

⁶⁴ L'idea che la “successione *sui generis*” conduca alla creazione, su quanto non oggetto di attribuzione esclusiva per effetto del riparto liquidatorio, di una “comunione *sui generis*” vuole marcare la continuità tra il meccanismo di subentro e la situazione giuridica che ne consegue; insomma, la continuità tra causa ed effetto. Nelle righe che seguono, però, si tenta di dare anche contenuto – in termini di disciplina – alla situazione giuridica definitiva come “comunione *sui generis*”.

⁶⁵ Che lo si qualifichi in termini di successione o in altro modo

sembra difficile non vedere in ciò che accade con la cancellazione della società una forma di mutamento della titolarità delle situazioni giuridiche prima intestate al soggetto societario. Il diritto civile non prevede l'estinzione del diritto o dell'obbligazione, quando se ne estingua il titolare; anche in caso di assenza di un successore, si ha un patrimonio senza soggetto (es.: l'eredità giacente) o una *res nullius*. Il diritto societario neppure, quando la società si scinda, si fonda o si trasformi in una comunione d'azienda. Dunque, se il diritto o l'obbligazione non si possono estinguere per estinzione del titolare, è evidente che altri deve subentrare nella titolarità e, nel caso della società cancellata, non possono che essere gli ex-soci in quanto non più titolari “indiretti” del patrimonio sociale. Che, pur per via mediata della soggettività societaria, il patrimonio sociale appartenga a costoro non può essere discusso e la liquidazione societaria è lo strumento perché essi si “riappropriino direttamente” di ciò che spetta loro. Mancando una divisione di quanto loro così spettante, logica appare la soluzione della titolarità in comunione, sebbene se ne debba stabilire la disciplina.

⁶⁶ Il richiamo è agli artt. 2347 e 2468, 5° comma, c.c.

⁶⁷ Infatti, si tratta di una comunione che, nei rapporti fiscal-contributivi, non può essere sciolta per un quinquennio e allo scadere di esso vien meno *ex lege*.

società cancellata permette al creditore pubblico di potersi ancora relazionare per un quinquennio con la collettività degli ex-soci attraverso una persistente – ma limitata – soggettività della società, tale *fictio* non si spinge fino ad imporre agli ex-soci di relazionarsi tra loro e con l'ex-liquidatore come se niente fosse accaduto. Deve essere assicurato il diritto degli ex-soci a proteggere i propri interessi anche di fronte alle azioni subite ex art. 28, 4° comma, cit., ed, in particolare, la proprietà di quanto percepito in sede di liquidazione così come di ciò che potrebbe essere oggetto di sopravvivenza e/o sopravvenienza post-liquidazione.

Pertanto, si deve ammettere: che, in virtù delle regole di diritto civile, gli ex-soci possano designare altra persona a rappresentarli nei rapporti fiscali e contributivi⁶⁸; che questa persona abbia i diritti e i poteri che gli ex-soci – ormai comunisti – intendono conferirle⁶⁹, fermi quelli necessari per soddisfare le esigenze sottese all'art. 28, 4° comma, D.Lgs. n. 175/2014; che, per effetto della disciplina di legge (ed, in particolare, della disposizione da ultimo citata), su chi è investito del potere di rappresentanza degli ex-soci – e, per quanto rilevante “ai soli fini” del disposto dell'art. 28, 4° comma, cit. – gravano obblighi legali e, quindi, responsabilità⁷⁰; che non vi siano più organi di controllo e che, per le eventuali irregolarità commesse dal rappresentante, non siano aziona-

bili strumenti come il procedimento di controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c.; che non sia necessario provvedere alle iscrizioni nel registro delle imprese⁷¹, ma gravi sugli ex-soci l'onere di rendere note con mezzi idonei ai creditori fiscal-contributivi le modifiche della rappresentanza; che i soci possano decidere liberamente come ripartirsi gli oneri – anche economici – derivanti dalla persistente soggettività parziale della società cancellata, fermo che, nei rapporti con i creditori di cui all'art. 28, 4° comma, cit., rispondono solidalmente ma nei limiti di cui all'art. 36, D.P.R. n. 602/1973 e che, verso gli altri creditori, gli ex-soci invece rispondono pro quota⁷² e nei limiti delle somme percepite ai sensi dell'art. 2495 c.c.

Una chiosa ... “poco conclusiva”

Chiaro che il terreno è scivoloso e sia la specialità della regola introdotta nel sistema con la norma contenuta nell'art. 28 cit., che l'incerta qualificazione giurisprudenziale della vicenda post-societaria come “successione *sui generis*” non possono che condurre alla creazione anche di una “comunione *sui generis*” per alcuni aspetti ex-societari, la cui disciplina finisce per essere incerta e bisognosa di attenti bilanciamenti alla luce dei principi costituzionali, prim'ancora che coerente con il sistema dei rapporti civili.

Il Fallimento

Cassazione civile, Sez. I, 21 ottobre 2020, n. 22955 – Pres. Genovese – Rel. Compese – P.M. Nardecchia (conf.) – S.R. (avv.ti Stagno d'Alcontres, Inzerillo, Bonaccorsi) – C. Fallimento dell'Associazione (*omissis*) (avv. Parisi). *Cassa App. Appello Palermo, 13 gennaio 2016.*

Procedure concorsuali – Fallimento – Associazione – Gratuità della attività – Esclusione

Seppure le associazioni svolgenti attività di impresa ancorché non lucrative siano sottoponibili in caso di insolvenza alla dichiarazione di fallimento e conseguente-

mente in estensione del suo legale rappresentante per applicazione analogica dell'art. 147 L. fall., non sussiste tale possibilità qualora l'attività venga svolta con carattere di gratuità. (Massima non ufficiale)

Omissis – Fatti di causa.

1. S.R., in proprio e quale legale rappresentante dell'Associazione (*omissis*), d'ora in avanti, indicata, per brevità, anche solo come (*omissis*), ha proposta ricorso per cassazione, con due motivi, avverso la sentenza resa dalla Corte di appello di Palermo il 13 gennaio 2016, n. 13, reiettiva del reclamo dal primo promosso, in proprio e nella indicata qualità, contro la dichiarazione di fallimento della suddetta

⁶⁸ D'altronde, l'ex-liquidatore potrebbe anche essere deceduto, incapace di intendere o di volere, irreperibile, in conflitto con gli ex-soci e, pertanto, inidoneo a rappresentarli. Il riferimento alle regole del diritto civile comporta che le decisioni da parte degli ex-soci debbono essere prese con le maggioranze stabilite dall'art. 1105 c.c. Il problema è che si deve anche ammettere la variabilità delle quote a seconda della decisione da prendere, posto che il criterio legato alle quote è strumentale ad istituire una correlazione tra potere ed interesse. Tuttavia, l'interesse può variare in funzione delle diverse decisioni: in materia di responsabilità fiscale i soci hanno una quota d'interesse potenzialmente diversa rispetto ad altre responsabilità, posto che l'art. 36, D.P.R. n. 602/1973 non fa riferimento ad un limite correlato alle sole somme ripartite in forza del bilancio finali di liquidazione; in materia di sopravvenienze attive, l'incidenza proporzionale dei conferimenti ancora

da rimborsare potrebbe essere differente rispetto alla misura del diritto a ripartirsi l'utile di liquidazione. E così via.

⁶⁹ Ad esempio, potrebbe essere nominato amministratore di tutti i diritti caduti in comunione o di alcuni di essi soltanto, posto che la nomina dell'amministratore è facoltativa ai sensi dell'art. 1106 c.c.

⁷⁰ Va ricordato che, ai fini fiscali, è prevista una specifica disciplina della responsabilità del liquidatore della società dall'art. 36, D.P.R. n. 602/1973.

⁷¹ Così anche Speranzin, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, in *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, a cura di Rescio e Speranzin, Torino, 2020, 424.

⁷² V. Cass. civ., 30 gennaio 2012, n. 1289; cui *adde* Cass. civ., 10 settembre 2019, n. 22540.

associazione e sua personale pronunciata dal tribunale di quella stessa città, il 22 gennaio 2015, su istanza di L.B.S., La.Ba.Ca. e Si.Ma.Ri. Ha resistito, con controricorso, ulteriormente illustrato da memoria ex art. 380-bis. 1 c.p.c., la curatela fallimentare, mentre non hanno svolto difese, in questa sede, i predetti creditori.

1.1. Per quanto qui ancora di residuo interesse, la corte palermitana, nel disattendere le corrispondenti doglianze ivi formulate dal reclamante, ha opinato che: i) lo status di imprenditore commerciale è attribuibile anche agli enti di tipo associativo svolgenti, in concreto, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale; II) per la qualifica di “imprenditore commerciale”, ciò che rileva, accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile, è il perseguimento di un cd. Lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione quale tendenziale proporzionalità dei costi e dei ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire (almeno nel medio lungo periodo). La nozione di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., va, dunque, intesa in senso oggettivo, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale dell'attività economica organizzata che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, il quale riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività. Persino il fine altruistico, infatti, non pregiudica il carattere imprenditoriale dei servizi resi qualora questi vengano organizzati in modo che i compensi percepiti siano adeguati ai relativi costi; iii) nella specie, quindi, è irrilevante la gratuità del servizio reso ai partecipanti ai corsi di formazione, essendo, comunque, l'attività svolta dall'(*omissis*) finanziata dalla Regione Sicilia con erogazione che prevedono la copertura di tutti i costi, compresa la retribuzione del legale rappresentante dell'associazione, così da escludere alcuna forma di liberalità di quest'ultima, iv) l'art. 13 dello Statuto dell'associazione prevede che la stessa provvede al raggiungimento delle sue finalità anche attraverso “proventi di manifestazioni e di gestioni accessorie”; v) le disposizioni in materia fiscale non possono avere una valenza generale nell'ambito civilistico ai fini della qualificazione dell'attività svolta dagli enti (avuto riguardo alla specificità delle ragioni di politica fiscale che le ispirano), ed altrettanto è a dirsi per la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato; vi) l'estensione del fallimento dell'associazione al suo legale rappresentante trova causa nell'art. 38 c.c., a tenore del quale, per evidenti ragioni di tutela dei terzi, delle obbligazioni della prima rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto della stessa; vii) la dichiarazione di fallimento del legale rappresentante dell'associazione non necessita di apposita domanda, bastando quella avanzata dai creditori contro quest'ultima. (*Omissis*).

Ragioni della decisione

1. Le formulate censure prospettano, rispettivamente:

1) “Violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), con riferimento del R.D. 16 marzo 2942, n. 267, art. 1 e art. 2082 c.c. Il tutto in rapporto alla L.R. Sicilia 6 marzo 1976, n. 24 (artt. 4 e 9), ed alla L. 21 dicembre 1978, n. 845; D.P.R. n. 917 del 1986, art. 73, lett. c) – Testo Unico delle Imposte sui Redditi (come modificato dal D.Lgs. n. 334 del 2003, art. 143); alla Decisione della Commissione Europea 2 marzo 2005, n. 2006/225/CE”. Si assume, in estrema sintesi, che la Corte

distrettuale, come precedentemente il tribunale, si era riportata a quell'orientamento secondo cui la natura imprenditoriale è riscontrabile ogni qualvolta la struttura organizzativa dell'ente tenda a realizzare un equilibrio tra costi e ricavi, pur senza perseguire come obiettivo il sopravanzo degli stessi ricavi ma, unicamente, la parità di bilancio. Questa posizione, aprioristicamente assunta, aveva, però, del tutto trascurato le esposte peculiarità dell'attività di formazione svolta da (*omissis*), date, per ciò che qui rileva, dallo stretto collegamento tra detta attività e le risorse pubbliche che ne costituiscono la sua unica fonte di sostentamento. L'ente di formazione, invero, non costituisce uno strumento di remunerazione del capitale, neppure in termini di semplice copertura dei costi, esaurendosi la sua attività (disciplinata, in ambito regionale, dalla L.R. Sicilia n. 24 del 1976 e successive modificazioni ed integrazioni) nella formazione sotto l'egida della Regione Sicilia che si avvale di fondi propri e di quelli Europei, sicché il rapporto tra Amministrazione pubblica e soggetto gestore dell'attività formativa finisce con il rivestire una natura eminentemente pubblicistica, regolamentata da procedure amministrative. Inoltre, il carattere gratuito di tale attività formativa, specificamente sancito dalla L.R. Sicilia n. 24 del 1976, art. 9, induce a qualificare come essenzialmente ed oggettivamente gratuita l'attività svolta dall'associazione odierna ricorrente, senza che l'erogazione di contributi regionali valga ad imprimere a detta attività una obiettiva ed intrinseca capacità di conseguire la remunerazione dei fattori produttivi: un siffatto contributo, invero, è un fattore del tutto estrinseco all'organizzazione dell'attività dell'associazione, mancando, così, in radice la potenziale capacità di produrre reddito. Si assume, infine, che, se una finzione di imprenditorialità può essere (per quanto una stortura) data con riguardo al profilo fiscale, non convince l'affermazione della corte siciliana che pure il punto di vista della Commissione Europea – secondo cui la formazione professionale non redditizia, finanziata con risorse pubbliche, esercitata da organizzazioni non aventi scopo di lucro e fornita nell'ambito del sistema di istruzione e formazione professionale pubblica, non può considerarsi attività commerciale, con conseguente inapplicabilità ad essa delle regole comunitarie sulla concorrenza e sul mercato interno – sarebbe dettato da un profilo limitato alla concorrenza ed al mercato, atteso che “... se si afferma il principio che un'attività non è imprenditoriale e che questa è l'unica ragione che le consente di godere degli aiuti di Stato e di regione, non si può in altro ambito, all'interno del medesimo sistema giuridico, affermare un principio diverso e diametralmente opposto ...”. (*Omissis*).

2. Il primo motivo è fondato alla stregua delle considerazioni di cui appresso.

2.1. La L. Fall., art. 1, comma 1, dispone che “sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici” ed in tal modo stabilisce i requisiti per l'acquisto della qualità di imprenditore mediante rinvio all'art. 2082 c.c., il quale non include tra essi “lo scopo di lucro”. Nondimeno, in fatto, la realizzazione di un tornaconto personale costituisce la ragione che, di regola, induce un soggetto a svolgere una determinata attività e, nel vigore del codice di commercio, era dominante l'idea che lo scopo di guadagno, inteso in senso soggettivo, costituisce requisito essenziale per l'acquisto della qualità di imprenditore. 2.2. Questa concezione è oggi divenuta inso-

stenibile, poiché di tale movente soggettivo l'art. 2082 c.c., non fa menzione, in coerenza con la finalità della disciplina dell'impresa, volta anche a tutelare i terzi che entrano in contatto con l'imprenditore e che, come precisato in dottrina, "deve fondarsi su dati esteriori ed oggettivi", non potendo essere fatta "dipendere dal movente e dalle varie intenzioni di chi opera sul mercato". Dunque, nell'impresa, "per la sua natura di attività, gli elementi teleologici possono assumere rilievo solo sul piano oggettivo, in quanto si obiettivizzano nel modo di svolgimento della medesima attività" (cfr. Cass. n. 4558 del 1979). La carenza, nell'art. 2082 c.c., di ogni riferimento al lucro soggettivo, e la sua giuridica irrilevanza al fine che qui interessa, corrispondono, peraltro, al consolidatosi orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr., ex aliis, Cass. n. 16612 del 2008; Cass. n. 20815 del 2006; Cass. n. 97 del 2001).

2.3. La riportata conclusione, del resto, fa i conti con la constatazione che l'articolo predetto definisce imprenditore chi esercita "professionalmente un'attività economica". La professionalità, espressiva del carattere della sistematicità e continuità nello svolgimento dell'attività, in *thesi*, è compatibile con la gratuità della stessa. Diversamente, invece, la prescrizione che essa sia anche "economica" non può costituire mera reiterazione di un requisito che la norma già stabilisce, quando dispone che l'attività deve avere ad oggetto la produzione o lo scambio di beni e servizi. Il significato (e l'importanza dell'aggettivo) è stato, quindi, identificato nell'intento di stabilire che l'attività deve essere caratterizzata dal criterio di economicità, nel senso che essa va svolta con modalità tali da soddisfare l'esigenza che sia astrattamente idonea a coprire i costi di produzione, alimentandosi con i suoi stessi ricavi, senza comportare erogazioni a fondo perduto. 2.3.1. Proprio questa la concezione assurta a diritto vivente nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, come si è detto, "il requisito dello scopo di lucro assume rilievo meramente oggettivo ed è quindi collegato alle modalità dello svolgimento dell'attività" (cfr. Cass. n. 20815 del 2006), "ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi", che va escluso solo qualora l'attività "sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti" (cfr. Cass. n. 16612 del 2008; Cass. n. 16435 del 2003; Cass., SU, n. 3353 del 1994), sicché all'intento di lucro, così come ogni altra soggettiva previsione od aspettativa dell'agente, degrada a semplice motivo giuridicamente irrilevante. Tale ultimo profilo è stato approfondito soprattutto dalla dottrina, che ha posto in luce come l'eliminazione del requisito dello scopo di lucro segni un elemento di discontinuità anche ideologica rispetto al codice di commercio, essendo state ricondotte alla fattispecie generale l'impresa pubblica, l'impresa mutualistica e l'impresa sociale. Il codice civile enuncia, infatti, una nozione unitaria di impresa, comprensiva di quella privata e di quella pubblica (art. 2093 c.c.), e per quest'ultima è appunto richiesta esclusivamente l'osservanza del criterio di economicità della gestione, intesa quale remunerazione dei fattori produttivi impiegati, nell'osservanza di una generale regola di condotta per l'intervento imprenditoriale dei pubblici poteri. 2.3.2. La sufficienza di tale criterio per l'acquisto della qualità di imprenditore è, inoltre, univocamente desumibile proprio dall'assoggettamento al fallimento delle società cooperative stabilita dal codice civile prima della riforma del 2003 (art. 2540 c.c.) e successivamente

(art. 2545 terdecies c.c.). Anche senza approfondire il complesso tema dell'identificazione dello scopo mutualistico, questa previsione è, infatti, dirimente nel senso che, per la ricorrenza dell'attività d'impresa, è sufficiente lo svolgimento della stessa secondo un criterio di economicità, pacificamente richiesto anche per le società cooperative. 2.3.3. Infine, lo scopo lucrativo soggettivo neppure è richiesto dalla disciplina dell'impresa sociale (D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, oggi abrogato e sostituito dal D.Lgs. n. 112 del 2017).

2.4. L'identificazione quale requisito essenziale dell'attività d'impresa dell'economicità della gestione, in luogo dello scopo di lucro soggettivo, permette, inoltre, di riconoscere lo status di imprenditore a tutti gli enti di tipo associativo che in concreto svolgono, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale (cfr. Cass. n. 8374 del 2000), anche a quelli del libro I del codice civile, una volta che l'attività svolta è stata svincolata dallo schema giuridico adottato. Conseguentemente, per la consolidata giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'applicabilità dello statuto di imprenditore commerciale, rileva "soltanto che l'ente abbia svolto un'attività da imprenditore commerciale, e che l'esercizio di questa impresa esaurisca l'attività dell'ente, ovvero risulti prevalente rispetto ad altre attività, si da costituire l'oggetto esclusivo o principale dell'associazione; ciò, anche quando l'associazione abbia soltanto scopi altruistici, o l'attività di impresa realizzi in via diretta gli scopi istituzionali dell'ente e sia, perciò, finalizzata al raggiungimento di scopi altruistici" (cfr. Cass. n. 9589 del 1993). 2.5. Alla stregua di quanto si è fin qui detto, dunque, sono assolutamente corrette le affermazioni generali contenute nella sentenza impugnata in ordine: i) alla possibilità di attribuire lo status di imprenditore commerciale anche agli enti di tipo associativo svolgenti, in concreto, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale; ii) al rilievo che, per la qualifica di "imprenditore commerciale", assume, accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile, il perseguimento di un cd. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione quale tendenziale proporzionalità dei costi e dei ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi (almeno nel medio lungo periodo), rimanendo, invece, giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, il quale riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività (cfr. ex aliis, Cass. n. 15028 del 2014, in motivazione; Cass. n. 6835 del 2014; Cass. n. 16612 del 2008. Circa la nozione di lucro cd. Oggettivo, si vedano anche, in senso sostanzialmente conforme, Cass. n. 14250 del 2016, nonché la più recente Cass. n. 42 del 2018, secondo cui, per la integrazione del fine di lucro "può essere sufficiente l'idoneità almeno tendenziale dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio"); iii) al fatto che persino il fine altruistico non pregiudica il carattere imprenditoriale dei servizi resi qualora questi vengano organizzati in modo che i compensi percepiti siano adeguati ai relativi costi.

2.6. Fermo quanto precede, occorre, però, valutare le obbiettive peculiarità dell'attività concretamente svolta dalla associazione odierna ricorrente, ed a tal fine deve necessariamente muoversi dall'esame della disciplina di cui alla L.R. Sicilia 6 marzo 1976, n. 24, in tema di "Addestramento professionale dei lavoratori". 2.6.1. Detta legge infatti, dopo aver premesso che l'Assessorato regionale del lavoro e della cooperazione promuove, programma, dirige e coordina le iniziative di formazione professionale e che l'azione

formativa, nel rispetto delle linee programmatiche generali, è diretta a realizzare “un servizio pubblico (art. 1), dispone, in particolare, che:

i) “per conseguire le finalità di cui all’art. 1, l’Assessorato regionale del lavoro e della cooperazione provvede: a) ad esercitare l’azione di coordinamento fra strutture formative, forse produttive, forse sociali ed amministrative pubbliche interessate; b) a curare studi e ricerche ed a raccogliere documentazioni ed informazioni in materia di formazione professionale, avvalendosi anche delle strutture pubbliche nazionali di formazione professionale, in funzione della programmazione regionale e di settore; c) alla concessione di contributi e sovvenzioni in favore di enti che si prefiggono finalità di formazione professionale, secondo le norme della presente legge; d) alla promozione ed all’istituzione di centri, corsi ed altre iniziative in materia, secondo le norme della presente legge; e) al riconoscimento della idoneità tecnico – didattica di centri ed enti che svolgono attività di formazione professionale, al fine della validità dell’attestato da essi rilasciato; f) alla vigilanza tecnico – didattica ed amministrativa – contabile sulle attività di formazione professionale” (art. 2, lett. ci);

ii) il suindicato Assessorato “attua” i corsi e le altre iniziative formative avvalendosi – fra l’altro – degli enti giuridicamente riconosciuti o di fatto che abbiano per fine, senza scopo di lucro, la formazione professionale (art. 4);

iii) l’Assessorato regionale procede ogni anno all’elaborazione del piano regionale per la formazione professionale (art. 5) e che i corsi si svolgono normalmente presso centri di formazione intesi come complesso di locali ed attrezzature stabilmente ed esclusivamente destinati allo svolgimento di attività formative (art. 7);

iv) l’organizzazione ed il funzionamento dei centri sono disciplinati da un regolamento interno elaborato da un’apposita Commissione regolare (art. 8);

v) l’attività di formazione è gratuita (art. 9);

vi) lo stesso Assessorato definisce gli ordinamenti didattici, le condizioni di ammissione ai corsi, la durata complessiva dei cicli formativi e dei singoli corsi, del numero giornaliero e settimanale delle ore di insegnamento nonché di ripartizione delle ore di insegnamento teorico ed esercitazioni pratiche (art. 11);

vii) il personale preposto alle attività formative deve essere in possesso di adeguati requisiti professionali ed iscritto nel relativo albo regionale (artt. 13 e 14);

viii) al termine del ciclo formativo si svolgeranno prove finali teoriche-pratiche alle quali sovrintende una Commissione nominata dal medesimo Assessorato (art. 12);

ix) per constatate carenze tecnico didattiche, ovvero per gravi irregolarità amministrative, l’Assessore regionale procede alla sospensione dell’attività e può anche revocare il contributo concesso o il riconoscimento di idoneità conferito (art. 10);

x) per l’espletamento delle funzioni di controllo e vigilanza, in particolare sulla gestione amministrativa, tecnica e finanziaria delle attività di addestramento professionale dei lavoratori, l’Assessorato regionale può avvalersi anche degli uffici periferici del lavoro (artt. 19 e 20).

2.6.2. Dal complesso quadro normativo riportato si ricava, agevolmente, che, come già chiarito da Cass., SU, n. 2668 del 1993 (resa, sebbene in tema di responsabilità contabile, nei confronti di altro ente siciliano – il Centro Regionale Siciliano Radio e Telecomunicazioni – gestore di corsi di formazione professionale finanziati dalla Regione

siciliana ai sensi della L. n. 24 del 1976), “... la Regione Sicilia non si limita a fissare direttive di ordine generale ed a fornire incentivi economici, ma affida, oltre che agli Enti locali, ad enti anche privati, non aventi scopo di lucro, l’espletamento di un’attività strutturata per legge come servizio pubblico e dettagliatamente programmata, diretta e controllata dalla stessa Regione in conformità del relativo piano annuale ed al fine di realizzare quelle esigenze pubbliche dalla medesima legge perseguite ...”. L’ente privato, pertanto, hanno proseguito in quella occasione le Sezioni Unite – “... svolge la predetta attività di formazione professionale per conto ed in sostituzione dell’Amministrazione regionale in attuazione del piano all’uopo predisposto e nel rispetto di regole inderogabili che privano sostanzialmente l’ente affidatario di ogni potere di diretta iniziativa e di apprezzabili scelte discrezionali nell’organizzazione e nel funzionamento dei corsi. Il che è dimostrato in particolare: 1) dalla rigorosa regolamentazione, da parte dell’Assessorato, degli ordinamenti didattici, delle condizioni di ammissione ai corsi, della durata degli stessi, della disciplina minuziosa delle ore di insegnamento e della decisiva incidenza sulla scelta del personale docente attraverso l’apposito albo regionale; 2) dai diretti e penetranti controlli sia sul piano amministrativo contabile che su quello tecnico didattico con possibilità di adottare anche misure sanzionatorie ...”.

2.6.2.1. In definitiva, secondo la suddetta pronuncia, “... l’ente ricorrente, lungi dall’essere semplice beneficiario di contributi pubblici in relazione all’attività svolta, opera come struttura inserita nell’apparato organizzatorio della Regione al fine di realizzare il servizio pubblico così come pianificato e regolato dalla medesima Regione ...”, e, pertanto, “sussistono (...) tutte le condizioni per ritenere l’instaurazione di un rapporto di servizio” tra l’ente e la Regione stessa, configurandosi un siffatto rapporto allorquando “... un soggetto venga comunque investito dello svolgimento in modo continuativo di una determinata attività in favore della Pubblica Amministrazione con inserimento in moduli continuativo di una determinata attività in favore della Pubblica Amministrazione con inserimento in moduli organizzativi di essa e con assunzione di particolari vincoli ed obblighi diretti ad assicurare il bon andamento dell’attività affidata e la rispondenza di essa alle esigenze generali cui è preordinata (cfr. Cass. n. 5184-79; n. 6177-83; n. 6329-85; n. 2611-90) ...”. 2.6.2.2. Conclusione, questa, ivi definita “in linea con recenti pronunce di questa Corte (sent. n. 2611 e 2612 del 1990) ed in modo specifico con la sentenza n. 10963 del 1991 che ha risolto lo stesso problema di giurisdizione proprio con riguardo al medesimo Centro regionale Siciliano Radio e Telecomunicazioni”.

2.7. Le riportate affermazioni, pienamente condivise da questo Collegio, si attagliano perfettamente anche all’odierna fattispecie, pacifico essendo che anche l’Associazione (*omissis*) è assoggettata alla descritta L.R. Sicilia n. 24 del 1976. 2.7.1. Conseguentemente, pure detta associazione svolge l’attività di formazione professionale per conto ed in sostituzione dell’Amministrazione regionale, in attuazione del piano all’uopo da quest’ultima predisposto e nel rispetto di regole inderogabili. 2.7.2. Inoltre, come affatto condivisibilmente osservato dal sostituto procuratore generale nella sua requisitoria scritta (cfr. pag. 4-5), il carattere gratuito dell’attività formativa dell’(*omissis*), specificamente sancito dalla L.R. Sicilia n. 24 del 1976, art. 9 e l’erogazione gratuita dei servizi di formazione escludono il carattere imprenditoriale dell’attività svolta dall’associazione, “... in

quanto la gratuità incide, negandola in radice, sulla capacità di produrre ricavi tali da remunerare i fattori produttivi. Tanto più che, nel caso di specie, la gratuità dei servizi di formazione erogati dall'associazione non ha carattere eventuale, ma necessario ed imprescindibile, in quanto imposta dal legislatore regionale. Né può ritenersi che l'erogazione dei contributi regionali necessari per l'erogazione dei servizi di formazione e la remunerazione del personale (erogazioni che prevedono la copertura di tutti i costi, pagina 6 della sentenza) imprima all'associazione un'obiettivo e intrinseca capacità di conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, essendo un fattore del tutto estrinseco rispetto all'organizzazione ed all'attività dell'ente ...". Pertanto, si legge ancora nella menzionata requisitoria, "... il richiamo della corte d'appello ai principi affermati da Cass. 6835/2014 non appare quindi centrato, in quanto, se è pur vero che è sufficiente il perseguimento del cd. Lucro oggettivo inteso come "rispetto della economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi", nel caso di specie quel che rileva è l'assoluta mancanza di ricavi propri dell'attività a fronte dei servizi resi ...". 2.7.3. Né può assumere alcuna rilevanza il fatto che l'art. 13 dello Statuto dell'associazione preveda che la stessa provvede al raggiungimento delle sue finalità anche attraverso "proventi di manifestazioni e di gestioni accessorie ...", mai essendo stato specificamente dedotto, o provato, che, in concreto, l'(omissis) abbia svolto tali manifestazioni o gestioni accessorie ai servizi oppure ne abbia ricavato comunque proventi. Invero, non va dimenticato che, come si è già detto, le associazioni sono assoggettabili a fallimento soltanto quando svolgano in concreto attività imprenditoriale (cfr. Cass. n. 15428 del 2011). 2.7.4. Parimenti, condividendosi la corrispondente osservazione del sostituto procuratore generale (cfr. pag. 4-5 della sua requisitoria scritta), "... non appare conferente il richiamo, contenuto nella sentenza oggi impugnata, al fine altruistico, nel senso che esso che non pregiudicherebbe il carattere dell'imprenditorialità e quindi la fallibilità della (omissis). Il fine altruistico non pregiudica effettivamente il carattere dell'imprenditorialità dei servizi resi, perché esso, inteso come destinazione dei proventi ad iniziative connesse con gli scopi istituzionali

dell'ente rimane giuridicamente irrilevante al pari di qualsiasi movente soggettivo che induca l'imprenditore ad esercitare la sua attività (Cass. 24.03.2014 n. 6835; per medesime considerazioni Cass., sez. lav., 19 agosto 2011 n. 17399, sull'attività di gestione di una struttura alberghiera da parte di un ente religioso; Cass., sez. 3, 19 giugno 2008, n. 16612). Fine altruistico che risulta quindi giuridicamente irrilevante ai fini della decisione sull'obiettivo economicità dell'attività esercitata dall'(omissis), al pari dell'indagine sul perseguimento di uno scopo di lucro "soggettivo". In definitiva, deve ribadirsi che la gratuità "necessaria" del servizio di formazione, gratuità assicurata concretamente con l'erogazione di contributi che coprono totalmente tale servizio (oltre che tutti i costi inerenti l'organizzazione dell'ente), esclude che l'(omissis) svolga un'attività che remunerati (almeno parzialmente) i fattori di produzione con i propri ricavi ...". 2.7.5. Alla stregua delle riportate disposizioni di cui alla legge della Regione Sicilia 6 marzo 1976, n. 24, - che, sostanzialmente, privano la (omissis) di ogni potere di diretta iniziativa e di apprezzabili scelte discrezionali nell'organizzazione e nel funzionamento dei corsi - nonché di quanto finora esposto, conseguentemente escludere la possibilità di configurarla come imprenditore commerciale fallibile L. Fall., ex art. 1 e art. 2082 c.c. (Omissis).

2.9. In definitiva, la sentenza impugnata deve essere casata in applicazione del seguente principio di diritto: "L'ente associativo debito esclusivamente all'attività di formazione professionale sulla base di progetti predisposti dalla regione, dalla quale, poi, riceva i contributi per la copertura integrale del relativo svolgimento e dei costi riguardanti la propria organizzazione, non è assoggettabile a fallimento, atteso che la gratuità di una simile attività, concretamente assicurata con l'erogazione di contributi predetti, esclude che l'ente medesimo svolga un'attività che remunerati (almeno parzialmente) i fattori di produzione con i propri ricavi". 2.9.1. Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, revocandosi, in accoglimento del corrispondente reclamo del S. in proprio e quale legale rappresentante dell'Associazione (omissis), il fallimento della menzionata associazione e del suo legale rappresentante. - Omissis.

Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere

Guido Bonfante*

La sentenza della Cassazione civile n. 22955 del 2020 tocca il delicato tema della natura di impresa commerciale esercitata da un ente del primo libro del Codice civile.

Nel caso di specie la Suprema Corte, pur aderendo all'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza secondo cui il carattere commerciale di un'impresa si riconosce nel rispetto del metodo economico rappresentato dalla copertura con i ricavi dei costi dei fattori produttivi, esclude nel caso di specie la ricorrenza della commercialità in ragione del carattere gratuito dell'attività.

La tesi si presta a una revisione critica della nozione di impresa commerciale attraverso una rivalutazione del lucro e del tipo di attività che porta a riconoscere fra l'impresa agricola e commerciale un possibile *tertium genus* come il caso degli ETS di cui al Codice del Terzo Settore induce a credere. Tesi che peraltro si scontra con i silenzi della normativa in punto insolvenza di tali enti, silenzi che portano acqua al mulino della tesi della natura residuale (rispetto all'impresa agricola) dell'impresa commerciale con la conseguente applicazione anche in questi casi della normativa fallimentare in caso di insolvenza.

* Il contributo è stato sottoposto a referaggio interno.

Il caso

La sentenza che qui si commenta interviene su un tema di grande interesse ovvero la sottoponibilità o meno a fallimento degli enti del primo libro, nel caso un'associazione, qualora li si ritenga esercenti un'attività di impresa.

Mentre nel caso di specie i giudici di merito hanno optato per la fallibilità dell'ente e, conseguentemente, in estensione del suo legale rappresentante per applicazione analogica dell'art. 147 L. fall., sul presupposto del riconoscimento in concreto di un'attività di impresa caratterizzata dal rispetto del principio di economicità e del c.d. lucro oggettivo, la Suprema Corte, sovvertendo le decisioni di Tribunale e Corte d'appello, pur seguendo in larga misura i percorsi argomentativi dei giudici di merito, ha optato per la non fallibilità dell'ente in ragione della specificità del caso – un ente strumentale regionale – e del conseguente carattere gratuito dell'attività i cui costi di gestione sono integralmente coperti dal contributo della regione.

La sentenza della Corte è certamente condivisibile nei suoi esiti su un piano sostanziale, ma appare forse datata a fronte delle nuove realtà imprenditoriali che si stanno affermando e comunque, a ben vedere, contraddittoria per le motivazioni che la sostengono.

Vediamo perché.

La nozione di impresa commerciale secondo la Suprema Corte

La nozione di impresa commerciale della Suprema Corte segue, come detto, i percorsi argomentativi della assoluta maggioranza di dottrina e giurisprudenza così come si sono affermati in questi anni¹.

Muovendo dal presupposto che fra l'impresa agricola e quella commerciale non esiste un *tertium genus* di impresa, la c.d. impresa civile², qualora si sia in presenza dell'esercizio di un'impresa non riconducibile agli ambiti di attività indicati dall'art. 2135 c.c. in tema di impresa agricola, si sarebbe necessariamente in presenza di un'impresa commerciale come tale sottoponibile a fallimento in caso si accerti lo svolgimento in concreto di un'attività riconducibile ai requisiti dell'art. 2082 c.c. In altri termini ad affermarsi è la c.d. nozione residuale di impresa commerciale alla stregua della quale, messa per così dire la sordina

all'art. 2195 c.c. che individua alcune specifiche attività "commerciali", si attribuiscono le stimmate della commercialità a tutte le imprese non agricole la cui attività si svolga con metodo imprenditoriale, ovvero in aderenza ai parametri dell'art. 2082 c.c.³.

E ciò, va aggiunto, indipendentemente dalla titolarità dell'impresa stessa che può riguardare non solo individui e società commerciali, ma anche gli enti del primo libro, associazioni e fondazioni aventi finalità ideali⁴. Va da sé che un tale esito, garantistico nei confronti del mercato nel voler colpire tutte le insolvenze, soprattutto le più rilevanti, indipendentemente dai soggetti di riferimento, si sorregge a sua volta su una lettura dell'art. 2082 c.c. in cui viene esclusa la riferibilità al lucro. Più in particolare, messa da parte la tesi che il carattere commerciale presupponga uno scopo lucrativo, così come si opinava sotto il codice di commercio, si riconosce il carattere commerciale dell'impresa qualora venga rispettato il criterio di economicità ovvero qualora le entrate valgano a coprire i costi di produzione ancorché esse siano solo pari ai costi medesimi⁵.

In altri termini e conclusivamente secondo questo orientamento le imprese commerciali sono tali anche se, al di fuori degli ambiti dell'attività agricola, non perseguano alcun lucro, ma mirino semplicemente, in presenza degli altri requisiti di cui all'art. 2082 c.c., a pareggiare i costi di produzione.

Una tesi che si è consolidata nel tempo specie a fronte dell'affermarsi di manifestazioni di natura imprenditoriale riconducibili ad enti del primo libro del codice sul presupposto, come già detto, che solo il fallimento possa tutelare il mercato contro le insolvenze e ciò a maggior ragione quando queste siano il frutto di attività imprenditoriali sviluppate da un'associazione o una fondazione utilizzate quale paravento per l'ottenimento in via indiretta e mascherata di un vero e proprio lucro soggettivo.

Seppure chi scrive in passato abbia aderito a questa impostazione⁶, viene però da chiedersi se questa visione dell'impresa non agricola *ex se* commerciale che sminuisce, *rectius* azzerà, il rilievo del lucro in favore del c.d. metodo economico, ma che anche svaluta il requisito della natura dell'attività in concreto svolta, sia ancora del tutto adeguata di questi tempi con l'affermarsi di una varietà di imprese sconosciute nel

¹ In giurisprudenza, oltre alle sentenze citate in sentenza cfr. Cass. civ., 19 febbraio 1999, n. 1396 in *Fallimento*, 1999, 1342, Cass. civ., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Fallimento*, 1994, 151, Cass. civ., 16 marzo 2004, n. 5305, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 843, Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6853, in *Giust. Civ.*, 2012, 2759, Cass. civ., 20 giugno 2000, n. 8374, in *Fallimento*, 2001, 699.

² Sull'Impresa Civile cfr. L. Salis, *L'Imprenditore civile*, in *Dir. e Giur.*, 1948, 1 e segg., G. Oppo, *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.* 1967, I, 561, 4, G.C. Rivolta *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, I, 227 e segg.

³ D. Iannelli, *L'impresa*, Torino, 1987, 62.

⁴ Sul punto in dottrina, fra i tanti R. Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Civ.*, 1967, I, 1 e segg., G. F. Campobasso, *Associazioni e attività d'impresa* in *Riv. Dir. Civ.* 1994, II, 589, A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, 68 e segg., M. Mozzarelli, *I presupposti*, in O. Cagnasso, L. Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Milano, 2016, 329, Id., *Impresa collettiva non societaria e procedure concorsuali*, in *Temì del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, 150. M. Sandulli *Il Fallimento I presupposti soggettivi e oggettivi*, in *Tratt. Jorio-Sassani*, Milano, 2014, 111 e segg., G. Cavalli, *I presupposti del fallimento, Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 119.

⁵ Sul criterio di economicità fra i tanti cfr. Buonocore, *L'impresa*, Torino, 2002, 64.

⁶ G. Bonfante, G. Cottino, *L'Imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, 2001, 536.

passato⁷. In questo senso viene cioè da interrogarsi se solo il fallimento valga a tutelare il mercato contro le varie insolvenze che si possono realizzare e se davvero il lucro sia divenuto un semplice accessorio, non essenziale, dell'impresa commerciale⁸. In questo senso gli esiti della sentenza qui in commento impongono una riflessione.

Le contraddizioni della Corte ... e della nozione residuale di impresa commerciale

Secondo la S.C. la non sottoponibilità a fallimento dell'associazione in questione, come si è visto, deriverebbe dal fatto che l'attività svolta avrebbe il carattere della gratuità in quanto sorretta totalmente dal contributo regionale versato per far fronte ad un'attività di interesse della regione medesima.

In altri termini la regione "paga" l'associazione per lo svolgimento di un'attività di interesse regionale tanto è vero che l'esperienza dice che l'erogazione del contributo non avviene a scatola chiusa, ma a seguito di apposita relazione annuale in cui l'ente attesta nei confronti della regione l'attività svolta.

Se questi sono i fatti, non pare a chi scrive che il contributo in questione non possa non essere assimilato a un ricavo per la remunerazione dei fattori produttivi.

Il che fa sorgere il dubbio che il c.d. metodo economico⁹ da solo non possa essere utilizzato come requisito *bon à tout faire* per stabilire se si sia o meno in presenza di un'impresa commerciale sottoponibile a fallimento dovendosi piuttosto fare i conti con le varie tipologie di imprese che si stanno affermando soprattutto nell'ambito del no profit e del terzo settore.

E del resto anche per l'impresa agricola vale il rispetto del criterio della remunerazione dei fattori produttivi, ma l'esclusione del fallimento deriva dalla natura dell'attività svolta.

Viene allora da chiedersi se in presenza di attività diverse da quelle enunciate dall'art. 2195 c.c., non debba anche rivalutarsi, almeno in certi casi, ai fini della qualifica di impresa commerciale anche il richiamo a specifici ambiti di operatività nonché al lucro stesso.

È quanto, ad esempio, è avvenuto con riferimento all'impresa sociale ove a fronte di un'attività svolta da un'impresa commerciale perseguente un interesse generale e con limitazioni rilevanti alla distribuzione del

lucro soggettivo, sembrerebbe doversi escludere la natura commerciale di questa figura non a caso sottoposta in caso di insolvenza solo ed esclusivamente alla liquidazione coatta amministrativa¹⁰.

Il discorso però dovrebbe ampliarsi se si guarda al Codice del Terzo Settore di cui al D.Lgs. n. 117/2017 e in particolare alle associazioni e fondazioni per le quali il Codice consente espressamente loro di operare anche con metodo imprenditoriale¹¹.

In questo caso siamo in presenza di enti che, svolgendo la loro attività in forma di impresa, devono essere iscritti al Registro Imprese e devono tenere le scritture contabili delle imprese commerciali, ma anche di enti "costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di impresa generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni e servizi, ed iscritti nel registro unico del terzo settore"¹².

Francamente asserire in ragione del principio di residualità che anche queste siano ordinarie imprese commerciali, pare, a chi scrive, una forzatura non da poco dove la rappresentazione giuridica che si vuole dare in termine di commercialità non parrebbe rappresentare la realtà sottostante. Quando si è affermata la nozione residuale di impresa commerciale non esistevano leggi organiche che disciplinassero l'attività degli enti del c.d. terzo settore sicché con riferimento alle associazioni e fondazioni regolate dal primo libro del codice civile non era troppo difficile argomentare l'irrelevanza delle finalità ideali rispetto allo svolgimento con metodo imprenditoriale di una attività avente un oggetto riconducibile a quello di un'ordinaria impresa commerciale.

Con la nascita dell'impresa sociale e soprattutto del Codice del Terzo Settore il perseguimento di "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" unitamente al rispetto delle regole antilucrativa, democratiche e solidaristiche, qualifica e caratterizza le varie attività che il Codice consente possano essere espletate differenziandole al contempo dalle analoghe attività esercitabili da un ordinario imprenditore commerciale. In altri termini in questi casi le finalità ideali sopra indicate entrano nel programma operativo dell'ente caratterizzando e distinguendo profondamente le varie attività consentite dalla legge rispetto ad analoghe atti-

⁷ Per una panoramica delle "nuove" imprese cfr. E. Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, *passim*.

⁸ A questo riguardo il riferimento contenuto in sentenza sulla non lucratività delle cooperative e delle imprese sociali appare in verità improprio. Sulla "lucratività" dello scopo mutualistico cfr. Bonfante, *Delle imprese cooperative*, Bologna-Roma, 1999, 138 e segg.; sulla "lucratività" (in verità attenuata) delle imprese sociali G. Cottino, *Le società di persone*, Bologna, 2019, 32 ove ulteriori riferimenti.

⁹ Sul metodo economico la bibliografia è sterminata; fra i tanti cfr. V. Buonocore, citato *supra* nota 4.

¹⁰ Ma si v. in termini alternativi M. Fabiani *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011, 60 il quale ritiene che le im-

prese sociali sarebbero vere imprese commerciali diverse da quelle ordinarie solo per la loro destinazione solidaristica. Ma sul carattere alternativo della liquidazione coatta amministrativa rispetto al fallimento cfr. M. Giorgetti, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *Jorio-Sassani* (a cura di) in *Tratt. delle procedure concorsuali*, op. cit., 366.

¹¹ Sul punto cfr. V.M. Marcelli, *L'ente del terzo settore e l'esercizio di attività d'impresa*, in A. Fici (a cura di) *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018 123 e segg.

¹² Art. 4, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117: sull'obbligo della iscrizione al registro imprese e alla tenuta delle scritture contabili cfr. artt. 11, 13, D.Lgs. n. 117/2017.

vità svolte da ordinarie imprese commerciali e dove per di più il rispetto di tali differenze è sottoposto alle verifiche previste dal Registro Unico Nazionale¹³.

Dall'imperio dell'impresa commerciale alla difficile affermazione di una nuova impresa civile

L'affermarsi di nuove realtà imprenditoriali, di cui gli ETS sono un esempio, impone, a parere di chi scrive, un ripensamento della natura comunque commerciale di un'attività non agricola svolta in forma imprenditoriale.

Se come è vero che la commercialità di un'impresa dipende soprattutto dalla natura dell'attività e se tale requisito, come già in passato, presuppone di regola il lucro, non pare proprio in ragione delle finalità sopra ricordate che, ad esempio, gli ETS svolgenti attività in forma imprenditoriale abbiano natura commerciale¹⁴.

Lo svincolo del lucro dalla nozione di impresa commerciale aveva la sua ragione nel passato nella tutela del mercato contro le insolvenze a fronte di un unico modello di impresa. Oggi appare difficilmente sostenibile un tale approccio a fronte del proliferare dei modelli imprenditoriali e soprattutto di esperienze come quelle degli ETS.

È vero che *ex art.* 2082 c.c. può esistere un'impresa non lucrativa, ma questo esito ben difficilmente può valere per un'impresa commerciale atteso che la "commercialità", pur non definita dal codice, presuppone di regola il lucro¹⁵ con la ulteriore conseguenza che non tutte le imprese non agricole sono da considerarsi automaticamente commerciali.

Il che significa che fra impresa agricola e commerciale può esistere anche un *tertium genus* ovvero quella che un tempo era definita impresa civile¹⁶ come appunto le imprese ETS paiono dimostrare essere.

Se tutto questo è vero, il riconoscimento del carattere commerciale di un'impresa passa allora per percorsi interpretativi più complessi rispetto all'automatico riconoscimento dell'impresa commerciale in quanto non agricola.

E così rivalutando la natura dell'attività svolta si potrebbe concludere che è comunque impresa commerciale quella che si muove all'interno del perimetro dell'art. 2195 c.c.

Ma è altresì impresa commerciale, pur svolgendo attività non facilmente riconducibili all'elenco dell'art. 2195 c.c., quando risulta comunque caratterizzata dal

perseguimento, anche indirettamente, del lucro soggettivo. È il caso di imprese gestite da associazioni o fondazioni in cui il lucro oggettivo diventa indirettamente soggettivo attraverso il riconoscimento di emolumenti fuori norma agli associati o agli amministratori¹⁷. È infatti evidente che in questo caso, sussistendo altresì tutti i parametri dell'art. 2082, la scelta associativa è un paravento per nascondere attività lucrative e quindi commerciali¹⁸.

Al contrario se si è in presenza di un'impresa non lucrativa che svolge attività non commerciale come gli ETS, non sembra si possa dire che siamo al cospetto di un'impresa commerciale, a maggior ragione nel caso in questione ove esiste una legge che ne disciplina e controlla (con l'iscrizione al Runt)¹⁹ l'attività e il rispetto delle regole antilucrativa. Senza contare che il confine fra metodo erogativo ed economico non è così netto²⁰ come ben sanno coloro che praticano queste realtà sul campo, il che è una ragione in più per rivalutare il lucro come fattore distintivo della commercialità.

Dunque conclusivamente alla luce della ricostruzione interpretativa sopra proposta si potrebbe affermare che, visto l'emergere di un panorama imprenditoriale più complesso rispetto al passato, la regola del carattere residuale dell'impresa commerciale rispetto alla impresa agricola debba cedere il passo ad una visuale più aderente alla realtà.

E dove, si potrebbe aggiungere, la conseguenza più rilevante dovrebbe consistere nell'esonero in caso di insolvenza dell'assoggettamento al fallimento o alla futura liquidazione giudiziaria delle imprese non commerciali così come parrebbe per certi versi suggerire la stessa sottoponibilità dell'impresa sociale alla sola liquidazione coatta amministrativa²¹.

Purtroppo *de iure condito* non è (ancora) così come attesta proprio la recente legislazione relativa al Codice del Terzo Settore, in cui se da un lato ci si apre allo svolgimento in forma di impresa delle specifiche attività degli ETS, dall'altro si omette completamente di legiferare in punto insolvenza di questi enti dando quasi a credere leggendo gli artt. 11 e 13 del Codice medesimo che in tali casi si sia in presenza di ordinarie imprese commerciali²².

Ed anche se autorevolmente si è dimostrato che tali norme, mal scritte, hanno una valenza solo tributaria²³, resta il vuoto normativo in tema di insolvenza, tanto più inspiegabile e contraddittorio rispetto alla

¹³ In questo senso mi sento di affermare che la tesi di Fabiani di cui alla nota 10, in particolare se ritenesse di volerla estendere anche agli ETS sarebbe forse il frutto di una non piena consapevolezza di queste nuove realtà che si stanno affermando.

¹⁴ Sulla necessità di rivalutare la natura dell'attività ai fini dell'identificazione della commercialità cfr. V. Buonocore, *op. cit.*, 490, ove ulteriori riferimenti.

¹⁵ Così V. Buonocore, *op. cit.*, 473.

¹⁶ *Supra* nota 2.

¹⁷ Ipotesi non praticabile per gli ETS atteso che il Codice del terzo settore pone espressi limiti agli emolumenti degli associati.

¹⁸ Cfr. G. Cottino, *Le società di persone, op. cit.*, 18 ove ulteriori

riferimenti.

¹⁹ Cfr. art. 45, D.Lgs. n. 117/2017.

²⁰ Così anche G. Marasà, *I contratti associativi a dodici anni dalla riforma del diritto societario*, Torino, 2015, 179.

²¹ Cfr. art. 14, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

²² Così Marcelli, *op. cit.*, 132 e ss., nonché più prudentemente, G. Ponzanelli-V. Montani, *Dal groviglio di leggi speciali al Codice del Terzo Settore*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., 31 ove si accenna alla introduzione ad hoc della figura "di imprenditore commerciale del terzo settore".

²³ G. Marasà, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in

scelta della liquidazione coatta amministrativa per le imprese sociali.

Un silenzio, *rectius* una grave lacuna, inutile sottolinearlo, che potrebbe pienamente legittimare anche in questo caso le tesi del carattere residuale della natura commerciale di qualsivoglia impresa non agricola.

Alla luce di quanto sopra verrebbe allora da concludere che seppure sia da “predicare” con riferimento all’impresa intesa come attività l’esistenza di diverse

tipologie imprenditoriali da quella commerciale, a quella civile, a quella senza scopo di lucro, solidaristica, con finalità sociali²⁴, sia ora di passare dalle “prediche” a nuove regole giuridiche *ad hoc* disciplinanti tali singole attività. In loro assenza si allontana il diritto dalle nuove realtà e si costringe, come nella sentenza qui in commento, il S.C., sempre attento ad adeguare il diritto alla mutevole realtà sottostante, ad acrobazie giuridiche condivisibili nei fini, ma discutibili per le motivazioni²⁵.

Amministrazione straordinaria, interessi e prescrizione

Cassazione civile, Sez. I, 19 giugno 2020, n. 11983 – Pres. Didone – Rel. Amatore – P.M. De Matteis (parz. conf.) – Npl Securitisation Italy Spv s.r.l. (avv.ti Borlone, Li Puma) – Società Italiana per l’Industria degli Zuccheri s.p.a. in liquidazione (avv.ti Inzitari, Parenti) – C. Produzioni Industriali s.p.a. in amministrazione straordinaria e Finanziaria Industriale Veneta s.p.a. in amministrazione straordinaria (avv. Fiscon). *Cassa con rinvio App. Venezia, 6 marzo 2018.*

Procedure concorsuali – Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Decorso – Sospensione

Secondo la L. fall., art. 55, 1° comma, la sospensione del decorso degli interessi vale solo all’interno del concorso e non si estende anche ai singoli rapporti correnti tra ciascun creditore ed il fallito. Gli interessi, pertanto, continuano a maturare al di fuori del concorso e dunque nei rapporti tra il singolo creditore e debitore sottoposto a procedura concorsuale.

Procedure concorsuali – Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Prescrizione

La prescrizione degli interessi sui crediti chirografari ai sensi della L. fall., art. 55, 1° comma, matura anche nel corso della procedura concorsuale.

Procedure concorsuali – Fallimento – Amministrazione straordinaria – Interessi sui crediti chirografari – Interessi – Prescrizione – Decorso – Applicabilità

La prescrizione dei crediti da interessi maturati sui crediti chirografari, ai sensi della L. fall., art. 55, 1° comma, viene interrotta, nella procedura fallimentare, dalla domanda di insinuazione al passivo con effetto permanente per tutto il corso della procedura. Nella diversa

ipotesi di amministrazione straordinaria, sottoposta alla disciplina originaria di cui alla L. n. 95 del 1979, come avviene anche nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, l’esecutività dello stato passivo depositato dal commissario ai sensi della L. fall., art. 209, comporta interruzione della prescrizione con effetto permanente, per tutto il corso della relativa procedura concorsuale, anche per i creditori ammessi a diretto seguito della comunicazione inviata dal commissario ai sensi della L. fall., art. 207, 1° comma.

Omissis. – 9. Va ora esaminato il ricorso principale. 9.1 Esso va accolto nei limiti qui di seguito precisati. Il secondo e terzo motivo del ricorso principale possono essere esaminati congiuntamente. Per quanto già sopra ricordato, la Corte lagunare aveva ritenuto prescritto il diritto agli interessi corrispettivi post-fallimentari, in ragione del decorso del termine quinquennale ex art. 2948 c.c., n. 4. La corte ha fondato tale decisione, da un lato, sulla circostanza che l’invio della lettera raccomandata L. fall., ex art. 208, ovvero la formazione dello stato passivo da parte del commissario non aveva prodotto alcun effetto interruttivo del termine prescrizionale del credito per interessi post-fallimentari (posto che gli accessori non esigibili nei confronti della procedura avrebbero dovuto essere richiesti direttamente al debitore); e, dall’altro, perché, stante il carattere relativo della perdita della capacità processuale del fallito nel periodo compreso tra la dichiarazione di fallimento e la chiusura della procedura, ne sarebbe discesa la conseguenza che il creditore avrebbe potuto convenire in giudizio il fallito personalmente, per chiedere nei suoi confronti la condanna al pagamento di un credito estraneo alla procedura fallimentare, da far valere subordinatamente al ritorno in bonis del convenuto. La questione di fondo e prioritaria riguarda, in realtà, il profilo della sospensione nell’esigibilità dei crediti da interessi post-fallimentari L. fall., ex art. 55, comma 1 e la decorrenza della prescrizione, secondo quanto disposto dall’art. 2935 c.c. Il ricorrente principale

Le nuove leggi civili commerciali, 2018, 695, G. Sepio-F.M. Silveti, *La (non) commercialità degli enti del Nuovo Codice del Terzo Settore*, in *Il fisco*, 2017, 38, n. 3621.

²⁴ Così P. Montalenti, *Impresa Società di capitali Mercati finanziari*, Torino, 100.

²⁵ Va da sé che, ove si volesse mantenere la riferita regola della residualità per ragioni di tutela del mercato, potrebbe essere utile suggerire al legislatore del codice della crisi e dell’insolvenza di

modificare l’art. 121 limitando l’applicazione della liquidazione giudiziaria *tout court* agli imprenditori con esclusione di quelli agricoli ed eventualmente di quelli oggetto di diversa disciplina. In questo modo si spegnerebbe all’origine il dibattito sulla commercialità o meno delle imprese, ma certamente così facendo il diritto non rappresenterebbe la realtà sottostante della nuova imprenditorialità che è venuta a formarsi in questi ultimi tempi.

sostiene, cioè, che – in considerazione del fatto che, per un verso, il corso di tutti gli interessi sui crediti chirografari rimane sospeso durante la procedura fallimentare e, per altro verso, la domanda di ammissione allo stato passivo L. fall., ex art. 94, produce l'interruzione della prescrizione con effetti permanenti fino alla chiusura della procedura la decorrenza del termine di prescrizione del diritto agli interessi cd. Post – fallimentari non potrebbe che farsi coincidere con la chiusura della procedura, sussistendo fino a tale momento un ostacolo legale all'esercizio del diritto – espressamente sancito dalla L. fall., art. 120 – che impedisce il corso della prescrizione.

9.1.1 Deve essere chiarito, in premessa, che la disciplina del codice civile sulla sospensione della prescrizione, prevista agli artt. 2941 ss. c.c. (che, peraltro, riveste carattere tassativo), non contiene principi dai quali è possibile dedurre la sospensione della prescrizione del credito degli interessi post-fallimentari per la durata della procedura di fallimento.

9.1.2 Occorre, inoltre, precisare che non è possibile affermare la predetta sospensione secondo il disposto di cui alla L. fall., art. 55, prevedendo tale disposizione solo l'esclusione della produzione e maturazione degli interessi agli effetti del concorso, mentre nessun principio può essere dedotto in relazione alla prescrizione del credito degli interessi.

9.1.3 Sul punto, la ricorrente invoca il disposto normativo di cui alla L. fall., art. 120, per dedurre che, fino alla chiusura della procedura, sussiste un impedimento legale all'esercizio del diritto che non consentirebbe il decorso del termine prescrizione: secondo questa prospettazione, il termine di prescrizione non potrebbe mai iniziare a maturare per il fatto che il diritto non può essere esercitato (come prevede l'art. 2935 c.c.).

9.1.3.1 Tale assunto non è condivisibile proprio perché non è esatto che il credito per interessi sia totalmente inesigibile durante il fallimento. Sul punto deve essere chiarito che se è pur vero che il detto credito, per il disposto di cui alla L. fall., art. 55, è “fuori del concorso” e, dunque, non può essere ammesso al passivo (e così realizzato sull'attivo fallimentare), è altrettanto vero che, fuori dal fallimento, esso è esistente ed esigibile, secondo la naturale maturazione degli interessi, tanto ciò è vero che il creditore ben potrà, in costanza di fallimento, agire in giudizio nei confronti del fallito per l'accertamento di tale credito e la condanna al pagamento di esso: tale pronuncia sarà destinata ad avere efficacia esecutiva in riferimento al momento in cui il fallito sarà tornato in bonis, posto che il divieto di azioni esecutive e cautelari L. fall., ex art. 51 riguarda soltanto i beni compresi nel fallimento (Cass. 31843/2019; Cass. 2608/2014).

9.1.3.2 Così, va detto che – prima della chiusura della procedura – non è da escludersi che la condanna pronunciata a carico del fallito possa costituire titolo per un'azione esecutiva su beni non acquisiti all'attivo fallimentare. A ciò va aggiunto che tra i beni non compresi nel fallimento, aggredibili con azioni esecutive e cautelari, in costanza di fallimento, vi possono essere, oltre ai beni di cui alla L. fall., artt. 46 e 47, anche i beni pervenuti al fallito durante il fallimento e non acquisiti dal curatore L. fall., ex art. 42, comma 3, e i beni (già esistenti nel patrimonio del fallito alla data della dichiarazione di fallimento) non acquisiti all'attivo o rimessi nella disponibilità del debitore, per effetto di rinuncia alla liquidazione da parte del curatore L. fall., ex art. 104 ter, comma 7, sui quali, peraltro, quest'ultima disposizione (introdotta con il D.Lgs. n. 5 del 2006) espressamente consente che i creditori “in deroga a quanto previsto nell'art. 51, possono ini-

ziare azioni esecutive o cautelari”. 9.1.3.3 Ne consegue che non residuano dubbi sulla possibilità che i creditori, durante la procedura fallimentare, possano agire in esecutivis nei confronti del fallito, purché su beni non compresi nel fallimento, e, per far ciò, possano, dunque, procurarsi titoli esecutivi giudiziali, esercitando azioni condannatorie a carico del fallito.

9.1.3.4 Per quanto concerne, più specificatamente, la costituzione in mora dell'impresa in amministrazione straordinaria, pur richiamando la Legge Prodi la L. fall., artt. 195 ss. e, dunque, L. fall. art. 44, (a sua volta richiamato nella L. fall., art. 200), deve tuttavia osservarsi che, pacificamente, il creditore può convenire in giudizio il fallito personalmente, per chiedere nei suoi confronti la condanna al pagamento di un credito estraneo alla procedura, da far valere subordinatamente al ritorno in bonis del convenuto (cfr., tra le altre, Cass. 2608/2014, cit. supra). (Omissis).

9.1.3.6 Ne consegue che – come correttamente osservato anche dalla Procura generale nella requisitoria scritta – “... se il creditore può convenire in giudizio personalmente il fallito per chiedere nei suoi confronti la condanna al pagamento di un credito “estraneo” può, a più forte ragione, costituirlo in mora per un debito “estraneo” alla procedura” (così, quanto affermato da Cass. 11966/2018 deve, dunque, interpretarsi nel senso che non è possibile la costituzione in mora solo per un debito “interno” alla procedura). Quanto si è fin qui detto vale, naturalmente, anche per l'impresa in amministrazione straordinaria, come sostenuto peraltro dalla dottrina. – Omissis.

Amministrazione straordinaria, interessi e prescrizione: un difficile *puzzle* operativo

Vi sono momenti storici in cui la giurisprudenza è chiamata a confrontarsi con questioni che – sebbene di indiscutibile rilevanza pratica e centralità teorica, in quanto poste a cavallo tra dinamiche di diritto civile e ripercussioni di diritto fallimentare – risultano talvolta prive di adeguate ed estese riflessioni dottrinali.

Questo è il caso della pronuncia indicata in epigrafe e dell'analisi ivi offerta in merito ad un tema – quello della prescrizione degli interessi maturati sui crediti chirografari, in particolare con riferimento all'amministrazione straordinaria di cui alla L. n. 95/1979 – di evidente importanza operativa, ma non destinatario di dettagliati approfondimenti accademici (si segnala che, per quanto consta, la sentenza è stata oggetto di un primo commento da parte di Motta, *L'applicabilità dell'art. 120 L. fall. all'amministrazione straordinaria, la sospensione del decorso degli interessi ex art. 55 L. fall. e la prescrizione dei loro crediti*, reperibile su *Dirittobancario.it*, del 4 settembre 2020; e Paganini, *Gli interessi sui crediti chirografari ammessi al passivo maturano anche durante la procedura concorsuale*, reperibile su *Diritto e Giustizia*, del 22 giugno 2020; la stessa è inoltre in procinto di essere annotata da Del Linz, con pubblicazione su *Giur. Comm.*, II, 2021).

Lungi dal prefiggersi di colmare una tale lacuna, è opportuno offrire alcune considerazioni circa l'intervento di legittimità, in quanto destinato a fornire a studiosi e operatori utili parametri di riferimento.

Orbene, la vicenda oggetto di ricorso in Cassazione, da cui trae origine il *decisum*, nei fatti non presenta particolare complessità, in estrema sintesi gravitando attorno alla posizione di un creditore di una società – tornata *in bonis* successivamente alla chiusura della procedura anzidetta, durata parecchi anni – che vedeva negarsi nei primi due gradi di giudizio il pagamento della somma ingiunta, composta dagli interessi sul proprio credito chirografario (già ammesso al passivo), maturati nel corso della procedura stessa.

I giudici di legittimità, interrogati sul punto, ponendo particolare attenzione allo studio delle norme di riferimento e alla fattispecie procedurale in esame (il corretto inquadramento della cui natura, giova sottolineare, suscita talune criticità di primo spessore), prendono posizione in merito alla pretesa creditoria, affermando alcuni principi di diritto, nello specifico relativi all'applicabilità alla procedura di amministrazione straordinaria dell'art. 120 L. fall. e in relazione a diverse angolature date (e relativi problemi applicativi sorti) dall'art. 55 L. fall. (norma, questa, in merito alla quale si veda, per una attenta analisi, Inzitari, *Interessi postfallimentari*, in *Il Caso*, del 14 maggio 2016, ove ulteriori riferimenti bibliografici; nonché Santaroni, *Commento sub art. 55*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Caiafa, Roma, 2017, 273 e segg.).

In particolare, la Corte di Cassazione, in prima battuta, sposa l'opinione secondo cui la previsione in ultimo citata – che, come noto, stabilisce la sospensione degli interessi sui crediti chirografari nel corso della procedura fallimentare – disegni una “*sorta di inesigibilità temporalmente limitata al concorso*” valevole, tut-

tavia, solo all'interno del concorso stesso e non estendibile anche ai singoli rapporti correnti tra ciascun creditore e il fallito. Con la conseguenza che gli interessi continuano a maturare al di fuori del concorso in questione e dunque nei rapporti tra il singolo creditore e il debitore sottoposto a procedura concorsuale, secondo le consuete regole di cui agli artt. 1282 c.c. ovvero le convenzioni stabilite tra le parti.

Su altro fronte, invece, i giudici di legittimità affrontano il tema della prescrizione nella materia *de qua*, puntualizzando due aspetti fondamentali della questione.

Innanzitutto, forti di alcuni precedenti di Cassazione, escludono la ricorrenza di un qualsivoglia automatismo e affermano, di contro, che la prescrizione degli interessi sui crediti chirografari ai sensi dell'art. 55, 1° comma, L. fall., matura anche nel corso della procedura concorsuale, salva la ricorrenza di atti efficacemente interruttivi del decorso del termine prescrizionale.

Secondariamente, giungono a stabilire un importante distinguo, precisando infatti che, se per un verso, la prescrizione dei crediti da interessi maturati sui crediti chirografari, ai sensi della disposizione poc'anzi menzionata, viene interrotta dalla domanda di insinuazione al passivo con effetto permanente per tutto il corso della procedura, per l'altro verso, nella diversa ipotesi di amministrazione straordinaria, l'effetto interruttivo in questione si produce nel momento in cui diventa esecutivo lo stato passivo depositato ai sensi dell'art. 209, 1° comma, L. fall.

Federico Riganti

Sovraindebitamento

Tribunale Lecco, Sez. civile, 16 gennaio 2021 (decreto) – Giud. Tota.

Revocatoria (azione) – Sovraindebitamento – Liquidazione del patrimonio – Atti in frode ai creditori – Irrilevanza

Alla luce del nuovo art. 14-decies, L. n. 3/2012, riformulato dalla L. n. 176/2020 che ha introdotto espressamente la legittimazione del liquidatore, autorizzato dal giudice, ad esercitare le azioni revocatorie ai sensi dell'art. 2901 c.c., l'“assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni” non costituisce più requisito di accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio.

Omissis. – Il Giudice,

Vista la domanda di liquidazione del patrimonio depositata, ai sensi degli artt. 14-ter ss. della L. 3/2012, da (C.F. *Omissis*) depositata il 25.11.2020 e integrata il 5.12.2020;

Vista la relazione particolareggiata del gestore della crisi, dott. M. A. Z.; ritenuto che la domanda di liquidazione dell'istante soddisfi i requisiti di cui all'art.14-ter della L. 3/2012 tenuto conto che:

–l'istante si trova in una situazione di sovraindebitamento

ossia “in situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente” come emerge dal confronto tra l'entità stimata dell'attivo immobiliare (euro 387.500,00) e i debiti scaduti e rimasti inadempiti (euro 1.116.096,00);

–l'istante non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal Capo II della L. 3/2012 e non ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui alla L. 3/2012;

–l'istante non ha subito, per cause alla stessa imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli artt. 14 e 14 bis L. 3/2012;

–l'istante secondo quanto ha riferito il gestore della crisi ha fornito tutta la documentazione che consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale;

–ritenuto inoltre che “l'assenza di atti di frode ai creditori negli ultimi cinque anni” non costituisca più requisito di accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio, attesa l'abrogazione implicita dell'art.14-quinquies, comma 1, della L. 3/2012 nella parte in cui prescriveva la verifica di tale presupposto, ad opera dell'art. 4-ter, comma 1, lett.

l), del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176;

-considerato in particolare che quest'ultima disposizione ha sostituito l'art. 14-decies della L. 3/2012 il cui comma 2 ora prevede che: "Il liquidatore, autorizzato dal giudice, esercita o, se pendenti, prosegue le azioni dirette a far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile";

-considerato che la nuova disciplina legislativa introduce inequivocabilmente la legittimazione del liquidatore ad esercitare *ex novo* o a proseguire l'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c.;

-ritenuto che tale nuova facoltà del liquidatore (e in particolare la facoltà di proseguire l'azione revocatoria già iniziata prima dell'apertura del procedimento di liquidazione) presuppone implicitamente l'irrilevanza, ai fini dell'accesso alle procedure, degli "atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori";

-considerato che in base all'art. 4-ter, comma 2, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 citato la suddetta disciplina delle azioni del liquidatore si applica "anche alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", avvenuta con L. 18 dicembre 2020 pubblicata in G.U. il 24 dicembre 2020;

-considerato quindi che i liquidatori dovranno nel caso in esame valutare l'opportunità di domandare la revoca degli atti compiuti dal debitore in relazione ai quali sussistono eventualmente i presupposti;

-visto l'art. 14 quinquies della L. 3/2012;

DICHIARA aperta la liquidazione del patrimonio della s. (Omissis);

NOMINA liquidatore dei beni del debitore il dott. (Omissis);

DISPONE che non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive né acquisiti diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore;

DISPONE a carico dei liquidatori la comunicazione del presente decreto, della domanda di liquidazione e della relazione particolareggiata ai creditori entro 15 giorni dalla ricezione del provvedimento, nonché la pubblicazione dei medesimi documenti su uno dei siti di cui all'art. 490, comma 2, c.p.c.;

ORDINA la trascrizione del presente decreto a cura dei liquidatori nei registri immobiliari;

ORDINA la consegna e il rilascio dei beni facenti parte del patrimonio in liquidazione ai liquidatori, ad eccezione della casa di abitazione;

FISSA nella misura di 1.300,00 euro, al netto delle trattenute previdenziali e degli oneri fiscali, gli emolumenti che possono essere trattenuti mensilmente dal debitore per le esigenze di sostentamento proprio e dei membri della famiglia;

DISPONE che entro il 31 dicembre di ogni anno i liquidatori depositino in cancelleria una relazione sull'attività svolta, con indicazione dell'attivo realizzato e delle spese sostenute, e sulle attività ancora in corso. - Omissis.

Prime applicazioni della novellata L. n. 3/2012

Premessa. Il legislatore, con una tecnica emblematicamente definita "a gambero" (cfr. M. Irrera, *Le tormentate procedure concorsuali e la nuova legislazione*

"a gambero". È giunto il tempo di un recovery plan per le crisi d'impresa?, in *www.ilcaso.it*, 4 gennaio 2021), da un lato, ha rinviato l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (d'ora in poi, per brevità, c.c.i.i.) al 1° settembre 2021; dall'altro, accogliendo le numerose sollecitazioni in tal senso provenienti dalla dottrina e dagli operatori del settore, ne ha anticipato alcuni pezzi (peraltro, nella versione anteriore a quella emendata dal decreto correttivo n. 147/2020), innestandoli direttamente nel R.D. n. 267/1942 (c.d. legge fallimentare) e nella L. n. 3/2012 (nota come legge salva-suicidi).

Per la precisione:

- l'art. 3, comma 1-bis, del D.L. n. 125/2020, conv. in L. n. 159/2020, in vigore dal 4 dicembre 2020, ha modificato gli artt. 180, comma 4, 182-bis, comma 4, e 182-ter L. fall., consentendo l'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione anche in mancanza del voto dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione sia determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze per l'approvazione del concordato o per la stipula dell'accordo e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore, la proposta di soddisfacimento di tali enti risulti conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria. Per un esame delle nuove disposizioni si rinvia a Calò, *La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle entrate e degli istituti previdenziali*, in *www.ilfallimentarista.it*, Focus del 5 gennaio 2021; D'Attorre, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli a.d.r. e nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2021, 153 e segg.; De Bernardin, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: "del cram down del tribunale nella transazione fiscale")*, in *www.ilcaso.it*, 2 gennaio 2021; Gambi, *Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva*, in *www.ilcaso.it*, 13 gennaio 2021;

- l'art. 4-ter del D.L. n. 137/2020 (c.d. Decreto Ristori) conv. in L. n. 176/2020, in vigore dal 25 dicembre 2020 ed applicabile anche alle procedure pendenti a tale data, ha modificato la disciplina sul sovraindebitamento, rendendo immediatamente fruibili alcune delle agevolazioni introdotte dal D.Lgs. n. 14/2019, il cui rinvio, in *parte qua*, è apparso fin da subito poco persuasivo in quanto le motivazioni adottate dalla Relazione di accompagnamento (all'art. 5, D.L. n. 23/2020, c.d. decreto Liquidità) potrebbero essere addirittura capovolte (sia consentito rinviare a M. Spiotta, *Le potenzialità delle procedure da sovraindebitamento al tempo del Covid-19*, in AA.VV., *Sovraindebitamento del consumatore e crisi di impresa. Lezioni del Corso di Alta Formazione dell'Università del Piemonte Orientale*, a cura di Cracolici, Curletti e Gardella Tedeschi, di prossima pubblicazione per i tipi di Wolters Kluwer). Per un primo commento

delle norme anticipate v. De Martini, *Commento a prima lettura delle modifiche alla legge n. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *www.ilcaso.it*, 8 gennaio 2021.

Stante il giorno di entrata in vigore della L. n. 176/2020, si è metaforicamente parlato di un prezioso “regalo messo sotto l’albero dei debitori civili e delle imprese minori in affanno” a causa dello scoppio della pandemia (così Leuzzi, *La riscrittura natalizia del sovraindebitamento*, in *Executivis*, 27 dicembre 2020).

Prime applicazioni. Che delle suddette anticipazioni si sentisse il bisogno in questo momento così difficile è testimonianza il provvedimento annotato ed altri decreti (di cui, per ragioni di spazio, si riportano solo gli estremi) che hanno immediatamente applicato le nuove norme, ossia, coltivando la metafora, hanno subito “scartato il regalo” di Natale del legislatore.

Nel solo mese di gennaio del 2021 (data in cui il presente contributo viene licenziato per la stampa) si segnalano, in ordine cronologico, i seguenti provvedimenti (reperibili per esteso sul sito *www.ilcaso.it*):

– Trib. Forlì, decreto del 7 gennaio 2021 (Giudice Vacca): “Alla luce del nuovo comma 7 bis dell’art. 14-ter L. 3/2012, aggiunto dalla L. n. 176/2020, l’apertura della liquidazione del patrimonio proposta dalla società e da alcuni soci va estesa anche all’ulteriore socio non richiedente, stante la sua qualità di socio illimitatamente responsabile, quale effetto automatico del decreto di apertura della liquidazione della società”;

– Trib. La Spezia, decreto del 14 gennaio 2021 (Giudice Gaggioli): “L’art. 12, comma 3 quater, L. 3/2012, introdotto dalla L. n. 176/2020, comporta la conversione *ipso iure* in voto positivo del voto negativo espresso dall’Agenzia delle Entrate rispetto alla proposta di accordo di composizione della crisi avanzata dal debitore, qualora ricorrano due condizioni: *i*) il contenuto positivo o negativo del voto sia decisivo ai fini dell’esito delle votazioni; *ii*) la proposta di accordo di composizione della crisi consenta all’Agenzia delle Entrate di ottenere soddisfazione maggiore rispetto a quella ricavabile dalla procedura di liquidazione del patrimonio ai sensi degli artt. 14-ter ss. della L. 3/2012”;

– Trib. Rimini, 21 gennaio 2021 (Giudice Lico): “A seguito dell’entrata in vigore dell’art. 9, comma 3-bis.2, della L. n. 3/2012, la relazione dell’OCC deve sempre indicare se il soggetto finanziatore abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore” (lo stesso decreto ha ritenuto inammissibile la proposta di accordo di composizione contenente una deroga all’art. 11, comma 3, L. n. 3/2012, escludendo un’interpretazione evolutiva della disciplina attualmente vigente, che tenga conto dell’art. 79, comma 5, c.c.i.i.);

– Trib. Benevento, decreto del 26 gennaio 2021 (Giudice Monteleone): “La finalità sottesa alla L. n. 3/2012 – che si sostanzia nel consentire al debitore di definire la sua totale esposizione debitoria – si desume

dal tenore letterale dell’art. 7 L. n. 3/2012, così come modificato dalla L. n. 176/2020, in cui la locuzione ‘il debitore in stato di sovraindebitamento’ fa evidente riferimento alla sussistenza di una plurima esposizione debitoria, senza alcuna limitazione o eccezione; non è dunque condivisibile l’orientamento secondo il quale il piano del consumatore non sia idoneo ad incidere sui rapporti preesistenti”.

Necessità di una “messa a sistema”. Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza si è dunque esteso al legislatore: un segnale certamente positivo e incoraggiante in un ordinamento in cui i formanti sono spesso tacciati di reciproca sordità.

La dottrina, pur con diversità di sfumature, è apparsa sostanzialmente concorde sull’inopportunità di rinviare la nuova disciplina sul sovraindebitamento (v., oltre all’autorevole voce di Rordorf, *Il codice della crisi e dell’insolvenza in tempi di pandemia*, in *www.giustiziainsieme.it*; Accetella, *La “nuova” liquidazione controllata del sovraindebitato e l’(in)opportunità di un rinvio*, in AA.VV., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell’era del post Covid a cura di Palmieri, Napoli, 2020, 513 e segg.* e in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall’efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell’economia*, a cura di Malvagna e Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2020, 85 e segg.; Soldati, *L’esdebitazione del sovraindebitato ai tempi del Covid-19: una norma che non può attendere il CCI*, *ivi*, 101 e segg.; Benassi, Cesare, Galletti, Limitone, Pannella, *Appello al legislatore*, in *www.ilcaso.it*, 11 maggio 2020, 4 e seg.; Didone, *La conversione in legge del decreto “liquidità” e le modifiche alla legge fallimentare*, in *www.dirittobancario.it*, giugno 2020).

La giurisprudenza, fin da subito, si è impegnata in esegesi “orientate” all’entrata in vigore del D.Lgs. n. 14/2019 e al recepimento della Dir. n. 1023/2019 (v. in particolare Trib. Napoli, 3 e 17 aprile 2020, in *Dir. Fall.*, 2020, II, 1144, con nota di Pirone, *Riflessioni intorno all’impatto del Covid-19 sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento dei soggetti non fallibili (a proposito di una recente giurisprudenza napoletana)*.

Ma il ruolo dell’interprete non è finito, anzi ricomincia proprio da qui (cfr. Leozappa, *Adesso un concordato preventivo-straordinario*, in *www.ilfallimentarista.it*, Blog del 1° febbraio 2021) ed il provvedimento annotato ne è la riprova.

Come la dottrina ha rilevato in sede di primo commento alla legge di conversione del decreto Ristori (cfr. Cesare, *L’atto in frode non frena la liquidazione del patrimonio*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2020, con argomentazioni poi sviluppate in Id., *Il nuovo sovraindebitamento modificato dalla legge di conversione del Decreto Ristori*, in *www.ilfallimentarista.it*, Focus del 5 gennaio 2021) e come il Tribunale di Lecco ha ribadito, l’espressa previsione della facoltà del liquidatore di esercitare l’azione revocatoria (*ex art.*

2901 c.c.) presuppone che il compimento di atti pregiudizievoli da parte del debitore non sia più un requisito ostativo per l'accesso alla procedura di liquidazione. Ne consegue che deve ritenersi implicitamente abrogato l'art. 14-*quinquies*, comma 1, L. n. 3/2012 in base al quale "Il giudice, se la domanda soddisfa i requisiti di cui all'art. 14-*ter*, verificata l'assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni, dichiara aperta la procedura di liquidazione".

Il ragionamento è stringente, consequenziale, quasi sillogistico.

Si osserva incidentalmente che già prima del recente intervento del legislatore, parte della giurisprudenza di merito, muovendo dall'indiscussa premessa che le norme dettate dal D.Lgs. n. 14/2019 costituiscono un valido punto di riferimento per orientare l'interprete nell'individuazione del significato delle disposizioni vigenti (destinate ad essere "soppiantate" dalla futura disciplina) e dalla constatazione che gli artt. 268, 269 e 270 c.c.i.i. condizionano l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio (rinominata "liquidazione controllata") all'attestazione dell'O.C.C., senza imporre l'ulteriore indagine sugli atti in frode eventualmente compiuti, aveva ridimensionato il requisito sancito a chiare lettere dall'art. 14-*quinquies*, comma 1, L. n. 3/2012, che impone al giudice di verificare, già in sede di scrutinio dell'ammissibilità della domanda di apertura della liquidazione del patrimonio, l'eventuale compimento di "atti in frode ai creditori". In particolare Trib. Ivrea, 10 aprile 2020, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 2020, 444, aveva attribuito rilevanza ad una sorta di "ravvedimento operoso", ossia alla successiva messa a disposizione dei beni sottratti ai creditori, in quanto "disvelamento" sintomatico dell'assenza dell'intento frodatario, anche nell'ottica del "*miglior soddisfacimento dei creditori*" (i quali, anche a prescindere dall'esistenza di atti in frode, hanno interesse all'apertura di una procedura concorsuale che sia suscettibile di soddisfarli in modo adeguato). Come si legge nella motivazione, detto principio, valorizzato dal D.Lgs. n. 14/2019, assurge dunque ad "utile parametro per interpretare in chiave evolutiva il requisito soggettivo previsto dall'art. 14-*quinquies*, comma 1, L. n. 3/2012, perché in questo caso non si è in presenza di un'interpretazione antiletterale né abrogativa della disposizione in esame". V. anche Trib. Ancona, 8 ottobre 2020, in *www.ilcaso.it*: "Non è condivisibile ed è superata dalla giurisprudenza l'impostazione per cui la meritevolezza costituisce requisito imprescindibile *ex lege* per accedere alla procedura di liquidazione dei beni *ex art.* 14-*quinquies*, L. n. 3/2012, sulla base di una interpretazione letterale e sistematica delle norme di riferimento".

Come si è anticipato, la L. n. 176/2020 non ha espressamente abrogato l'art. 14-*quinquies*, comma 1, L. n. 3/2012, ma tale disposizione è ormai inconciliabile con l'espressa attribuzione al liquidatore della legittimazione ad esercitare l'azione revocatoria.

Ad avviso di chi scrive sarebbe invece un errore

ritenere implicitamente abrogato anche l'art. 14-*terdecies*, comma 2, lett. b), L. n. 3/2012, che continua a prevedere come condizione ostativa all'esdebitazione il compimento, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, di atti in frode ai creditori in quanto, anche secondo la Direttiva *Insolvency* n. 1023/2019, una seconda opportunità dovrebbe essere concessa soltanto agli imprenditori onesti.

Sicuramente, il compimento di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori preclude sia l'esdebitazione del debitore incapiente che l'accordo di composizione della crisi.

Lo si evince dalla circostanza che la stessa miniforma operata con la L. n. 176/2020 ha introdotto nella L. 3/2012:

– l'art. 14-*quaterdecies*, il cui comma 7 demanda al giudice il compito di valutare la meritevolezza del debitore e di verificare, a tal fine, l'assenza di atti in frode dei creditori;

– l'art. 7, comma 2, lett. d-*quater*), per cui la proposta non è ammissibile quanto il debitore, anche consumatore, "limitatamente all'accordo di composizione della crisi, risulta abbia commesso atti diretti a frodare le ragioni dei creditori".

Preme rilevare che dal riferimento alla sola azione revocatoria ordinaria (come noto, non esperibile nei confronti del pagamento di debiti scaduti, poiché considerati atti dovuti) si è giustamente desunto che "rispetto al debitore non assoggettabile al fallimento (o alla liquidazione giudiziale) la sola insufficienza del patrimonio esclude l'applicazione della *par condicio*" (così Fabiani, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fallimento*, 2020, 335). L'assimilazione del curatore fallimentare (*rectius* della liquidazione giudiziale) al liquidatore della procedura di liquidazione del patrimonio (ribattezzata liquidazione controllata) non è quindi totale.

Spetterà all'interprete recuperare la coerenza del sistema, senza però farsi fuorviare dall'unificazione in un unico Codice (della crisi d'impresa e dell'insolvenza) di due discipline oggi collocate in distinte leggi (fallimentare e sul sovraindebitamento), oggetto di un doppio *restyling*.

Anche con riferimento al principio di diritto sancito dal giudice forlivese, come si è osservato in sede di primo commento (cfr. Mancini, *L'apertura della liquidazione del patrimonio in estensione ai soci illimitatamente responsabili*, in *www.ilcaso.it*, 14 gennaio 2021), "non possono essere taciute le difficoltà di ordine sistematico" derivanti dall'assenza, nella legge c.d. salva-suicidi attualmente in vigore, di una norma alla quale rinviare per il procedimento di estensione al socio della liquidazione. Viceversa, l'art. 270 c.c.i.i. in tema di "liquidazione controllata del sovraindebitato" (che è appunto la norma anticipata dal citato comma 7-*bis* dell'art. 14-*ter* della L. n. 3/2012), nel prevedere che "la sentenza produce i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili", aggiunge

che “si applica, in quanto compatibile, l’art. 256” (corrispondente all’attuale art. 147 l. fall.) che disciplina il fallimento in ripercussione dei soci illimitatamente responsabili, prevedendone la previa convocazione al fine di consentire loro l’esercizio del diritto di difesa garantito dall’art. 24 Cost.

Non solo: l’attuale procedura di liquidazione del patrimonio, a differenza della liquidazione controllata disciplinata dal codice della crisi, può essere chiesta solo dal debitore, mentre l’art. 268, comma 3, c.c.i.i. precisa che “Quando la domanda è proposta da un creditore nei confronti di un debitore persona fisica non si fa luogo all’apertura della liquidazione controllata se l’OCC, su richiesta del debitore, attesta che non è possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori neppure mediante l’esercizio di azioni giudiziarie”. Inoltre, l’art.14-*quater* della L. n. 3/2012 continua a prevedere la conversione nella procedura di liquidazione del patrimonio nelle ipotesi di annullamento o risoluzione dell’accordo o di cessazione degli effetti dell’omologazione del piano del consumatore determinata da cause imputabili al debitore.

Analoghe considerazioni si potrebbero svolgere (ma non è questa la sede) con riguardo agli altri provvedimenti segnalati: basti pensare che il novellato art. 12, comma 3-*quater*, L. n. 3/2012, applicato dal Tribunale di La Spezia, a differenza dell’art. 80, comma

3, c.c.i.i. nel testo modificato dal decreto correttivo n. 147/2020, prevede soltanto il *cram down* fiscale (e non anche previdenziale).

E ancora:

– in base all’art. 14-*novies*, comma 5, L. n. 3/2012 la procedura di liquidazione non può essere chiusa prima del decorso di quattro anni dal deposito della domanda (con conseguente impossibilità di chiedere il *discharge* prima del suddetto termine), mentre l’art. 282 c.c.i.i. consente l’esdebitazione “rapida”, decorsi tre anni dall’apertura della procedura;

– l’art. 14-*terdecies*, comma 1, lett. f), L. n. 3/2012 continua a richiedere come condizione per accedere all’esdebitazione che il debitore persona fisica abbia soddisfatto almeno in parte i creditori per causa e titolo anteriore alla liquidazione, requisito abbandonato dal codice della crisi.

Non occorre insistere oltre.

Ciò che preme segnalare al Lettore è che ogni “regalo” dovrebbe contenere al suo interno le “istruzioni per l’uso” e che per quello fatto dal legislatore ai sovraindebitati le avvertenze andrebbero ricercate nel D.Lgs. n. 14/2019 (pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* il giorno di San Valentino).

Marina Spiotta

▮ Società – Scissione non proporzionale – Scissione asimmetrica

Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 21 settembre 2020 – Giudice del procedimento cautelare Riva Crugnola – M.M. (avv. Sanzo) – PARTECIPAZIONI NORD EST SRL (avv.ti Melpignano, Faveri) – A.M. (avv. Faveri) – C.M. (avv. Melpignano).

Società – Scissione non proporzionale – Scissione asimmetrica

Alla scissione totale in cui ciascuno dei soci della scissa diventa unico titolare delle partecipazioni di ognuna delle beneficiarie, realizzandosi così una definitiva separazione della compagine, non è applicabile la disciplina in tema di consenso unanime, dettata dal secondo comma dell’art. 2506 c.c. per la scissione parziale asimmetrica.

Omissis. – Successivamente, il g.i. a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede; rilevato che l’attore M.M., avendo impugnato quale socio – con atto di citazione iscritto a ruolo il 19.6.2020 e notificato anche agli altri soci C.M. e A.M. nei cui confronti ha rivolto domanda risarcitoria subordinata – la delibera presa in sua assenza il 4.3.2020 dall’assemblea dei soci della SRL PARTECIPAZIONI NORD-EST e recante approvazione del progetto di scissione iscritto presso il Registro delle imprese il 29.1.2020, delibera a suo dire da annullarsi * in quanto presa senza il consenso di tutti i soci e quindi in contrasto

con il disposto dell’art. 2506 secondo comma cc in tema di scissione c.d. asimmetrica * nonché in quanto adottata abusivamente in suo danno dalla maggioranza dei soci suoi familiari a lui ostili, sulla base di una valorizzazione degli immobili costituenti il patrimonio sociale del SRL scindendo penalizzante gli immobili destinati a confluire nella società di nuova costituzione a lui destinata, ha chiesto ex art. 2378 cc la sospensione dell’efficacia esecutiva della delibera impugnata, in termini di fumus richiamando i vizi di invalidità della delibera e quanto al *periculum* rilevando che in caso di mancata sospensione il progetto di scissione potrebbe essere portato ad esecuzione, con grave pregiudizio per esso attore, assegnatario di quote di una società di nuova costituzione proprietaria di un compendio immobiliare di valore inferiore a quello delle società di nuova costituzione le cui quote sarebbero assegnate agli altri soci, liberi di disporre così sostituendo a beni immobili, di agevole aggradibilità, denaro; rilevato che la SRL convenuta ha contrastato la richiesta cautelare avversaria negando la fondatezza della impugnazione per plurimi profili così come la ricorrenza di concreto *periculum* derivante per il socio impugnante dalla esecuzione della scissione e rilevando come invece, nel caso di sospensione della delibera impugnata, si realizzerebbe un ulteriore blocco della vita sociale, paralizzata dalle continue iniziative ostili del socio qui impugnante; rilevato che nella presente fase cautelare sono intervenuti anche i due convenuti C.M. e A.M., i quali hanno anch’essi concluso per il rigetto della istanza cautelare e, in subordine, per l’imposizione all’impugnante di cauzione non inferiore ad euro 100.000,00; rilevato che, differita

l'udienza fissata il 17.7.2020 per la discussione del ricorso a quella del 15.9.2020 onde consentire alle parti di instaurare un percorso conciliativo e rimasto tale differimento privo di esiti di composizione della lite, all'udienza del 15.9.2020 le parti hanno ribadito le loro posizioni come risulta dal verbale che precede; ritenuto che la richiesta cautelare dell'attore non possa essere accolta non potendosi ravvisare univoci e tranquillanti elementi né di fumus né di periculum; considerato infatti in particolare quanto al fumus di fondatezza dei vizi di invalidità fatti valere dall'attore che: * il progetto di scissione controverso prevede che l'operazione si realizzi mediante la estinzione del SRL PARTECIPAZIONI NORD-EST e la costituzione di quattro nuove SRL, le cui quote sono destinate ad essere assegnate in via totalitaria rispettivamente a ciascuno dei quattro attuali sociali (oltre ai tre qui litiganti M.M., titolare di partecipazione nella SRL convenuta pari al 2% del capitale donatole il 19.7.2018 dal padre M.M., rimasto così titolare del 23% del capitale, il fratello C. essendo poi titolare del 25% e la cugina A. del 50%); * secondo l'attore tale modalità di esecuzione della scissione rientrerebbe nell'ambito di applicazione della seconda parte del secondo comma dell'art. 2506 cc, secondo il quale: "È consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano attribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa", con la conseguenza che la delibera di approvazione del progetto di scissione sarebbe invalida, in quanto adottata (non per consenso di tutti i soci ma) senza il consenso dell'attore; * tale prospettazione dell'attore, ampiamente contrastata dalla convenuta anche sulla scorta di pareri notarili (cfr. doc. 14 convenuta), non pare condivisibile al Tribunale, essendo fondata sulla equiparazione della presente fattispecie a quella prevista dall'art. 2506 cc al secondo comma, di per sé differente posto che: * nel caso disciplinato dalla norma ex art. 2506 cc, come risulta dal tenore della stessa, la scissione si realizza infatti non in via totale (vale a dire con estinzione della società originaria) ma in via parziale, con la particolarità che solo ad alcuni soci vengono assegnate solo azioni o quote della società originaria e non anche azioni o quote della società beneficiaria (dal che la definizione dell'operazione come asimmetrica), * nel caso qui controverso, invece, si verifica una scissione totale, nessuno dei soci divenendo assegnatario di quote della SRL originaria (destinata ad estinguersi) ma ciascuno di essi divenendo unico socio di ciascuna delle quattro società beneficiarie, così realizzandosi anche una definitiva separazione della compagine (dal che la definizione dell'operazione come scissione totale non proporzionale "estrema"); * con la conseguenza: che a tale scissione totale non pare applicabile la disciplina in tema di consenso unanime dei soci dettata per la scissione parziale asimmetrica dal secondo comma dell'art. 2506 cc, disciplina quest'ultima il cui carattere derogatorio dal principio generale di maggioranza esclude ogni interpretazione estensiva o analogica (interpretazione estensiva od analogica che, del resto, risulterebbe, secondo la condivisibile dottrina citata dalla convenuta, comunque impedita anche dalla specifica ratio della norma ex art. 2506 cc secondo comma, volta ad evitare il rischio di una distribuzione asimmetrica di attivi e passivi latenti nella scissa, ratio non ravvisabile nel diverso caso della scissione totale nella quale la società originaria si estingue, in nota n.d.a.), e che quindi il primo vizio di invalidità fatto valere dall'attore in ordine al preteso contrasto della delibera im-

pugnatata con la norma ex art. 2506 cc non pare – sia pure allo stato e all'esito della sommaria delibazione propria della presente sede – dotato di fumus di fondatezza. – *Omissis.*

A scissione "estrema" ... art. 2506-bis, 4° comma, c.c.

Il provvedimento in commento (che assume la forma di un verbale di udienza), decide in merito a un'istanza cautelare, proposta da un socio di s.r.l., volta ad ottenere la sospensione degli effetti di una delibera assembleare di approvazione di un progetto di scissione totale della società, mediante costituzione di quattro nuove beneficiarie, destinate a essere partecipate, rispettivamente, da ciascuno dei quattro soci della scissa. L'attore sosteneva l'invalidità di tale delibera principalmente sulla base della circostanza che la stessa, approvata a maggioranza, avrebbe invece dovuto essere assunta all'unanimità ai sensi dell'art. 2506, 2° comma, c.c., configurando una fattispecie di scissione asimmetrica.

Il Tribunale rigetta la domanda cautelare, non ritenendo sussistente il *fumus boni iuris*: ad avviso del giudice, infatti, il caso di specie non rientra nell'ambito di detta fattispecie, in quanto la scissione decisa con la delibera impugnata è totale, mentre il citato art. 2506, 2° comma, c.c. riguarda un'ipotesi di scissione parziale.

La questione alla base della pronuncia in esame è quella relativa alla natura giuridica dell'operazione societaria prospettata. Posta come incontrovertibile la non proporzionalità dell'assetto, occorre accertare se tale scissione sia non proporzionale ai sensi dell'art. 2506-bis, 4° comma, c.c., oppure ricada nell'ambito dell'art. 2506, 2° comma, c.c. e possa quindi definirsi asimmetrica.

Giova premettere, al fine di inquadrare sinteticamente le due fattispecie, che la prima riguarda l'ipotesi in cui ai soci della scissa siano assegnate partecipazioni nelle beneficiarie in modo da non rispettare la proporzione espressa dalla loro percentuale partecipativa originaria. Il correttivo previsto dall'art. 2506-bis c.c. a fronte di tale alterazione (che, comunque, attraverso la congrua previsione del rapporto di cambio non è mai tale da comportare un mutamento del valore complessivo dell'investimento, cfr. Comitato Triveneto dei Notai, *Scissione non proporzionale e scissione asimmetrica*, Orientamento societario L.E.2, settembre 2008, anche in Busani, *Massime notarili e orientamenti professionali la scissione "asimmetrica"*, in *Società*, 2017, 6, 767 e segg.; Morano, *La scissione non proporzionale*, in *Fondazione Italiana per il Notariato*, elibrary.fondazione-notariato.it) è quello del diritto del socio che non approvi la scissione – la quale quindi può essere deliberata a maggioranza – di far acquistare le proprie partecipazioni (con indicazione nel progetto dei soggetti obbligati all'acquisto) per un

corrispettivo determinato secondo i criteri previsti in tema di recesso.

La seconda fattispecie – introdotta a seguito della riforma del 2003 allo scopo di fornire piena legittimazione normativa alla precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che già la reputava ammissibile – è comunemente definita scissione asimmetrica o soggettiva, in quanto si caratterizza per l'assegnazione ad alcuni soci di partecipazioni della scissa in luogo di azioni o quote di una delle beneficiarie, da cui quindi tali soci restano esclusi. Precipua finalità di tale tipo di scissione (che si configura, quindi, come parziale, poiché la scissa è destinata a rimanere in vita) è quella di realizzare una separazione soggettiva, tale da evitare che nelle società risultanti dall'operazione si riproduca la compagine sociale originaria. La tutela della posizione dei soci viene assicurata dal necessario consenso unanime richiesto dall'art. 2506, 2° comma, c.c. (in tema di scissione non proporzionale e asimmetrica, si vedano Cagnasso, *Commento all'art. 2506*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 2356 e segg.; Dibattista, *Ancora sulla scissione asimmetrica: fenomeno "liquido" o fattispecie autonoma?*, in *Società*, 2018, 11, 1228 e segg.; Genghini-Simonetti, *Le società di capitali e le cooperative*, 2, Padova, 2015, 1414 e segg.; Laurini, *Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica*, in *Fondazione Italiana per il Notariato*, elibrary.fondazione-notariato.it; Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 10 e segg.; Maltoni, *La disciplina della scissione "asimmetrica": l'ambito di applicazione e l'interferenza del consenso individuale sul procedimento deliberativo*, Studio 69-2009/I, approvato dalla Commissione studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 marzo 2009, 1 e segg.; Morano, *La scissione non proporzionale*, cit.; Picone, *Commento all'art. 2506-bis in Trasformazione-Fusione-Scissione*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 1095 e segg.; Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Tratt. Colombo – Portale*, 7**, 2, Torino, 2004, 163 e segg.).

La problematica qualificatoria (e quindi di applicazione della relativa disciplina) del caso sottoposto la vaglio del Tribunale milanese sorge per il fatto che lo stesso non appare pienamente riconducibile a nessuna delle due fattispecie descritte. Infatti, da un lato, non si configura propriamente una scissione asimmetrica, in quanto: se è vero che ad alcuni soci non vengono assegnate quote di una delle beneficiarie (in particolare, a ciascun socio sono attribuite le partecipazioni totalitarie di una sola beneficiaria, restando egli escluso da tutte le altre), è altrettanto vero che non vi è assegnazione delle quote della scissa, che è destinata ad estinguersi, dato il carattere totale della scissione. Allo stesso modo, dall'altro lato, l'operazione in questione presenta caratteri di peculiarità anche rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2506 bis, 4° comma, c.c.: invero, non si tratta solo di assegnare partecipazioni

non proporzionali, ma si perviene al risultato "estremo" – da qui l'espressione "scissione non proporzionale estrema", impiegata anche nel provvedimento in commento (Boggiali-Ruotolo, *Scissione totale non proporzionale, Risposta a Quesito di Impresa n. 37-2018/I, in CNN Notizie*, 24 ottobre 2018) – di escludere alcuni soci da (più di) una beneficiaria, ipotesi non espressamente prevista dal 4° comma in questione, ma contemplata, invece, dal citato art. 2506, 2° comma, c.c.

Ebbene, a fronte di tale incertezza qualificatoria, una parte della dottrina ritiene che detta ultima norma possa essere interpretata estensivamente in modo da ricomprendere anche siffatta ipotesi di scissione totale "estrema", che quindi sarebbe da intendersi come una scissione asimmetrica, tale da richiedere l'unanimità dei consensi (Comitato Triveneto dei Notai, *Scissione non proporzionale e scissione asimmetrica*, cit.; Corsaro, *Note in tema di scissione asimmetrica e tecniche redazionali in atti*, in *Riv. Società*, 2011, 743; Magliulo, *La scissione delle società*, cit., 300; a favore di un'interpretazione estensiva dell'art. 2506, 2° comma, c.c., si segnala anche la posizione del Comitato Notarile Regionale della Campania, *Scissione parziale-partecipazione alle società di nuova costituzione*, Massima n. 28, anche in Busani, *Massime notarili e orientamenti professionali la scissione "asimmetrica"*, cit., che tuttavia si riferisce al diverso caso in cui la scissione sia comunque parziale ma non si realizzi una completa separazione soggettiva in quanto i soci della scissa – oltre a diventare ciascuno unico socio delle beneficiarie – mantengono inalterate le proprie originarie partecipazioni nella scissa medesima).

La tesi enunciata individua quale *ratio* dell'art. 2506, 2° comma, c.c. la necessità di tutelare (attraverso l'obbligo del consenso unanime) il diritto dei soci di partecipare a tutte le società risultanti dalla scissione. Pertanto, secondo tale orientamento, che si tratti di scissione totale o parziale, ogniqualvolta un socio viene escluso da una delle società che risultano dall'operazione, la norma applicabile (eventualmente in modo estensivo) è il predetto 2° comma dell'art. 2506 c.c.

Invece, secondo altra tesi, a cui mostra di aderire il giudice milanese nella pronuncia in commento, la scissione "estrema" è, in verità, un particolare tipo di scissione non proporzionale a cui si applica l'art. 2506 bis, 4° comma, c.c. (Boggiali-Ruotolo, *Scissione totale non proporzionale, Risposta a Quesito di Impresa n. 37-2018/I*, cit.; Dibattista, *Ancora sulla scissione asimmetrica: fenomeno "liquido" o fattispecie autonoma?*, cit., 1228 e segg.; Laurini, *Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica*, cit.; Maltoni, *La disciplina della scissione "asimmetrica": l'ambito di applicazione e l'interferenza del consenso individuale sul procedimento deliberativo*, cit., 6 e seg.).

A fondamento di tale interpretazione, militerebbe, in primo luogo, la considerazione che il diritto dei soci di partecipare a tutte le società risultanti dalla scissione era espressamente previsto dall'originario art.

2504-*octies* c.c., norma abrogata dalla riforma del 2003 e non più riproposta nell'attuale assetto codicistico. Peraltro, in forza di detta disposizione (e dei correlati orientamenti interpretativi – v. Maltoni, *La disciplina della scissione "asimmetrica": l'ambito di applicazione e l'interferenza del consenso individuale sul procedimento deliberativo*, cit., 3 e seg. e rinvii ivi effettuati), era comunque possibile dividere la compagine sociale tra le beneficiarie in forza di una deliberazione assunta a maggioranza, purché il progetto prevedesse il diritto dei soci di optare per la partecipazione proporzionale a tutte le società interessate. Pertanto, applicare estensivamente l'art. 2506, 2° comma, c.c. (e, quindi, la regola dell'unanimità) a una fattispecie che *ante* riforma si reputava soggetta al principio maggioritario (seppur con il correttivo del diritto di optare per la proporzionalità) comporterebbe un arretramento rispetto a posizioni già acquisite (v. in particolare, Dibattista, *Ancora sulla scissione asimmetrica: fenomeno "liquido" o fattispecie autonoma?*, cit., 1228 e segg. e Maltoni, *La disciplina della scissione "asimmetrica": l'ambito di applicazione e l'interferenza del consenso individuale sul procedimento deliberativo*, cit., 5).

Ulteriore argomentazione a sostegno della tesi enunciata è quella che identifica la peculiarità dell'art. 2506, 2° comma, c.c. (che sarebbe così norma di natura eccezionale) non nella mancata partecipazione dei soci a tutte le società risultanti dalla scissione, bensì nell'assegnazione di azioni o quote della scissa. In altre parole, ciò che giustificerebbe l'unanimità dei consensi sarebbe la circostanza che, difformemente alla definizione tipica dell'art. 2506, 1° comma, c.c., all'esito dell'operazione verrebbero assegnate partecipazioni non delle beneficiarie ma della stessa società che procede a scissione, ipotesi che, a tutta evidenza, può verificarsi soltanto in caso di scissione parziale. In tal senso, si porrebbe l'esigenza di tutelare la posizione dei soci in relazione a una possibile ricchezza latente nel patrimonio della scissa, di cui si avvantaggerebbero solo coloro a cui sia attribuita una maggiorata partecipazione nella medesima, a compensazione dell'esclusione da una o più beneficiarie – problematica che non si porrebbe nel caso di scissione totale ai sensi dell'art. 2506-*bis*, 2° comma, c.c. (Dibattista, *Ancora sulla scissione asimmetrica: fenomeno "liquido" o fattispecie autonoma?*, cit., 1228 e segg.).

Chiarito il panorama interpretativo di riferimento per la soluzione della questione oggetto di causa, occorre sottolineare che nel provvedimento in esame il giudice non motiva compiutamente la propria scelta ricostruttiva, limitandosi a mettere brevemente in evidenza che il carattere totale della scissione non consente di ricondurre il caso di specie nell'ambito dell'art. 2506, 2° comma, c.c., norma di cui viene sancito il carattere di eccezionalità, facendo leva sulla deroga al principio maggioritario. Il punto merita alcune considerazioni. Infatti, in primo luogo, è pur vero che il Tribunale sostanzialmente perviene alle medesime

conclusioni della tesi in ultimo esposta, ma lo fa attraverso un (sintetico) percorso argomentativo che sembra celare un profilo di criticità: si riconduce, infatti, la natura eccezionale del predetto art. 2506, 2° comma, c.c. non agli elementi costitutivi della fattispecie, bensì alla disciplina normativa, in tal modo eludendo l'effettivo tema dell'ambito applicativo di tale disposizione al di là del mero dato letterale. In secondo luogo, va posto in luce che per il giudice milanese tale eccezionalità esclude ogni interpretazione estensiva o analogica. Se è certa l'inammissibilità dell'analogia (ai sensi dell'art. 14 Preleggi), appare forse eccessivamente rigida la posizione assunta, in termini così netti e generali, relativamente al criterio ermeneutico dell'estensione. Occorre, infatti, considerare che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, le norme eccezionali sono suscettibili di essere interpretate ampliando il loro significato e la loro portata effettiva oltre i limiti apparentemente segnati dalla formulazione testuale (v. *ex multis*, Cass. civ., 28 febbraio 2018, n. 4657; Cass. civ., 5 marzo 2009, 5297; Cass. civ., 26 agosto 2005, n. 17396; Cass. civ., 4 maggio 1998, n. 4403; Trib. Bergamo, 14 aprile 2015; Trib. Monza, 18 dicembre 2008; Trib. Monza, 20 gennaio 2009; Trib. Monza, 2 febbraio 2009, tutte in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Roma, 2011, 50; Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 56 e seg.). Inoltre, seguendo l'impostazione del provvedimento in esame, dovrebbero escludersi dall'ambito applicativo dell'art. 2506, 2° comma, c.c. fattispecie di scissione parziale in cui: a) sia prevista l'assegnazione di partecipazioni della scissa, ma vi sia una sola beneficiaria; b) uno o più soci siano esclusi dalla scissa; c) l'incremento della partecipazione nella società che si scinde avvenga mediante annullamento di azioni o quote degli altri soci (Dibattista, *Ancora sulla scissione asimmetrica: fenomeno "liquido" o fattispecie autonoma?*, cit., 1228 e segg.; Genghini-Simonetti, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., 1424 e seg.; Morano, *La scissione non proporzionale*, cit.; Picciau, *La scissione semplificata*, in *Fondazione Italiana per il Notariato, eLibrary.fondazione-notariato.it*). Appare evidente come tali fattispecie non siano pienamente conformi allo stretto tenore letterale della norma in questione. Tuttavia, sia che si accolga la prima delle tesi sopra esposte (che fa leva sul diritto dei soci di partecipare a tutte le società risultanti dall'operazione), sia che si segua il secondo orientamento citato (che fonda l'eccezionalità dell'art. 2506, 2° comma, c.c. sull'alterazione delle originarie proporzioni partecipative della scissa), in ciascuna delle enunciate ipotesi si pongono entrambe le esigenze di tutela riconducibili alla disposizione in questione, con la conseguenza che ritenere la stessa non applicabile estensivamente rischierebbe di condurre a un risultato sostanzialmente iniquo e contrastante con il principio di uguaglianza.

In considerazione del carattere sommario dell'accer-

tamento (e della motivazione del provvedimento) cautelare, non constando, peraltro, altre pronunce giurisdizionali sul punto, assumerà di certo rilievo verificare come il Tribunale milanese eventualmente preci-

serà il proprio percorso argomentativo all'esito della cognizione piena.

Rossella Guercio

Diritto d'autore

Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa A, 23 aprile 2020 – Pres. Rel. Marangoni – D.C. (avv. Todisco) – A. M. S.r.l. (avv.ti Mancuso, Valli) – Drexcode s.r.l. (avv.ti Morretta, Chiarva).

Diritti d'autore – Fotografia – Creatività

Il gradiente di creatività di una fotografia, sulla scorta delle indicazioni offerte anche dalla giurisprudenza sovranazionale, deve essere valutato sulla base dell'effettivo potenziale suggestivo, tale da riflettere la personalità dell'autore quale espressione delle sue libere scelte creative, sorrette da un'apprezzabile capacità artistica che travalichi la semplice cronaca fotografica (nel caso di specie, queste ultime sono state individuate nella scelta del soggetto da rappresentare e del momento in cui coglierlo – un lupo intento a ululare nel suo ambiente naturale – nonché nella sfocatura dell'ambiente circostante, nell'uso di giochi di luci e di ombre e nel contrasto generato tra i fiocchi di neve rispetto alla cromatura dei peli del lupo). Avvalorano inoltre la natura artistica della fotografia sia lo specifico riconoscimento autoriale in territorio statunitense, che la sua collocazione all'interno di un'opera monografica alla quale è stata data dignità di pubblicazione, nonché la sostanziale identità, sul piano della qualità creativa, dell'immagine in questione rispetto ad altre scattate dallo stesso fotografo apparse su prestigiose riviste di settore.

Omissis. – 2. La domanda di parte attrice è fondata e, pertanto, merita accoglimento nei limiti infra meglio precisati.

2.1. Invero, ritiene il Collegio che l'immagine stampata sul capo d'abbigliamento realizzato dalla convenuta A. M. S.r.l., ove è raffigurato un lupo ululante nel corso di una nevicata, coincida con lo scatto fotografico del quale l'attore assume la paternità. Tale convincimento è suffragato innanzitutto dall'oggettiva sovrapposibilità tra l'immagine riprodotta sul lato sinistro dell'abito femminile realizzato dalla convenuta e lo scatto rivendicato dal fotografo, come fedelmente rappresentato nel doc. 26 di parte attrice, represso non contestato dalle convenute. Segnatamente, dall'attento esame della predetta immagine si percepisce chiaramente la perfetta coincidenza tra le due figure, e, in particolare, di alcuni loro elementi caratterizzanti, quali: la posizione del cranio del lupo, avente la medesima rotazione e inclinazione rispetto all'asse del corpo; le fauci del canide, che mostrano la medesima apertura e dalle quali spunta un canino avente uguale posizione e dimensione in entrambe le immagini; la perfetta sovrapposibilità dell'occhio del lupo; le identiche cromature, macchie e pieghe del pelo presente sul collo dell'animale. Tali riscontri obiettivi

assumono particolare significato anche alla luce della fotografia sub doc. 25 prodotta da parte attrice – anch'essa non contestata dalle convenute – nella quale è ritratto lo stilista Antonio Marras intento a studiare il *mainboard* della collezione, dove risulta ben visibile, tra le altre immagini, anche lo scatto in questione. Nessun dubbio, quindi, vi può essere sull'utilizzo da parte della A. M. S.r.l. dall'istantanea rivendicata dall'attore, come del resto confessato stragiudizialmente dalla stessa convenuta (...), avendo infatti la stessa dichiarato di avere reperito la predetta fotografia sul web e, in particolare, attraverso la consultazione del motore di ricerca Google. *[omissis]* Sulla scorta del materiale istruttorio sopra raccolto deve quindi affermarsi l'identità tra l'immagine utilizzata da A. M. S.r.l. e la fotografia rivendicata dall'attore.

2.2 Quanto alla paternità dello scatto in capo a D.J.C., seppure la circostanza non sia stata specificatamente contestata dalle convenute, è stata comunque prodotta dall'attore idonea documentazione diretta a provare la titolarità dei diritti di sfruttamento economico dell'immagine, in particolare il certificato di protezione autorale concesso dalla U.S. Copyright Office (...), così come la pubblicazione dello scatto in una monografia nella quale si dà atto della titolarità dell'immagine in capo a D.J.C. (...).

3. Accertata la paternità dell'immagine e la sua riproduzione, in assenza di consenso, sugli abiti realizzati dalla società A. M. S.r.l. e commercializzati (anche) dall'altra convenuta DREXCODE S.R.L., resta da qualificare l'oggetto del diritto affermato da parte attrice. Segnatamente, l'attore assume che la predetta immagine debba godere della privativa autorale concessa dall'art. 2, n. 7, l.d.a.; di contro, le convenute deducono che lo scatto vada qualificato come 'fotografia semplice', soggetto alla più restrittiva disciplina di cui agli artt. 87 e ss. l.d.a.

3.1. Ritiene il Collegio che la qualificazione dell'attore sia maggiormente convincente rispetto alle prospettazioni delle parti convenute. Ed invero, è innanzitutto opportuno evidenziare come il discrimine tra 'opera protetta' e 'semplice fotografia', secondo le elaborazioni suggerite da attenta dottrina e condivise dalla prevalente giurisprudenza di merito e legittimità, alla quale questo Tribunale intende dare seguito, sia incentrata, per quanto attiene agli scatti protetti ex art. 2, n. 7, l.d.a. nella capacità creativa dell'autore, vale a dire nella sua impronta personale, nella scelta e studio del soggetto da rappresentare (Cass. Civ. 21 gennaio 2000, n. 8425), così come nel momento esecutivo di realizzazione e rielaborazione dello scatto, tali da suscitare suggestioni che trascendono il comune aspetto della realtà rappresentata (Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 maggio 2011; App. Milano, 7 novembre 2000), laddove, invece, la 'fotografia semplice' tutelata dagli artt. 87 e ss. l.d.a. è una mera rappresentazione della realtà, ancorché mediante tecniche fotografiche particolarmente raffinate o complesse (Trib. Milano, 17 aprile 2008; Trib. Milano, 21 ottobre 2004). E tale gradiente di creatività, sulla scorta delle indi-

cazioni offerte anche dalla giurisprudenza sovranazionale (CGUE, 1 dicembre 2011, C145/10), deve essere valutato sulla base dell'effettivo potenziale suggestivo, tale da riflettere la personalità dell'autore quale espressione delle sue libere scelte creative di realizzazione del ritratto, sorrette da un'apprezzabile capacità artistica che travalichi la semplice cronaca fotografica, a prescindere dall'elevata qualità grafica dello scatto (ancora sul punto, Trib. Milano, 9 novembre 2000).

3.2. Orbene, nel caso di specie, l'attore ha innanzitutto dedotto in giudizio come la scelta del soggetto da rappresentare (nello specifico, un lupo nel suo ambiente naturale), sia stata frutto di studio e d'attenta analisi del campo fotografico. Il professionista ha altresì colto l'animale mentre lo stesso era intento a ululare – indice sintomatico di una precisa volontà creativa – scegliendo di rappresentarlo in primo piano, attraverso una sapiente sfocatura dell'ambiente circostante, esaltando così l'espressione del soggetto rappresentato, pur facendo emergere i fiocchi di neve che, copiosamente, cadevano nell'ambiente circostante ed evocando, in questo modo, peculiari suggestioni nell'osservatore tali da travalicare la mera rappresentazione grafica dell'animale. È altresì evidente un sapiente uso del chiaro-scuro e l'utilizzo, con finalità creative, dei giochi di luce e ombre distinguibili sullo sfondo blu dell'immagine e, soprattutto, dal contrasto generato tra i fiocchi di neve rispetto alla cromatura del pelo del lupo. Avvalorano inoltre la natura artistica della fotografia sia lo specifico riconoscimento autorale in territorio statunitense (...), sia la sua collocazione all'interno di un'opera monografica alla quale stata data dignità di pubblicazione e stampa (...), nonché la sostanziale identità, sul piano della qualità creativa, della predetta immagine rispetto ad altre rappresentazioni naturalistiche scattate dallo stesso D.J.C. apparse su prestigiose riviste di settore, quali "National Geographic" e "Nikon LearnExplore" (...). Infine, è significativo, in punto di qualificazione dei diritti connessi all'immagine, che essa sia stata particolarmente apprezzata dagli operatori commerciali, a riprova dell'oggettiva e intrinseca capacità di evocare particolari suggestioni nei consumatori (...). Anche il noto motore di ricerca Google pone la fotografia oggetto

di causa tra le prime immagini associate alla stringa "holwing wolf" o "lupo ululante" (...).

Ritiene, quindi, il Tribunale che la fotografica rivendicata da D.J.C. debba essere qualificata come 'opera protetta' ai sensi dell'art. 2, n. 7, l.d.a., cui consegue il diritto dell'autore a disporre dei diritti di sfruttamento economico ex art. 12 l.d.a.

4. Il comprovato utilizzo da parte di A. M. S.r.l., a fini commerciali, della fotografia scattata dall'attore, mediante la sua collocazione su un capo di abbigliamento inserito nella collezione donna Autunno/Inverno 2014/2015, in assenza di autorizzazione alcuna da parte dell'autore, costituisce aperta violazione delle privative autorali, cui consegue il diritto del fotografo ad ottenere il risarcimento del danno.

4.1. Non coglie peraltro nel segno l'eccezione sollevata dall'A. M. S.r.l., anche nella fase stragiudiziale (docc. 21, 22 attore), circa la presunta legittimità dell'utilizzo dello scatto, essendo lo stesso reperibile sul motore di ricerca Google. Ed invero, fermo restando che, in calce all'esito della ricerca, è esposto da parte della stessa Google specifico avviso secondo il quale le immagini raffigurate potrebbero "essere oggetto di copyright" (doc. 21 attore), la mera disponibilità sul web di una fotografia non costituisce certamente presunzione di assenza di privative autorali, gravando semmai sull'internauta l'onere di accertare l'esistenza, o meno, di diritti in capo a soggetti terzi. Del resto, è proprio tale affermazione della convenuta A. M. S.r.l. a evidenziarne specifici profili di colpa, avendo la stessa, con disinvoltura, utilizzato l'immagine senza accertarsi che la stessa fosse priva di protezione autorale, tenuto anche in considerazione il contesto professionale nel quale è avvenuto l'indebito sfruttamento. Ed infatti, appartiene al bagaglio nozionistico del medio professionista, in particolar modo se operatore del c.d. fashion business, il noto principio secondo il quale l'utilizzo di una fotografia senza richiedere la liberatoria dell'autore o senza comunque sincerarsi che l'immagine sia di libera riproduzione costituisce, pacificamente, ipotesi di contraffazione (Trib. Milano, 1.03.2004).

5. All'accertamento dell'illegittimo sfruttamento economico dell'immagine, consegue la condanna al risarcimento del danno cagionato all'attrice. – *Omissis*.

La bambina e il lupo: qualche nota sull'autorialità nella fotografia

Carlo Eligio Mezzetti*

La sentenza in commento applica espressamente, forse per la prima volta nel panorama giurisprudenziale italiano, i principi dettati dalla Corte di Giustizia UE in tema di accesso della fotografia alla piena tutela autorale; essa altresì si inquadra in quel recente orientamento che, a beneficio della certezza del diritto, tende a svincolare l'apprezzamento del gradiente di creatività di un'opera da giudizi soggettivi, per ancorarlo invece a criteri il più possibile obiettivi.

Gli antefatti

L'immagine del lupo ha da sempre una potente valenza simbolica e suggestiva. Tradizionalmente identificato col male, con la cupidigia o con la violenza ferina, il lupo svolge però un ruolo importante nei miti di fondazione di molte culture (si pensi a Romolo

e Remo allattati dalla lupa) e in campo letterario gode di una forma di riabilitazione almeno a partire Jack London. Poi, nel *long seller* "Women Who Run with the Wolves", che dal 1992 ha goduto di ampia fortuna e plurime edizioni in molti paesi, l'analista di scuola junghiana Clarissa Pinkola Estés ha esplorato miti, folklore e simboli dell'archetipo della *Donna Selvag-*

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

gia, individuando una sorta di nesso psichico tra donne e lupi, la cui riscoperta consentirebbe alle donne di tornare in contatto con il loro lato primordiale, ripristinando capacità intuitive e istintive oggi trascurate.

Non è improbabile che sia stato proprio quest'ultimo il riferimento culturale che ha ispirato il mood della collezione moda donna Autunno/Inverno 2014-'15 dello stilista Antonio Marras: in alcuni capi della collezione (distribuita in tutto il mondo) era infatti stampata l'immagine "raffigurante un lupo di colore marrone-grigio con il muso di colore più chiaro, che ulula su uno sfondo caratterizzato da diverse tonalità di blu, nero e grigio [...] ripreso nel corso di una nevicata". Ciò che ha dato origine alla controversia decisa dalla sentenza in commento.

Quell'immagine, infatti, era stata realizzata nel 1993 da un affermato fotografo naturalista, Daniel Cox, e in seguito pubblicata, tra l'altro, su *National Geographic* e nel volume monografico "*Wolf: Legend, Enemy, Icon*" di Rebecca L. Grambo. Un'immagine appunto "iconica", tanto che il Tribunale di Milano ne constatava anche la fortuna commerciale, oltre che l'essere tra le prime ad apparire su Google se si digita la stringa "howling wolf" o "lupo ululante".

Sin qui il lupo, veniamo alla bambina. Nel 1998 Natascha Maria Kampusch, dell'età di dieci anni, fu rapita a Vienna. Le autorità di polizia diramarono un avviso di ricerca nel quale furono impiegate fotografie realizzate per l'annuario scolastico da una fotografa *free lance*, Eva-Maria Painer.

Solo nel 2006, dopo ben otto anni di segregazione, Natascha riuscì a sfuggire al suo aguzzino. Poiché non esisteva alcuna sua foto recente, alcuni tra i principali giornali austriaci e tedeschi (*Der Standard*, *Süddeutsche Zeitung*, *Der Spiegel*, *Express*, *Bild*, *Die Welt*), a corredo dei loro articoli di cronaca, pubblicarono le fotografie ricevute all'epoca e realizzate dalla signora Painer, e un *identikit* che avrebbe dovuto riprodurre le presunte attuali sembianze di Natascha realizzato sulla base di una delle fotografie in questione. Poiché tutto ciò era avvenuto senza la sua autorizzazione, la signora Painer convenne in giudizio gli editori degli organi di stampa, dando luogo al rinvio pregiudiziale deciso dalla Corte di Giustizia il 1° dicembre 2011¹.

La sentenza Painer e le sue potenziali conseguenze sulla tutela della fotografia in Italia

"*All photos are created equal*" era il titolo di uno dei primi commenti² alla Sentenza Painer. Quest'ultima era infatti suscettibile di mettere in crisi la distinzione tra fotografia *autoriale* e fotografia *semplice* posta, in Italia, dall'art. 2, 1° comma, n. 7, L. n. 633/1941, stabilendo il principio per cui il carattere di 'riproduzione realistica' non osta alla qualificazione di una fotografia come opera dell'ingegno quando la sua realizzazione presenti caratteristiche individuali non necessitate che rivelino l'apporto di un certo autore; apporto consistente in scelte che, nelle parole della Corte, possono concernere lo sfondo, la messa in posa della persona da fotografare o l'illuminazione, l'inquadratura, l'angolo di ripresa o l'atmosfera creata o, infine, la tecnica di sviluppo o l'impiego di programmi informatici. La Corte aggiungeva, peraltro, che l'ordinamento non consente di discriminare tra diverse categorie di opere dell'ingegno, graduando la protezione a seconda del margine di "arbitrio artistico" che ciascuna di esse concede all'autore³.

All'epoca si era scritto su questa *Rivista* come l'applicazione di tali principi avrebbe potuto innescare, in Italia, una sorta di rivoluzione copernicana, perché la nostra giurisprudenza ha sempre riservato alla fotografia un trattamento di accentuata severità riguardo al gradiente di creatività richiesto per accedere alla tutela delle opere dell'ingegno propriamente dette; una severità del tutto peculiare⁴, che non trova riscontro nel trattamento riservato ad altre categorie di opere, se non a quelle del *design*.

Gran parte della giurisprudenza italiana aveva infatti dato al requisito della presenza di un "intendimento espressivo" in capo all'autore una valenza peculiare e collidente con il principio enunciato dalla Corte di Giustizia (che invece si appaga di una "riproduzione realistica" che sia frutto di una scelta non necessitata e consapevole dei mezzi tecnico-espressivi), escludendo che sia *autore* proprio il fotografo il cui intento sia di descrivere fedelmente la realtà⁵: per il *reportage* la soglia per accedere alla tutela autoriale era, così, talmente alta da divenire quasi irraggiungibile⁶, ma era

¹ Corte di Giustizia, 1° dicembre 2011, in causa C-145/10, *Eva Maria Painer – Standard Verlags GmbH e a.* disponibile on line al sito istituzionale della Corte www.curia.eu; su tale sentenza mi permetto di rinviare a C.E. Mezzetti, *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, in questa *Rivista*, 2012, 2563.

² D. Brophy, *All photos are created equal – the Painer case in the CJEU*, in *The IPKat*, 7 dicembre 2011.

³ Quasi contemporaneamente, la Corte di Cassazione italiana – pur con riferimento ad un libro composto di fotografie e testi – ribadiva che "il concetto giuridico di creatività [...] non coincide con quello creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività", così che "la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia";

Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173. Principio già espresso, con riferimento alla fotografia, da Cass. civ., 12 marzo 2004, n. 5089 nonché in generale da Cass. civ., 1° dicembre 1993, n. 11953.

⁴ Sulla tutela della fotografia in Italia v. in generale Bocca, "La tutela della fotografia tra diritto d'autore, diritti connessi e nuove tecnologie", in *AIDA*, 2002, n. 30.

⁵ Cfr. C.E. Mezzetti, *op. ult. cit.*

⁶ Esemplare al riguardo App. Milano, 10 ottobre 2003 in *Foro Pad.*, 2004, 130 e segg.: "Non si mette certo in dubbio tale elevata qualità, ma non si può certo trascurare che le fotografie [realizzate da Domenico Dabbrescia per il volume "Fiume, omaggio alla Polinesia"], in particolare quelle che ritraggono Salvatore Fiume, documentano i momenti del viaggio in Polinesia dell'artista, dall'arrivo in aeroporto, a situazioni di lavoro o di relax, alla visita al museo di Gauguin. Affinché un'opera fotografica possa meritare

altresì bandita dalla tutela autoriale la fotografia di opere delle arti figurative⁷.

Per inciso: a quest'ultimo riguardo, potenzialmente rivoluzionaria è la norma contenuta nell'art. 14 della Dir. 2019/790 del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che gli Stati membri dovranno implementare nella legislazione nazionale entro il 7 giugno 2021, che così dispone: "Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore"⁸. Se la severità della giurisprudenza si combinate con un'implementazione meccanicistica nell'Ordinamento italiano dell'art. 14, Dir. 2019/790, verrebbe esclusa *tout court* ogni protezione per le fotografie riproducenti opere delle "arti visive" cadute in pubblico dominio: esse sarebbero in pratica retrocesse da "fotografie semplici" a "fotografie meramente riprodotte" neppure tutelate dal diritto connesso al diritto d'autore.

La scarsa fortuna della sentenza Painer nella giurisprudenza italiana

Benché ciò possa essere giustificato dalla preoccupazione circa il passaggio di un numero difficilmente calcolabile di immagini dal diritto connesso, improntato ad un *favor* per la circolazione e l'utilizzazione delle fotografie, al diritto d'autore propriamente detto, il cui punto focale è invece la facoltà del titolare di determinare la cerchia dei fruitori dell'opera, la giurisprudenza italiana ha comunque, sorprendentemente⁹, sino ad oggi ignorato l'insegnamento della Corte di Giustizia.

Si sono quindi perpetuati, a volte mescolandosi tra

loro, i filoni giurisprudenziali della fotografia *artistica*, di quella che *rielabora la realtà* e di quella *che suscita emozioni o suggestioni*.

Così¹⁰ il Tribunale di Torino (sent. 1° giugno 2012), nega l'autorialità a fotografie di paesaggio perché "non appaiono presentare una speciale ed originale rielaborazione fantasiosa dei suddetti elementi paesaggistico architettonici". Il Trib. Bari, ord., 8 aprile 2013, anche riconoscendo che "la soglia minima di creatività richiesta [...] è andata nel tempo abbassandosi", la nega per la fotografia di due barche a vela "che, sebbene ritratte con professionalità, non sembrano esprimere creatività o comunque un *quid pluris* rispetto all'oggettività del fatto"¹¹. La App. Milano, sent., 20 maggio 2013, la nega a 123 fotografie di automobili da competizione perché "puntano sempre ad una riproduzione oggettiva e formale del soggetto, senza introdurre quel *quid pluris* tipico di una reinterpretazione originale"; e ciò, nonostante il consulente tecnico d'ufficio avesse concluso per il carattere creativo delle stesse, alla luce sia della "ricerca della raffigurazione originale e personale" che della notorietà del fotografo e del successo dei volumi da questi pubblicati. Il Trib. Roma, ord., 30 settembre 2013, la nega al ritratto realizzato da un fotoreporter, "pur essendo caratterizzat[o] da una qualche attività personale del fotografo"¹² e di nuovo sent. 11 maggio-1° giugno 2015 la nega a fotografie che "si esauriscono in una semplice riproduzione documentale di un determinato evento" senza rivelare la "capacità di intervenire sul soggetto in modo tale da evocare suggestioni"¹³. Il Trib. Milano, sent., 15 settembre 2015, ha invece riconosciuto la piena tutela autoriale a ritratti della cantante lirica Carmela Remigio realizzati da Francesco Paolo Escalar ritenendo che "si tratti di foto artistiche" per i seguenti motivi: "le tre raffigurazioni del volto della cantante, oltre ad essere connotate da indubbia accuratezza tecnica, sono arricchite da una

la tutela dell'opera dell'ingegno occorre l'apporto di una creatività particolare, connotata da un'impronta personale e da una valenza estetica che possa essere apprezzata di per sé, a prescindere dal soggetto rappresentato. [...] nei ritratti di Fiume [...] non si va oltre un'ottima rappresentazione della situazione del momento e della presenza dell'artista in quella situazione", manca in essi "quel salto creativo idoneo ad aggiungere un apporto di immaginazione alla semplice riproduzione del soggetto" (enfasi aggiunte). Cfr. anche Trib. Milano, 15 settembre 2015, cit. *infra*, che ricerca "un personale apporto creativo dell'autore, che costituisce un *quid pluris* rispetto alla mera riproduzione del dato di realtà", salvo poi risolvere il tema della creatività con l'individuazione dell'"artisticità" delle fotografie in questione.

⁷ Cfr. Trib. Roma, 24 febbraio 1998, in *Dir. Inf.* 1998, 793. Pret. Saluzzo, 13 ottobre 1993, in *Dir. Aut.* 1994, 484. Cfr. più recentemente Trib. Milano, 17 aprile 2008, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 2, 210.

⁸ Cfr. il *considerando* 53.

⁹ Infatti, come è noto, una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia non costituisce semplicemente un autorevole precedente giurisprudenziale. È principio da tempo acquisito quello per cui "qualsiasi sentenza [della Corte di Giustizia] che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di

sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative" (Corte cost., 11 luglio 1989 n. 389, *Provincia autonoma di Bolzano*, in *Foro It.*, 1991, I, 1076). È altresì principio consolidato che i giudici nazionali devono conformarsi a "una giurisprudenza costante della Corte che risolve il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere" (CGCE, 6 ottobre 1982, causa C-250/81, *CILFIT*). Cfr. in dottrina Mengozzi, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, 240 e Tesaro, *Diritto dell'Unione europea*, 2010, 349, ove ampi riferimenti giurisprudenziali).

¹⁰ Ove non diversamente indicato, i provvedimenti seguenti sono reperibili in *DartsIP*.

¹¹ Trib. Torino, Sez. specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, 8 aprile 2013, reperibile in *www.iusexplore.it*.

¹² Trib. Roma, Sez. IX, ord., 30 settembre 2013 in *Dir. Ind.*, 2014, 2, 129, con nota di D. Mastrelia.

¹³ Cit. *supra*.

spiccata caratterizzazione espressiva, nitidamente percepibile anche grazie all'impostazione complessiva di ciascun ritratto, che costituisce un'originale combinazione di prospettive, proporzioni, colori, distanze, luci ed ombre. Ogni ritratto contribuisce a far emergere sfumature emotive diverse: nella foto di copertina si dà preminenza ad elementi di fermezza e decisione e quindi di affermazione della personalità, mentre nelle immagini prevalgono atmosfere sognanti, di vaga malinconia e matura riflessione¹⁴. Lo stesso Tribunale, sent. 24-25 ottobre 2018, non ravvisa invece una "creazione artistica" nella fotografia che raffigura la cantante Lisa al Santuario dell'Incoronata. Il Trib. Genova, sent. 23-26 luglio 2018, attribuisce dal canto suo "forte carattere autoriale" (e *artisticità*) a una fotografia panoramica del porto della città "particolarmente suggestiva, con un equilibrio cromatico raffinato ed evocativo".

Questi approcci al tema dell'autorialità della fotografia paiono criticabili per molteplici ragioni.

Per quanto concerne il requisito dell'*artisticità* non può intanto prescindere dall'elemento testuale per cui la presenza di un requisito di "valore artistico" per le fotografie è assente nel dettato della legge italiana (l'unica categoria di opere per cui sussiste tale requisito sono quelle del *design*), così come nelle norme di armonizzazione europee¹⁵. A ciò si aggiunga che la valutazione dell'*artisticità* di un lavoro presenta un ineludibile elemento di provvisorietà, e anzi di vera e propria arbitrarietà, che tra l'altro collide col richiamo effettuato dalla Corte di Giustizia alla "necessità di evitare qualsiasi elemento di soggettività, pregiudizievole per la certezza del diritto"¹⁶ in un campo – quello della creazione intellettuale – dove non si dispone di sistemi di formalità costitutive e relativa pubblicità, come avviene per la proprietà industriale.

Poi, in virtù del suo stretto nesso con la libertà di espressione, di critica e di ricerca, e quindi con l'inaccettabilità di qualsiasi intervento sulla creazione intellettuale che possa avere effetti in senso lato censorii, il diritto d'autore gode tradizionalmente, rispetto alle altre privative intellettuali, di uno statuto particolare, in virtù del quale l'esclusiva prescinde dalla "meritevolezza" dell'opera¹⁷.

Infine, esplicitamente il diritto d'autore protegge opere che sono intrinsecamente estranee alla sfera dell'espressione artistica, quali ad esempio le opere scientifiche e didattiche, i programmi per elaboratore

e le banche dati¹⁸ – il che fa anche giustizia del preteso requisito della "rielaborazione della realtà".

Ad analoghe critiche si presta l'approccio giurisprudenziale che dà rilievo alla capacità delle fotografie di suscitare reazioni emotive in chi le guarda. E un'altra se ne aggiunge: la capacità di suscitare emozioni, infatti, può risiedere intrinsecamente nell'evento o nel soggetto fotografato, o nella valenza "simbolica" assunta nel tempo da una certa immagine, in modo del tutto indipendente dalla presenza o assenza di un apporto creativo del fotografo.

Proprio la valenza "archetipa" dell'immagine del lupo, di "immagine primordiale contenuta nell'inconscio collettivo, la quale riunisce le esperienze della specie umana e della vita animale che la precedette, costituendo gli elementi simbolici delle favole, delle leggende e dei sogni"¹⁹, verrebbe qui in rilievo.

Ma è anche esemplare al riguardo il caso della "celeberrima fotografia della bambina vietnamita che fugge colpita dal napalm", che il Trib. Roma, sent., 22 settembre 2004²⁰, cita quale esempio di creatività: non perché la presenza di quest'ultimo elemento sia stata di per sé indagata e individuata, ma perché l'immagine in questione suscita emozioni ed è capace di "sintetizzare storie private e collettive". Un risultato corretto, quello della qualificazione come fotografia creativa, a cui però si giunge con un argomentare sbagliato: la fotografia scattata l'8 giugno 1972 dal fotogiornalista Nick Ut, che gli valse il premio Pulitzer, è autoriale per l'immediato intento e la capacità espressiva del fotografo, non per la valenza simbolica assunta a posteriori dalla *Napalm Girl*.

La valenza simbolica delle immagini, così come la loro capacità di emozionare, è un argomento del resto che non può che condurre i tribunali a risultati instabili e contraddittori, come dimostrano due casi più recenti.

Così lo stesso Tribunale di Roma, con provvedimento del 12 settembre 2019, ha escluso l'autorialità della celebre foto di Tony Gentile che ritrae Giovanni Falcone e Paolo Borsellino: "La bellezza nella foto quindi è tanto più grande quanto, a posteriori, si riconosca e si ricordi la storia dei soggetti che lì sono effigiati. Dubita questo collegio che tutte queste considerazioni fossero nell'animo ovvero nell'intenzione del fotografo a priori, cioè mentre riprendeva la scena amicale rappresentata nella fotografia; né d'altronde, presumibilmente, questa fotografia avrebbe assunto il valore

¹⁴ in *IDA*, 2015, 504.

¹⁵ Cfr. sul punto le Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nel caso Painer (cit.) reperibili al sito web istituzionale della Corte di Giustizia *www.curia.eu*, dove, premesso che la nozione di "creazione intellettuale originale" è una nozione di diritto dell'Unione europea che deve essere interpretata autonomamente, si precisa: "A certain degree of artistic quality or novelty are not therefore required. The purpose of the creation, expenditure and costs are also immaterial. Accordingly, the requirements governing copyright protection of a photo under Article 6 of Directive 93/98 and of Directive 2006/116 are not excessively high".

¹⁶ Corte UE, Grande Sezione, 13 novembre 2018, in causa C-310/17, *Levola*.

¹⁷ Cfr. Ricolfi, *Diritto d'autore*, in Abriani, Cottino, Ricolfi, *Diritto Industriale*, Padova, 2001. Di differente avviso, con specifico riferimento alla fotografia, sembra Musso, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, 96 e *passim*.

¹⁸ Cfr. Auteri, "Diritto di autore", cit., 500.

¹⁹ Dizionario Treccani, voce "Archetipo".

²⁰ In *Dir Aut.*, 2004. 378 e segg.

simbolico odierno se i soggetti ivi rappresentati non fossero tragicamente morti per mano mafiosa”.

Ma con una motivazione di segno contrario il Tribunale di Milano, con la sentenza 5 marzo 2011, aveva attribuito piena tutela autoriale al ritratto di Oriana Fallaci realizzato da Gianni Mischetti, anche sulla base della constatazione che “l’immagine riprodotta, per vicende che la trascendono (l’attacco alle Torri Gemelle, riprodotte sullo sfondo, e la forte personalità della Fallaci), ha peraltro acquistato un particolare valore simbolico e ottenuto una forte diffusione”.

Un filone giurisprudenziale alternativo

Sembra però affacciarsi sulla scena un nuovo filone giurisprudenziale, che inizia ad applicare alla fotografia quell’approccio “obiettivistico” – che ancora il giudizio ad elementi verificabili e preferibilmente provenienti da un ambito “neutrale” – già efficacemente utilizzato in altri ambiti, e che è certamente più sensibile al richiamo alla certezza del diritto recentemente effettuato dalla Corte di Giustizia.

Così, in materia di tutela autoriale del design, dando poi luogo ad una giurisprudenza ormai consolidata in ambito nazionale, il Tribunale di Milano, nell’ord. 29 dicembre 2006 nel caso *Flos/Semerano*²¹, aveva ritenuto che l’apprezzamento del “valore artistico” ex art. 2 LDA di un’opera del disegno industriale debba essere svincolata da “giudizi comunque sempre personali ed arbitrari [...] destinati spesso nel tempo a mutamenti anche radicali” per essere invece agganciata alla percezione che di quell’opera si è consolidata nella collettività; e perché la rilevazione avvenga “nella maniera più oggettiva possibile” il punto di riferimento è individuato nella percezione degli ambienti culturali, in quanto “estranei” agli attori del mercato che dalla protezione autoriale possono trarre un vantaggio o uno svantaggio competitivo e che quindi non sono neutrali rispetto agli interessi in gioco.

Il medesimo criterio è stato traslato dal design alla fotografia dal Tribunale di Milano (24 settembre 2015) che nega la piena tutela autoriale a fotografie (nella specie, raffiguranti dolci e torte) poiché “non vi è un consolidato e perdurante successo del prodotto [fotografico, nds] presso la collettività ed i suoi ambienti culturali”²². E ancor più di recente lo stesso criterio è stato applicato all’arte contemporanea, nel caso *Isgrò / Waters*, dove la tutela autoriale è stata riconosciuta alla “Cancellatura” non tanto sulla base

dei “numerosi e accreditati pareri dei più importanti tra gli storici dell’arte prodotti in funzione di questo giudizio”, quanto piuttosto a seguito della constatazione dell’“ampio e consolidato riconoscimento formatosi nel volgere dei decenni negli ambienti culturali”.

Su questa traccia, in tema di fotografia, il Trib. Roma, 26 giugno 2017, che riconosce piena tutela autoriale alle fotografie del *reporter* Umberto Pizzi (“È opera autoriale, anche se non costituisce opera artistica, uno scatto rappresentativo di un’idea di fondo e di uno spaccato sociale che sia in grado di rappresentare immediatamente e suggestivamente un’epoca o un segmento sociale”), valorizzando la circostanza che le fotografie di Pizzi siano custodite in un archivio dichiarato di importante valore storico dal Ministero dei Beni Culturali.

Parzialmente difforme, ma non incongruente, l’approccio di Trib. Milano, Sez. I, 17-18 luglio 2018, che pur facendo riferimento al “carattere artistico”, richiama espressamente la già citata Cass. civ. n. 25173/2011 e riconosce una piena tutela autoriale alla fotografia della *Famille Homoparentale* di Oliviero Toscani: “frutto di un particolare studio del fotografo, della scelta delle persone, delle loro posizioni e abbigliamento, nella ricerca dell’espressione personale della famiglia omoparentale destinata a completare il servizio”.

Su questa scia si pone la sentenza in commento (e, non a caso, l’estensore è il medesimo del caso *Flos / Semerano*). Certo, il traluzio riferimento all’“artisticità”, alla “capacità di suggestionare”, rimane. Ma sembrano semplici effetti inerziali della precedente giurisprudenza. La vera *ratio deducendi* qui si incentra esplicitamente (forse per la prima volta nella giurisprudenza di merito) sui criteri dettati dalla Corte di Giustizia nel caso *Painer*: scelta del soggetto, dell’inquadratura, dello sfondo, dell’“atmosfera” creata. Sulle libere scelte creative, quindi, come per ogni altra categoria di opere dell’ingegno. E trae argomenti a sostegno della valutazione di autorialità dal vasto riconoscimento culturale di cui gode l’opera di Cox.

Mario Luzi, uno dei più grandi poeti italiani dello scorso secolo, in una poesia proprio intitolata *Il lupo*, scriveva quella che potrebbe essere la metafora di una giurisprudenza improntata al principio della certezza del diritto: “vivere vivo come può chi serve/fedele poi che non ha scelta”.

²¹ Est. Marangoni, in *Giur. Dir. Ind.*, 2017, 5125.

²² Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa,

ord.. 25 luglio 2017 in *Foro It.*, 2017, I, 3488.

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brollo, Franco Carinci, Madia D'Onghia, Fiorella Lunardon, Valerio Maio e Michel Martone

Litisconsorzio necessario e contributi previdenziali

Cassazione civile, Sez. lav., 21 settembre 2020, n. 19679 – Pres. Manna – Rel. Ghinoy – P.M. Fresa (conf.) – I.S.P. S.p.a. (avv. Pandolfo, avv. Turco) – A.F. (avv. Corbo). *Cassa con rinvio App. Salerno, 19 agosto 2013.*

Lavoro subordinato – Previdenza – Omissioni contributive – I.N.P.S. – Litisconsorzio necessario

Nelle controversie di lavoro volte ad ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento della contribuzione correlata alla retribuzione, sussiste litisconsorzio necessario con l'I.N.P.S. per le ricadute di ordine processuale della struttura del rapporto dedotto in giudizio (Massima non ufficiale).

Omissis. – 1. Con ricorso al Tribunale di Salerno, A.F. esponeva di avere lavorato alle dipendenze del Banco di Napoli fino al 30/6/2002, allorché il rapporto era cessato avendo egli aderito all'esodo incentivato usufruendo delle prestazioni del Fondo di solidarietà e di sostegno al reddito ed all'occupazione, istituito con D.M. 28 aprile 2000, n. 158, per il personale dipendente dalle imprese di credito. Aggiungeva di avere sottoscritto davanti alla Direzione Provinciale del lavoro di Napoli un accordo con cui il Banco si era impegnato, tra l'altro, all'attivazione della procedura per far ottenere al dipendente l'assegno straordinario da parte del Fondo nonché alla prosecuzione dei versamenti contributivi per il lavoratore fino alla data di maturazione dell'anzianità contributiva utile al pensionamento; che in tale occasione gli era stata fatta firmare una modulistica per la richiesta dell'assegno straordinario, che era rimasta tuttavia incompleta del quadro D che doveva contenere l'indicazione della retribuzione e delle competenze arretrate, quadro che il Banco di Napoli avrebbe dovuto completare ed inviare all'I.N.P.S.

2. Il ricorrente riferiva, inoltre, che aveva successivamente accertato che l'importo della retribuzione su cui calcolare la contribuzione previdenziale era stato determinato in misura inferiore, avendo il B.d.N. fatto riferimento solo alle voci fisse della retribuzione contrattuale con conseguente minore accredito dei contributi previdenziali e pregiudizio per il lavoratore.

3. Chiedeva, pertanto, che fosse riconosciuto il proprio diritto a che la convenuta eseguisse i versamenti previdenziali tenendo conto dell'ultimo anno di retribuzione globale, con successivi aggiornamenti Istat, con condanna al pagamento in favore dell'I.N.P.S. delle somme dovute.

4. Il Tribunale di Salerno accoglieva in parte la domanda,

riconoscendo il diritto dell'A. al ricalcolo della contribuzione, ma non quello alla relativa rivalutazione.

5. La decisione di primo grado veniva confermata dalla Corte d'appello di Salerno con la sentenza qui impugnata.

6. La Corte territoriale richiamava una propria precedente sentenza avente ad oggetto la medesima vicenda e, disattesa l'eccezione di incompetenza territoriale, accertava che nel quadro D della domanda di erogazione dell'assegno la retribuzione media settimanale su cui calcolare i contributi era stata indicata in Euro 777,00 e che tuttavia il Banco di Napoli prima e il San Paolo dopo avevano versato all'I.N.P.S. contributi su una retribuzione settimanale di Euro 716,00, quindi in misura inferiore a quella risultante sulla domanda di assegno straordinario. Riteneva quindi che il Banco non avesse dato puntuale esecuzione ai suoi impegni, considerato il diverso importo della retribuzione indicato sulla domanda di assegno.

7. La Corte rigettava poi l'appello incidentale con cui il lavoratore aveva chiesto la rivalutazione della retribuzione annuale, argomentando che la rivalutazione non era prevista nella domanda di assegno straordinario, né nel verbale di conciliazione e comunque poteva operare con riguardo alla prosecuzione della contribuzione volontaria regolamentata dal D.Lgs. n. 184 del 1997, non applicabile alla fattispecie.

8. Avverso la sentenza I.S.P. spa (già S.P.I. spa, incorporante il B.d.N.) ha proposto ricorso, affidato a cinque motivi. A.F. ha resistito con controricorso ed ha proposto altresì ricorso incidentale affidato ad un unico motivo, cui I.S.P. spa ha resistito con controricorso e memoria ex art. 378 c.p.c.

(Omissis).

14. Come secondo motivo deduce la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 132,156,161 c.p.c., nonché dell'art. 111 Cost.

15. Il ricorrente lamenta che la Corte abbia ritenuto rilevante la retribuzione indicata nel modulo, mentre questa non aveva nessuna importanza, trattandosi di rapporto previdenziale, sicché la lite avrebbe dovuto essere risolta applicando la disciplina contenuta nel D.M. n. 158 del 2006 e del D.Lgs. n. 184 del 1997.

16. Come terzo motivo deduce la mancanza di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e la violazione dell'art. 112 c.p.c. e sostiene che erroneamente la Corte d'appello e il giudice di primo grado avrebbero ritenuto che la domanda riguardasse l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla conciliazione formalizzata con il dipendente e, quindi, una domanda di adempimento contrattuale che invece non era stata mai proposta, in quanto l'A. aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento della contribuzione prevista dalla normativa vigente.

17. Come quarto motivo deduce la violazione e falsa applicazione del D.M. n. 158 del 2000, art. 10, commi 7 e 12. Sostiene che con la sottoscrizione della transazione in sede di DPL l'A. aveva accettato l'applicazione delle disposizioni contenute nella disciplina del Fondo di solidarietà e che il dato indicato nell'allegato D al modulo compilato dal B.d.N. per accedere a detto trattamento si riferiva ad una base errata perché non determinata a stregua di legge.

18. Come quinto motivo deduce l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia avente ad oggetto l'interesse ad agire dell'A. e lamenta che la Corte abbia ritenuto che un ampliamento della base su cui calcolare la contribuzione avrebbe determinato automaticamente un ampliamento della base su cui calcolare la pensione, senza fornire alcuna motivazione.

19. A.F. ha proposto a sua volta ricorso incidentale affidato ad un motivo, con il quale deduce la violazione e falsa applicazione della L. n. 662 del 1993, art. 2, comma 28, D.M. n. 158 del 2002, artt. 1 e segg., D.Lgs. 30 aprile 1997, n. 184 e di ogni altra norma e principio in materia di contribuzione obbligatoria volontaria e figurativa. Il motivo attinge la sentenza della Corte d'appello nella parte in cui non ha riconosciuto il diritto alla rivalutazione annuale della base pensionabile.

20. Preliminarmente all'esame dei motivi posti con i ricorsi, va rilevata la nullità del giudizio per difetto di integrità del contraddittorio.

21. Come si è detto nello storico di lite, la sentenza impugnata ha confermato quella del Tribunale che aveva condannato I.S.P. spa a ricalcolare i contributi dovuti al Fondo di solidarietà in base all'ultima mensilità percepita dall'A. secondo il criterio di 1/360 della retribuzione annua per ogni giornata e a versare all'I.N.P.S. la differenza tra quelli dovuti e quelli già versati, dalla data dell'esodo alla data di maturazione del trattamento pensionistico di anzianità.

22. Non risulta, però, che l'I.N.P.S. sia mai stato chiamato in giudizio.

23. In vicenda affatto analoga alla presente questa Corte ha già avuto modo di affermare che essendo la posizione dell'I.N.P.S. "solo quella di soggetto destinatario del predetto versamento" ed in considerazione dell'autonomia dall'istituto del Fondo di solidarietà, non sarebbe nei suoi confronti configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario (Cass. n. 13874 del 7 luglio 2016 e Cass. n. 17162 del 2016, in motivazione).

24. A tale soluzione non può tuttavia essere data continuità, ostandovi argomenti logici e sistematici desumibili sia dalla natura della c.d. contribuzione correlata di cui al D.M. n. 158 del 2000, che, più in generale, dalle ricadute di ordine processuale della struttura del rapporto dedotto in giudizio.

25. Circa la natura della contribuzione correlata per i periodi di erogazione dell'assegno straordinario per il sostegno al reddito, da calcolarsi com'è noto sulla base della retribuzione di cui al D.M. n. 158 del 2000, art. 10, comma 7, questa Corte ha chiarito che si tratta di contribuzione di carattere obbligatorio: l'obbligo del Fondo di provvedere ad accreditare la contribuzione presso la gestione previdenziale di iscrizione del lavoratore costituisce infatti oggetto di una autonoma obbligazione di diritto pubblico, che deriva dalle espresse disposizioni del D.M. n. 158 del 2000, che regolano compiutamente tanto il meccanismo di accreditamento quanto la finalità della contribuzione stessa, significativamente definita "correlata" siccome obbligatoriamente rapportata alla prestazione erogata e, dunque, non subordinata, quanto al suo verificarsi, né ad alcuna preventiva autorizzazione dell'ente previdenziale, né ad alcuna

valutazione del singolo assicurato circa l'utilità che gliene possa derivare ai fini pensionistici, come invece tipicamente accade nelle ipotesi di c.d. contribuzione volontaria (Cass. n. 4433 del 2019).

26. Ciò chiarito, è evidente che la soluzione della questione relativa alla necessità o meno di un litisconsorzio con l'ente previdenziale nella controversia con cui si lamenta, da parte del lavoratore, il mancato versamento della contribuzione correlata da parte del datore di lavoro, deve risultare coerente con gli approdi ermeneutici cui questa Corte è progressivamente pervenuta per ciò che concerne la più generale questione delle parti necessarie del giudizio in cui un lavoratore chieda la condanna del proprio datore di lavoro al pagamento all'ente previdenziale dei contributi dovuti sulla propria prestazione lavorativa: e ciò indipendentemente dal fatto che, nella specie, la normativa di settore ponga formalmente a carico del Fondo il versamento all'I.N.P.S. della contribuzione correlata, trattandosi di onere che grava in ultima analisi sull'istituto di credito alle cui dipendenze ha prestato servizio il lavoratore prima dell'accesso al Fondo medesimo.

27. Al riguardo, è dato rilevare che, nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, sono coesistiti per lungo tempo due distinti orientamenti.

28. Secondo il primo di essi, la domanda con la quale il lavoratore subordinato chieda la condanna del datore di lavoro al versamento all'I.N.P.S. di contributi evasi, al fine della tutela della sua posizione assicurativa, richiede la presenza in causa dell'ente previdenziale, quale diretto interessato all'accertamento giudiziale sull'esistenza e durata del rapporto di lavoro e sulla misura della retribuzione, nonché quale destinatario del pagamento (così, tra le numerose, Cass. nn. 2452 del 1975, 2638 del 1976, 379 del 1989, 12946 del 1999).

29. Tale orientamento ha ricevuto sistemazione definitiva ad opera di Cass. S.U. n. 3678 del 2009, la quale, pronunciandosi in materia di azione promossa dal lavoratore per ottenere la costituzione della rendita vitalizia L. n. 1338 del 1962, ex art. 13, comma 5, per essersi il datore di lavoro sottratto al versamento all'I.N.P.S. della relativa riserva matematica e per il cui versamento lo stesso datore resta obbligato, ha affermato la sussistenza di un litisconsorzio necessario nei confronti dell'anzidetto datore di lavoro e dell'I.N.P.S., ravvisandone la giustificazione in considerazione del riflesso, sotto il profilo processuale, che assumono gli aspetti sostanziali rappresentati, rispettivamente, dall'interesse del lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela assicurativa (con la condanna dell'I.N.P.S. alla costituzione della rendita vitalizia e del datore di lavoro inadempiente al versamento della riserva matematica), dall'interesse dell'I.N.P.S. a limitare il riconoscimento della rendita vitalizia ai casi di esistenza certa e non fittizia di rapporti di lavoro e dall'interesse del datore di lavoro a non trovarsi esposto, ove il giudizio si svolga in sua assenza, agli effetti pregiudizievoli di un giudicato ai suoi danni a causa del riconoscimento di un inesistente rapporto lavorativo, lontano nel tempo. E, seppure senza alcun esplicito riferimento a Cass. S.U. n. 3678 del 2009, cit., analogo principio di diritto è stato affermato da Cass. n. 19398 del 2014, che, nel riconoscere la sussistenza di un interesse del lavoratore al versamento dei contributi previdenziali di cui sia stato omissa il versamento, ha bensì ammesso la possibilità che egli chieda in giudizio l'accertamento dell'obbligo contributivo del datore di lavoro, al fine di sentirlo condannare al versamento dei contributi che sia ancora possibile giuridicamente versare nei confronti dell'ente previdenziale, a condizione però che entrambi siano stati convenuti in giu-

dizio, a pena d'inammissibilità della domanda (nello stesso senso, da ult., Cass. n. 14853 del 2019).

30. Parallelemente a tale indirizzo, tuttavia, ne è coesistito per lungo tempo un altro (la cui ultima eco si può scorgere proprio in Cass. n. 17162 del 2016, dianzi cit.), che, argomentando dal rilievo secondo cui l'esigenza dell'estensione del contraddittorio a tutti i soggetti del rapporto previdenziale non sussisterebbe qualora venga in contestazione soltanto il rapporto di lavoro o qualche elemento del medesimo o ancora quando, instaurati validamente fra i soggetti interessati il rapporto di lavoro ed il rapporto previdenziale, la contestazione sia limitata al conseguimento di prestazioni derivanti dall'uno o dall'altro, ha escluso la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dell'ente di previdenza nel giudizio promosso dal lavoratore contro il datore di lavoro per la regolarizzazione della posizione assicurativa (così, tra le tante, Cass. nn. 2684 del 1973, 66 del 1984, 442 del 1986, 72 del 1998, 10377 del 2000, 3941 del 2004): e ciò sul presupposto per cui, in controversie del genere, l'esistenza e/o l'atteggiarsi del rapporto di lavoro subordinato, che rappresenta l'imprescindibile presupposto del rapporto contributivo, costituirebbe un punto pregiudiziale, risolvibile incidenter tantum dal giudice e senza efficacia di giudicato al di fuori della causa in cui l'accertamento avviene.

31. Reputa il Collegio che al primo dei due orientamenti debba qui darsi seguito, ancorché con i chiarimenti e le precisazioni che seguono.

32. Occorre in primo luogo ribadire, con Cass. n. 19398 del 2014 e Cass. n. 14853 del 2019, che la condanna a favore di terzo è istituto di carattere eccezionale, che può trovare giustificazione solo in presenza di un'espressa previsione legislativa (quali ad es. l'art. 18, commi 2 e 4, St. lav., e D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 2, comma 2 e art. 3, comma 2).

33. Ed inoltre, le medesime ragioni di ordine logico e sistematico esaminate da Cass. S.U. n. 3678 del 2009, cit., a sostegno della necessità del litisconsorzio necessario con l'ente previdenziale allorché l'azione risarcitoria abbia ad oggetto la costituzione della rendita vitalizia, debbono valere anche nel caso in cui oggetto della domanda del lavoratore sia direttamente la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore dell'ente previdenziale dei contributi omessi: fermo restando che esula dalle presenti considerazioni ogni indagine circa la configurabilità di una legittimazione straordinaria del lavoratore a sostituirsi all'ente previdenziale e di un suo interesse in concreto a farlo, si deve piuttosto aggiungere, a suffragio della necessità del litisconsorzio con l'ente previdenziale, che l'obbligo datoriale di pagare integralmente i contributi dovuti si configura

ra, nell'ambito del rapporto di lavoro, come obbligo di fare, non già come un diritto di credito ai contributi da parte del lavoratore, e che la sentenza di condanna ad un fare siffatto, oltre a non essere in alcun modo direttamente utile per il lavoratore, non avrebbe effetto alcuno verso l'ente previdenziale, stante l'indisponibilità delle obbligazioni contributive e l'indiscutibile terzietà dell'ente previdenziale medesimo rispetto al rapporto di lavoro, che gli renderebbe inopponibile qualsiasi giudicato (Cass. n. 4821 del 1999) e, prima ancora, qualsiasi interruzione della prescrizione dei contributi (Cass. n. 7104 del 1992, cit.); ed è appena il caso di ricordare che, giusta la ricostruzione di Cass. S.U. n. 3678 del 2009, cit., l'esigenza della partecipazione al processo di tutti i soggetti della situazione sostanziale dedotta in giudizio si giustifica in funzione dell'obiettivo di non privare la decisione (indipendentemente dalla sua natura di condanna, di accertamento o costitutiva) dell'unitarietà connessa con l'esperimento dell'azione proposta, ossia quando, in assenza anche di uno soltanto dei soggetti coinvolti, la sentenza risulti inidonea a produrre un qualsiasi effetto giuridico anche nei confronti degli altri: che è proprio ciò che, in assenza dell'ente previdenziale, sarebbe nella specie inevitabile.

34. In merito alle conseguenze della mancata integrazione del contraddittorio, deve rilevarsi che, per principio generale dell'ordinamento processuale, nel caso in cui la parte chieda in giudizio un bene della vita la cui attribuzione non può aver luogo senza che al giudizio partecipi un terzo non dà luogo ad un'ipotesi di inammissibilità della domanda (come ritenuto dalle già citate Cass. nn. 19398 del 2014 e 14853 del 2019), ma integra un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.: e ciò a prescindere da ogni considerazione riguardante le condizioni dell'azione o la fondatezza nel merito della domanda, che sono questioni che possono essere deliberate soltanto nel contraddittorio fra tutti gli interessati.

35. Pertanto, considerato che la nullità del giudizio per difetto di integrità del contraddittorio è rilevabile in ogni stato e grado del processo e dunque anche in questa sede di legittimità, con il solo limite del giudicato (cfr. tra le più recenti Cass. nn. 26388 del 2008, 9394 del 2017), ne deriva ex art. 354 c.p.c., la necessità di rimettere le parti avanti al primo giudice affinché provveda alla sua instaurazione ex novo, previa integrazione del contraddittorio (giurisprudenza costante fin da Cass. n. 2786 del 1963).

36. La sentenza impugnata va quindi cassata e le parti vanno rimesse avanti al Tribunale di Salerno in persona di diverso magistrato, che provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione. – *Omissis*.

Il ruolo processuale dell'I.N.P.S. nei giudizi per contributi non versati

Ornella La Tegola*

Con la sentenza che si commenta, la Cassazione riconosce l'esistenza del litisconsorzio necessario tra I.N.P.S. e datore di lavoro ogni volta che un dipendente chiede la condanna di quest'ultimo al versamento di contributi. Secondo i giudici di legittimità, infatti, l'obbligo datoriale di pagare integralmente i contributi dovuti si configura non già come un diritto di credito da parte del lavoratore, ma come un obbligo di *facere* nei confronti dell'ente previdenziale, che – se estraneo al relativo giudizio – non si potrebbe giovare di una sentenza di condanna al versamento dei contributi omessi.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

La vicenda processuale

Il dipendente di un'azienda di credito agiva in giudizio per ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento in favore del Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito, istituito presso l'I.N.P.S. dal D.M. n. 158/2000, dei contributi correlati alla retribuzione globale dell'ultimo anno di riferimento e della relativa rivalutazione, con la conseguente condanna del datore di lavoro al pagamento del dovuto in favore dell'I.N.P.S.

Il Tribunale di Salerno accoglieva in parte la domanda, riconoscendo il diritto del lavoratore al ricalcolo della contribuzione, ma non quello alla relativa rivalutazione. La decisione di primo grado veniva integralmente confermata dalla Corte d'appello di Salerno.

La società datrice di lavoro impugnava la sentenza di secondo grado articolando più motivi di gravame che, però, la Cassazione non esamina perché decide la questione sulla base di una eccezione preliminare, in verità non sollevata dal ricorrente ma rilevata d'ufficio dai giudici di legittimità. La Suprema Corte, infatti, rileva la nullità del giudizio per difetto di integrità del contraddittorio, a causa della mancata chiamata dell'I.N.P.S. sin dal primo grado di giudizio. Pertanto, cassa la sentenza impugnata e rimette le parti davanti al Tribunale di Salerno.

L'odierna pronuncia tra i diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità

La sentenza in commento consolida un orientamento della Suprema Corte affermatosi invero già con la sentenza n. 8956 del 14 maggio 2020, ripreso anche da un'altra pronuncia del 19 agosto 2020 n. 17320, e, da ultimo da Cass. civ., 22 ottobre 2020, n. 23376¹, con il quale la Corte ha ribaltato la posizione assunta dai giudici di legittimità sino a quel momento.

Bisogna precisare che fino ad oggi in giurisprudenza non c'è stato un indirizzo univoco sul punto. In passato la Corte Suprema ha affermato che, dato che il

rapporto di previdenza sociale sarebbe “uno ed unico con pluralità di parti”², la pronuncia nelle relative controversie non potrebbe essere utilmente emessa, se non nei confronti di tutti gli interessati. Le Sezioni unite, pronunciandosi in materia di azione promossa dal lavoratore per ottenere la costituzione della rendita vitalizia ex art. 13, 5° comma, L. n. 1338/1962, hanno, infatti, affermato la sussistenza del litisconsorzio necessario nei confronti del datore di lavoro e dell'I.N.P.S.³ sulla base del riflesso che, sotto il profilo processuale, assumerebbero gli aspetti sostanziali rappresentati dai diversi interessi “di tutte e tre le parti del rapporto previdenziale”: ovvero l'interesse del lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela assicurativa, poiché si chiedeva la condanna dell'I.N.P.S. alla costituzione della rendita vitalizia e del datore di lavoro inadempiente al versamento della riserva matematica; l'interesse dell'I.N.P.S. a limitare il riconoscimento della rendita vitalizia ai casi di esistenza certa e non fittizia di rapporti di lavoro; l'interesse del datore di lavoro a non trovarsi esposto, ove il giudizio si svolgesse in sua assenza, agli effetti pregiudizievoli di un giudizio ai suoi danni a causa del riconoscimento di un inesistente rapporto lavorativo o lontano nel tempo.

Tuttavia, in maniera del tutto parallela, e quindi con carattere di coesistenza, si è affermato un altro indirizzo nella giurisprudenza di legittimità, del tutto contrario e fino ad oggi costante, secondo cui “la non configurabilità di un unico rapporto previdenziale trilatero ossia intercorrente fra datore di lavoro – assicurante, lavoratore-assicurato ed ente assicuratore e, per contro, la configurazione di tre distinti rapporti bilaterali, impediscono di ravvisare il litisconsorzio necessario fra i tre soggetti ora detti, quando il lavoratore avanzi pretese di contenuto contributivo contro il datore”⁴. Viene, inoltre, precisato che “l'integrità del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. va apprezzata in relazione all'oggetto della domanda”⁵. L'I.N.P.S., quindi, rivestirebbe unicamente la posizione di destinatario del pagamento del versamento

¹ Vedile tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

² Cass. civ., 3 febbraio 1976, n. 320, in banca dati *DeJure*. Nello stesso senso, tra le tante, Cass. civ. n. 2452/1975; Cass. civ. n. 2638/1976; Cass. civ. 23 gennaio 1989, n. 379; Cass. civ., 22 novembre 1999, n. 12946, vedile tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

³ Cass. civ., Sez. un. 16 febbraio 2009, n. 3678, in *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 3, 2009, 750 con nota di A. Raffi, *Per un “giusto processo”: un revirement delle Sezioni unite sulla costituzione della rendita vitalizia ex art. 13 della l. n. 1338/1962*. Analogo principio è stato in seguito affermato dalla Suprema Corte che, nel riconoscere la sussistenza di un interesse del lavoratore al versamento dei contributi previdenziali di cui sia stato omesso il versamento, ha ammesso la possibilità che egli chieda in giudizio l'accertamento dell'obbligo contributivo del datore di lavoro, al fine di sentirlo condannare al versamento dei contributi che sia ancora possibile giuridicamente versare nei confronti dell'ente previdenziale, a condizione però che entrambi siano stati convenuti in giudizio, a pena di inammissibilità della domanda. Così Cass. civ., 15 set-

tembre 2014, n. 19398, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 30 maggio 2019, n. 14853, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

⁴ In questi termini, Cass. civ., 5 febbraio 2015, n. 2133, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. Nello stesso senso Cass. civ., 19 gennaio 1994, n. 169; Cass. civ., 23 gennaio 1998, n. 1640; Cass. civ., 7 agosto 2000, n. 10377; Cass. pen., Sez. un., 17 gennaio 2003, n. 683; Cass. civ., ord., 18 febbraio 2004, n. 3339; Cass. civ., 3 luglio 2004, n. 12213; Cass. civ., 26 luglio 2017, n. 18511. Vedile tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

Si vedano anche le sentenze citate dalla sentenza in commento, testualmente “Cass. nn. 2684 del 1973, 66 del 1984, 442 del 1986, 72 del 1998; 3941 del 2004”.

⁵ Cass. civ., 15 novembre 1991, n. 12248, in *Mass. Giur. Civ.*, 1991, fasc. 11, che ha affermato che “l'esigenza di integrità del contraddittorio va valutata in relazione all'oggetto della domanda che, sia di mero accertamento sia di condanna, va proposta unicamente nei confronti del soggetto che ha negato il diritto o che è obbligato al pagamento”. Pertanto, tra rapporto sostanziale e liti-

omesso⁶. L'eventuale intervento in giudizio dell'I.N.P.S. per il recupero dei contributi assicurativi e delle relative sanzioni civili a carico del datore di lavoro darebbe luogo, infatti, soltanto ad un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo ex art. 103 c.p.c., giustificato dal fatto che la domanda proposta dall'interventore comporterebbe una decisione che dipende dalla risoluzione delle stesse questioni proposte con la domanda del lavoratore⁷.

Orbene, la pronuncia in commento, ribadendo quanto affermato dalle precedenti sentenze n. 8956/2020 e n. 17320/2020, considera che "la sentenza di condanna ad un *facere* siffatto (ovvero l'obbligo di pagare i contributi, ndr), oltre a non essere in alcun modo utile per il lavoratore, non avrebbe effetto alcuno verso l'ente previdenziale, stante l'indisponibilità delle obbligazioni contributive e l'indiscutibile terzietà dell'ente previdenziale medesimo rispetto al rapporto di lavoro". Insomma, non solo il lavoratore, ma la stessa I.N.P.S. non potrebbe giovare di una sentenza di condanna al versamento dei contributi omessi se fosse estranea al giudizio, perciò la necessità del litisconsorzio ogni volta che il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi omessi.

La struttura del rapporto giuridico previdenziale

È proprio la struttura del rapporto giuridico previdenziale ciò che costituisce la *ratio* del mutamento dell'odierno orientamento della giurisprudenza di legittimità. Sebbene non espresso chiaramente nella sentenza che si commenta, ma ricavabile dalla prima sentenza (in ordine di tempo, ovvero la n. 8956/2020), il ragionamento della Suprema Corte si basa infatti sulla considerazione che l'obbligo contributivo e il diritto alla prestazione previdenziale non sarebbero funzionalmente collegati, considerando il rapporto contributivo autonomo da quello previdenziale. Ciò perché, come precisato da autorevole dottrina⁸, la liberazione dal bisogno⁹ corrisponde a un interesse riferibile all'intera collettività. Questo principio trova la sua massima espressione nell'art. 38 Cost. che addossa allo Stato la realizzazione del programma di tutela ivi previsto: realizzazione che costituisce un fine fondamentale dello Stato. Pertanto, la soddisfazione dei singoli non è il fine a cui tende la previdenza sociale, ma è il mezzo per raggiungere l'interesse pubblico¹⁰. In quest'ottica, l'obbligazione di versare i contributi e quella di erogare prestazioni previdenziali non sono obbligazioni corrispettive¹¹, non solo perché "non c'è equivalenza del contributo rispetto alle

sconsorzio necessario si inserisce un tramite rappresentato dalla domanda delle parti e dal modo in cui essa deduce il *petitum* nella sua consistenza obiettiva e subiettiva.

⁶ Tra le altre Cass. civ., 18 giugno 2016, n. 17162, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

Ne consegue così la carenza di interesse in capo all'ente previdenziale all'accertamento del rapporto di dipendenza, il quale costituisce solo il presupposto del maggior obbligo contributivo. Infatti, la controversia, inerendo direttamente al rapporto di lavoro come presupposto che condiziona il rapporto previdenziale, implica un accertamento con forza di giudicato solo con riferimento alla prima relazione giuridica, mentre le conseguenze riflesse sul rapporto assicurativo possono essere risolte *incidenter tantum*. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 10 luglio 1991, n. 7608, in *Mass. Giur. Civ.*, 1991, fasc. 7; Cass. civ., 11 giugno 1987, n. 5124, in *Mass. Giur. Civ.*, 1987, fasc. 6. Da ciò risulterebbe insussistente la necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti dell'I.N.P.S., anche quando la controversia ha ad oggetto l'accertamento dell'omessa o insufficiente contribuzione con conseguente domanda di condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi (in questo senso, tra le tante, cfr. Cass. civ., 10 gennaio 1994, n. 169, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>), o quando il lavoratore chieda la condanna del datore di lavoro al pagamento di un importo pari alla riserva matematica necessaria per la rendita vitalizia, a meno che il lavoratore non ne richieda la costituzione presso l'I.N.P.S. ex art. 13, L. 12 agosto 1962, n. 1338 (in questo senso Cass. civ., 16 ottobre 1986, n. 6070; Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3782. Giunge alle medesime conclusioni anche Cass. civ., 22 novembre 1999, n. 12946. Vedile tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>).

⁷ In questo senso cfr. Cass. civ., 14 giugno 1990, n. 5802, in *Mass. Giur. Civ.*, 1990, fasc. 6; Cass. civ., 19 maggio 1990, n. 4557, in *Mass. Giur. Civ.*, fasc. 5.

⁸ M. Persiani, M. D'Onghia, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2020, 87. Nello stesso senso R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, 280. In dottrina, tuttavia, vi è chi sostiene che il rapporto giuridico previdenziale si costituisce simultaneamente a quello contributivo al verificarsi delle condizioni che determinano il sorgere dell'obbligo

di versare i contributi previdenziali. Il rapporto giuridico previdenziale viene quindi configurato come rapporto complesso (per via della pluralità delle relazioni che si manifestano all'interno di quel rapporto) ma unitario (per l'interdipendenza esistente fra quelle relazioni). Questa interpretazione, però, sconta la matrice assicurativa del diritto della previdenza sociale, ovvero l'origine contrattuale delle forme protettive sociali e, infatti, ritiene che tra l'obbligazione contributiva e quella di erogare le prestazioni previdenziali intercorra una relazione di sinallagmaticità. Il rapporto giuridico previdenziale sarebbe, pertanto, unico e trilaterale in quanto comprensivo di un assicurato (il lavoratore subordinato), di un assicurante (il datore di lavoro) e di un ente assicuratore (l'ente previdenziale). Sulla concezione tradizionale della previdenza sociale cfr., almeno, L. Barassi, *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo*, in *Arch. Studi Corp.*, 1932, 159; Donati, *Il rapporto giuridico delle assicurazioni sociali*, in *Dir. Lav.*, 1950, I, 1 Per una ricostruzione dei due orientamenti cfr. M. Cinelli, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, I, 156; Id., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, 16.

⁹ Principio che è sancito dall'art. 3 c. 2 Cost. e declinato in altre disposizioni costituzionali come gli artt. 4, 24, 31, 32, 38 Cost.

¹⁰ Sicché, l'obbligazione dell'ente previdenziale di pagare le prestazioni si realizza solo quando si verificano gli eventi dai quali deriva la situazione di bisogno per i soggetti protetti, ovvero, nelle ipotesi in cui non trova piena attuazione il principio dell'automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 c.c., sia possibile verificare l'esistenza dei requisiti di contribuzione, e cioè sia possibile vantare un determinato numero di contributi previdenziali versati entro un certo periodo di tempo. Sul principio dell'automaticità delle prestazioni vd., tra i tanti, M. Miscione, *L'automaticità delle prestazioni*, in *Dir. Lav.*, 1987, 355; G. Canavesi, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, 465; M. D'Onghia, *Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato: un eloquente riconoscimento giurisprudenziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 1114.

¹¹ Quindi, al verificarsi delle situazioni oggettive e soggettive che determinano l'obbligo di pagare i contributi, "sorge esclusi-

probabilità che si verifichi il rischio protetto (...) bensì per il motivo fondamentale che ambedue le obbligazioni considerate sono imposte unicamente ed immediatamente per la soddisfazione di un interesse pubblico”¹².

Sul piano processuale tutto ciò comporta che, essendo il rapporto giuridico previdenziale un servizio pubblico, la partecipazione dell’ente previdenziale al processo non è affatto necessaria ma dipende dall’oggetto della domanda del giudizio¹³, ovvero, come vedremo, è suggerita da ragioni di opportunità.

Il litisconsorzio necessario

Come noto, l’art. 102 c.p.c. dispone che “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo”. Si ha, quindi, litisconsorzio necessario quando il rapporto sostanziale che forma oggetto della controversia è unico rispetto a più soggetti¹⁴ (c.d. rapporto plurisoggettivo), nel quale, quindi, i nessi fra i diversi soggetti, e tra loro e l’oggetto comune, costituiscono un insieme unitario, con la conseguenza che la decisione deve essere pronunciata nei confronti di tutti i soggetti legittimati perché altrimenti sarebbe *inutiliter data*¹⁵. Invero, non sempre è possibile riscontrare la regola del rapporto plurisoggettivo nelle ipotesi specifiche di litisconsorzio necessario individuate dalla legge, in quanto alcune volte la legge introduce la necessità del litisconsorzio per ragioni di semplice opportunità¹⁶. Ciò perché, l’art. 102 c.p.c.

non individua i casi di litisconsorzio necessario ma solo gli effetti di quest’ultimo: la necessità del litisconsorzio deriva quindi dal dato della tutela richiesta. In altre parole, il litisconsorzio necessario sussiste in quanto l’attore abbia realmente e concretamente bisogno che la sentenza produca effetti nei confronti del terzo, per raggiungere ciò che egli vuole¹⁷. Ed è proprio questo, come vedremo, il caso individuato dalla sentenza in commento. Come precisato, infatti, dalla sentenza che ha dato origine all’odierno orientamento, “per principio generale dell’ordinamento processuale, il caso in cui la parte chieda in giudizio un bene della vita la cui attribuzione non può aver luogo senza che al giudizio partecipi un terzo non dà luogo ad un’ipotesi di inammissibilità della domanda, (...), ma integra viceversa un’ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.”¹⁸.

Sul piano processuale, si verifica che il giudice, qualora accerti che si verta in un’ipotesi di litisconsorzio necessario e rilevi la non integrità del contraddittorio¹⁹, deve ordinarne l’integrazione all’attore²⁰, al fine di evitare di pronunciare una sentenza inidonea a produrre effetti, proprio come ha operato la sentenza in commento.

La recente presa di posizione della Suprema Corte

Nel recente orientamento, quindi, i giudici di legittimità fanno discendere la necessità del litisconsorzio dalle conseguenze in termini processuali della ricostruzione del rapporto giuridico previdenziale come

vamente il diritto dell’ente previdenziale ai contributi”, così M. Persiani-M. D’Onghia, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 87.

¹² È certo, infatti, che il rapporto previdenziale si costituisce automaticamente, al momento in cui si verifica la situazione di fatto che giustifica il sorgere dell’obbligo contributivo, poiché la tutela assicurativa non è disponibile. Invero, è obbligatoria e ciò per via della sua rilevanza pubblicistica. Al più può essere riconosciuto un rapporto di strumentalità tra l’obbligo di versare i contributi e quello di erogare le prestazioni previdenziali, in quanto i contributi previdenziali sono imposti per reperire i mezzi necessari al soddisfacimento dell’interesse pubblico connesso alla realizzazione della tutela previdenziale, sicché risulta irrilevante per la ricostruzione in termini giuridici del sistema come o con quale mezzo vengono reperiti (p.e. con l’imposizione fiscale o di contributi). Sul punto, per maggiori approfondimenti, vd. M. Persiani-M. D’Onghia, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 87.

¹³ Ciò perché, secondo questo diverso (e più convincente) orientamento, il rapporto giuridico previdenziale è un “complesso di rapporti” variamente collegati dove, intorno alla relazione fondamentale tra ente previdenziale e soggetto protetto avente come contenuto il diritto di quest’ultimo alle prestazioni previdenziali, si raggruppano altre relazioni bilaterali del tutto autonome e distinte dalla prima.

¹⁴ La dottrina processualista afferma infatti che il litisconsorzio necessario è un corollario della regola della legittimazione ad agire, cfr. G. Costantino, *Contributi allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979; F.P. Luiso, *Ancora sul litisconsorzio necessario nelle cause di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1439 e segg.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2003, 206; G. Costantino, voce “Litisconsorzio”, in *Il diritto-Encl. Giur.*, IX, Milano, 2007, 191.

¹⁵ Il rispetto dell’integrità del rapporto condiziona, pertanto, anche una sola vicenda giuridica del rapporto medesimo, per via dell’interdipendenza tra le posizioni che si viene a creare a seguito del provvedimento giurisdizionale, determinando la necessaria partecipazione al giudizio di tutti i suoi titolari. Cass. civ., 8 marzo 1977, n. 957, in *Mass. Giust. Civ.*, 1977, 409; Cass. civ., 12 aprile 1980, n. 2330, *Mass. Giust. Civ.*, 1980, 1016; Cass. civ., 24 maggio 1978, n. 2615, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 1619 con nota di Finocchiaro.

¹⁶ Il litisconsorzio per ragioni di opportunità si ha quando non ci sono le caratteristiche del rapporto dedotto in giudizio.

quindi non è un rapporto unico ed inscindibile, né motivi di sostituzione processuale che impongono litisconsorzio necessario, però il legislatore nell’ambito della sua discrezionalità lo prevede. Ad esempio, ciò accade nell’azione diretta proposta dal danneggiato nei confronti dell’assicurazione del danneggiante. In questo caso il legislatore prevede che partecipi al processo anche l’assicurato. Infatti, il rapporto tra assicurato e assicuratore e tra assicurato e danneggiato si pongono come questioni pregiudiziali rispetto al diritto del danneggiato a essere pagato direttamente dall’assicurazione del danneggiante e sulle questioni pregiudiziali ben si potrebbe decidere con efficacia *incidenter tantum* senza dunque dover imporre la chiamata in giudizio del litisconsorte però il legislatore per giungere ad un accertamento unitario del rapporto preferisce che vi sia litisconsorzio necessario appunto per ragioni di opportunità.

¹⁷ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, 1997, I, 274.

¹⁸ Così Cass. civ., 14 maggio 2020, n. 8956, cit.

¹⁹ Il difetto d’integrità del litisconsorzio necessario è rilevabile, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del processo.

²⁰ D. Dalfino, *Il procedimento di primo grado*, in AA.VV., *Processo del lavoro*, Milano, 2017, collana Lavoro diretto da P. Curzio, L. Di Paola, R. Romei, qui 150.

autonomo rispetto a quello contributivo²¹ e dai riflessi che tali conseguenze avrebbero sul diritto alle prestazioni previdenziali dei lavoratori. In altre parole, la Suprema Corte, separando il piano sostanziale da quello processuale, fa derivare la necessità del litisconsorzio non già dal rapporto sostanziale sotteso, bensì dalla natura giuridica dei contributi obbligatori²² previdenziali. La questione è ben descritta nella sentenza “capostipite” del mutato orientamento della Corte di cassazione, ovvero la n. 8956 del 14 maggio 2020, dove si afferma che i contributi previdenziali obbligatori “partecipano della natura delle obbligazioni pubbliche, equiparabili a quelle tributarie a causa dell’origine legale e della loro destinazione a beneficio di enti pubblici per l’espletamento delle loro funzioni sociali”²³. La qualità di “imposte speciali”²⁴ dei contributi previdenziali comporta che il lavoratore, in caso di omissione di pagamento da parte del datore di lavoro, può solo denunciare l’accaduto all’ente previdenziale affinché quest’ultimo ponga in essere tutte le azioni necessarie per esigerne il pagamento da parte del datore di lavoro. Infatti, in coerenza con l’autonomia del rapporto contributivo rispetto a quello previdenziale, è escluso che il lavoratore possa agire in giudizio per costringere gli enti previdenziali all’azione di recupero dei contributi omessi²⁵, essendo ad egli attribuito solo il rimedio previsto dall’art. 2116 c.c., e la facoltà di richiedere all’I.N.P.S. la costituzione della rendita vitalizia ex art. 13, L. n. 1338/1962, pari alla quota di pensione che sarebbe spettata in relazione ai contributi omessi²⁶. Per usare le parole della Cassazione nella sentenza n. 8956/2020, “ammettendo un’azione del genere (cioè la sostituzione processuale, ndr), si verrebbe a confondere l’indubbio

interesse di fatto che il lavoratore possiede rispetto al regolare svolgimento del rapporto contributivo con una situazione soggettiva di diritto avente ad oggetto i contributi obbligatori, rispetto ai quali, viceversa, nessuna contitolarità egli può vantare”²⁷. Infatti, non è possibile che il lavoratore possa sostituirsi all’ente previdenziale per ottenere una condanna del datore di lavoro a pagare i contributi medesimi, poiché, come noto, l’art. 81 c.p.c. stabilisce che, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, non è consentito a nessuno di far valere processualmente in nome proprio un diritto altrui.

Come precisato dai giudici di legittimità²⁸, la stessa azione per la regolarizzazione del rapporto contributivo²⁹ costituirebbe una *species* dell’azione risarcitoria che al lavoratore spetta ex art. 2116, 2° comma, c.c. per il caso in cui il datore di lavoro abbia omesso il pagamento dei contributi previdenziali e dall’omissione gli sia derivato un danno. Tale *species* sarebbe tuttavia contraddistinta dalla peculiarità che, invece di una domanda risarcitoria a proprio favore, il lavoratore formulerebbe una domanda di condanna al pagamento dei contributi a beneficio dell’ente previdenziale, quale misura finalizzata alla rimozione del danno. Nella sentenza n. 8956/2020, la Suprema Corte, infatti, ha precisato che, in caso di accoglimento della domanda risarcitoria, la condanna dovrebbe essere limitata al pagamento dei contributi per i quali non sia intervenuta la prescrizione³⁰, ancorché quest’ultima non sia stata eccepita in giudizio, stante il divieto di ordine pubblico di effettuare versamenti a regolarizzazione di contributi prescritti³¹, e che a tale condanna sarebbe estranea la previsione dell’art. 429

²¹ Questa conclusione non è espressa chiaramente dalla sentenza in commento ma è evidente nella sentenza n. 8956/2020, cit., che invece afferma espressamente l’autonomia del rapporto contributivo rispetto a quello previdenziale.

²² L’obbligatorietà della contribuzione correlata è l’altro motivo, insieme con le ricadute di ordine processuale della struttura del rapporto dedotto in giudizio, alla base della decisione del litisconsorzio necessario. Confermando, infatti, il proprio orientamento, la Suprema Corte riscontra la natura obbligatoria della contribuzione correlata per i periodi di erogazione dell’assegno straordinario per il sostegno al reddito, in quanto “obbligatoriamente rapportata alla prestazione erogata e, dunque, non subordinata, quanto al suo verificarsi, né ad alcuna preventiva autorizzazione dell’ente previdenziale né tampoco ad alcuna valutazione del singolo assicurato circa l’utilità che gliene possa derivare ai fini pensionistici, come invece tipicamente accade nelle ipotesi di c.d. contribuzione volontaria”. Nello stesso senso Cass. civ., 14 febbraio 2019, n. 4433, in www.italgiure.giustizia.it.

²³ Nello stesso senso cfr. Cass. civ., Sez. un. 27 giugno 2002, n. 10232, in banca dati *Juris Data*, secondo cui “la specifica destinazione dei contributi I.N.P.S. di malattia non esclude né il fondamento solidaristico né la natura tributaria, o se si vuole parafiscale di quei contributi e quindi l’indisponibilità del relativo obbligo ad opera di negozi giuridici di diritto privato”. Quindi “l’articolo 6, secondo comma, legge 138/43, che esonera l’I.N.P.S. dal pagamento dell’indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l’obbligo di contribuzione previdenzia-

le a favore dell’I.N.P.S.”. Vd., pure, in questo senso, Cass. civ. n. 2130 del 29 gennaio 2018, in www.italgiure.giustizia.it.

²⁴ Nel senso che sono “contributi che pur essendo giuridicamente delle imposte presentano, rispetto a queste, caratteristiche particolari: colpiscono solo determinate categorie o gruppi di persone; il loro provento ha una particolare destinazione, alla quale i soggetti obbligati possono avere un particolare interesse senza, però, che l’obbligazione tributaria sia commisurata al vantaggio del contribuente”, così M. Persiani-M. D’Onghia, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 59.

²⁵ In questo senso Cass. civ., 26 maggio 2000, n. 6911, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

²⁶ Così Cass. civ., 7 dicembre 2005, n. 26990, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

²⁷ Nello stesso senso Cass. civ., del 10 giugno 1992, n. 7104, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

²⁸ Cass. civ., 14 maggio 2020, n. 8956, cit.

²⁹ Azione che la giurisprudenza di legittimità ammette possa verificarsi anche in costanza di rapporto di lavoro e perfino anteriormente alla prescrizione dei contributi. Cfr. Cass. civ., 7 dicembre 2005, n. 26990, cit.; Cass. civ., 7 febbraio 2018, n. 2964, entrambe in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>., oltre alle sentenze citate dalla sentenza in commento, testualmente “Cass. n. 3747 del 1974; Cass. n. 1179 del 2015, sulla scorta di Cass. n. 26990 del 2005”.

³⁰ Cfr. Cass. civ. n. 18 febbraio 1991, n. 1703, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

³¹ Tra le tante, Cass. civ., 18 febbraio 1991, n. 1703, cit., e, da ultimo, Cass. civ., 14 maggio 2020, n. 8956, cit.

c.p.c., trattandosi di somme di cui il creditore non è il lavoratore, ma è l'ente previdenziale³².

Orbene, come pure precisato dalla sentenza in commento, l'obbligo datoriale di pagare integralmente i contributi dovuti si configura, nell'ambito del rapporto di lavoro, non già come un diritto di credito ai contributi da parte del lavoratore, ma come un obbligo di *facere* del datore di lavoro nei confronti dell'ente previdenziale. Ciò significa che la condanna del datore di lavoro a pagare non avrebbe effetto verso l'ente previdenziale, "stante l'indisponibilità delle obbligazioni contributive e l'indiscutibile terzietà dell'ente previdenziale medesimo rispetto al rapporto di lavoro, che gli renderebbe inopponibile qualsiasi giudicato (...) e, prima ancora, qualsiasi interruzione della prescrizione dei contributi (...)". Pertanto, "l'esigenza della partecipazione al processo di tutti i soggetti della situazione sostanziale dedotta in giudizio si giustifica in funzione dell'obiettivo di non privare la decisione (...) dell'unitarietà connessa con l'esperimento dell'azione proposta, ossia quando, in assenza anche di uno soltanto dei soggetti coinvolti, la sentenza risulti inidonea a produrre un qualsiasi effetto giuridico anche nei confronti degli altri: che è proprio ciò che, in assenza dell'ente previdenziale, sarebbe nella specie inevitabile".

Così pronunciando, la Suprema Corte estende la portata della pronuncia a Sezioni unite n. 3678/2009 che aveva affermato il litisconsorzio necessario con l'ente previdenziale quando l'azione risarcitoria promossa dal lavoratore ha ad oggetto la costituzione della rendita vitalizia, per ricomprendervi tutti i giudizi promossi dal lavoratore per il riconoscimento dei contributi omessi. Una simile posizione processuale

necessaria dell'I.N.P.S. sarebbe, pertanto, a vantaggio del lavoratore che per questa via sarebbe tutelato, da un lato, contro l'inerzia dell'I.N.P.S. nel caso in cui non dia seguito alla denuncia di omissione contributiva fatta dal lavoratore, dall'altro lato contro la prescrizione dei contributi non versati. Infatti, con riferimento al periodo prescritto, come noto, l'istituto previdenziale non è più titolare del credito contributivo³³, mentre in capo al lavoratore rimane il diritto al risarcimento del danno³⁴ ai sensi del citato art. 2116 c.c. Appunto, il lavoratore può agire contro il datore di lavoro per l'inadempimento dell'obbligazione contributiva derivante dal contratto di lavoro³⁵. Sicché, quella individuata da ultimo dalla Suprema Corte rientrerebbe nel *genus* dell'azione *ex art. 2116, c. 2 c.c.*, giammai nella condanna a favore di terzo che invece è istituto di carattere eccezionale, che può trovare giustificazione solo in presenza di un'espressa previsione legislativa³⁶.

Conclusioni

Orbene, la sentenza in commento conferma un principio che a ben vedere tutela il lavoratore dalle conseguenze negative delle omissioni contributive del datore di lavoro soprattutto nei casi in cui l'I.N.P.S. non si attivi nel recupero delle somme dovute. È vero, infatti, che il principio dell'automaticità delle prestazioni stabilisce che le prestazioni previdenziali sono dovute al prestatore di lavoro anche quando l'imprenditore non abbia versato regolarmente i contributi dovuti (cfr. art. 2116 c.c.)³⁷, ma è anche vero che il rapporto di lavoro e quello previdenziale sono distinti tra loro³⁸ e, per questa via, il bene richiesto dal lavoratore al datore di lavoro nell'ambito del rapporto di

³² Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15278, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, e, da ultimo, Cass. civ., 14 maggio 2020, n. 8956, *cit.*

³³ L'I.N.P.S., infatti, non può neanche accettare l'eventuale versamento dei contributi prescritti da parte del datore di lavoro. Tuttavia, nel caso in cui il datore di lavoro sia assoggettato a procedure concorsuali, l'intervenuta prescrizione dei contributi non costituisce un limite all'applicabilità del principio dell'automaticità delle prestazioni. In questo caso, infatti, il lavoratore interessato può richiedere che ai fini del diritto e della misura della prestazione vengano considerati come versati i contributi omessi o prescritti (cfr. art. 3, D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80), sempre che non vi sia stata costituzione di rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13, L. 12 agosto 1962, n. 1338, e il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto all'esito delle procedure concorsuali.

³⁴ Cass. civ., 11 marzo 2002, n. 11842, in *Mass. Foro It.*, 2002 che ha precisato che l'azione risarcitoria può essere esercitata anche prima che si siano realizzati tutti i presupposti di fattispecie del diritto alla prestazione previdenziale, essendo sufficiente soltanto la prescrizione dell'obbligo contributivo.

³⁵ In altre parole, si tratta di un'azione di risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale, poiché l'obbligo della contribuzione sorge come effetto del contratto di lavoro. Il risarcimento, come noto, può avvenire condannando il datore di lavoro al pagamento di una somma di denaro direttamente nei confronti del lavoratore, ovvero tramite costituzione di una rendita sostitutiva della perdita del trattamento conseguente all'omissione contribu-

tiva *ex art. 13, L. 12 agosto 1962, n. 1338*. La stessa azione promossa dal lavoratore per condannare il datore di lavoro al pagamento della riserva matematica per la rendita vitalizia costituisce infatti azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2126 c.c. (così Cass. civ., 22 novembre 1999, n. 12946, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 27 marzo 1998, n. 3273, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 684).

³⁶ Quali ad esempio le previsioni di cui all'art. 18, commi 2° e 4°, St. lav., e agli artt. 2, 2° comma, e 3, 2° comma, D.Lgs. 23/2015.

³⁷ Principio, quest'ultimo, che come noto, informa l'attuale ordinamento previdenziale ed è immediatamente operativo (cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2001, n. 1460, in *Foro It.*, 2001, I, 2265, con riferimento al fondo di previdenza per il personale di volo gestito dall'I.N.P.S. *Contra*, in precedenza, Cass. civ., 7 aprile 1992, n. 4236, in *Inf. Prev.*, 1992, 787). In linea con quanto previsto dall'art. 2116 c.c., secondo cui il principio di automaticità può conoscere dei temperamenti da parte di norme di legge, la Corte Costituzionale ha precisato che opera anche qualora le leggi relative alle singole forme di assicurazione sociale non vi si adeguino, potendo essere ammissibili deroghe solo se espresse (cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 374. Su cui Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, 394).

³⁸ Insomma, "pur essendo il rapporto di lavoro e quello previdenziale connessi, rimangono, comunque, rapporti diversi ed in siffatte controversie l'accertamento con forza di giudicato è chiesto solo con riferimento al rapporto previdenziale per le obbliga-

lavoro, anche se ottenuto con sentenza del giudice, non sarebbe opponibile all'I.N.P.S. proprio perch  non partecipe del rapporto sostanziale.

In altre parole, la separazione tra piano sostanziale e piano processuale consente alla Corte di cassazione di giungere alla conclusione del litisconsorzio necessario. La necessit  del litisconsorzio discenderebbe, quindi, non da una supposta unitariet  del rapporto giuridico previdenziale, che invece viene negata, ma proprio dalle conseguenze di ordine processuale derivanti dalla distinzione sul piano sostanziale tra rapporto contributivo e rapporto previdenziale. Il litisconsorzio necessario oggi evidenziato nella sentenza in commen-

to sembra, infatti, il punto di approdo di un ragionamento sugli spazi (ridotti o nulli) di intervento che ha il lavoratore in caso di accertata omissione contributiva del datore di lavoro che non adempie spontaneamente alla condanna giudiziale e di inerzia dell'ente previdenziale (o d'inefficacia dell'azione da quest'ultima proposta) a seguito di denuncia del lavoratore. Appare questo il motivo per il quale la Cassazione ritiene doveroso coinvolgere l'I.N.P.S. sin dall'inizio della vicenda processuale, cos  realizzando uno strumento di tutela del lavoratore, stavolta processuale³⁹, che non   alternativo, ma si affianca, al principio di automaticit  delle prestazioni⁴⁰.

zioni che ne derivano". Cos  Cass. civ., 14 gennaio 1989, n. 149, in *Inf. Prev.*, 1989, 668; in senso conforme Cass. civ., 15 novembre 1991, n. 12248, in *Mass. Giur. Civ.*, 1991, fasc. 11; Cass. civ., 12 febbraio 1987, n. 1557, in *Mass. Giur. Civ.*, 1987, fasc. 2.

³⁹ Sebbene, almeno nel medio periodo, questo nuovo orientamento comporter  un aggravio di costi per il lavoratore che deve ricominciare il giudizio dal primo grado (oltre al sovraccarico dei ruoli dei giudici, che   una circostanza che a sua volta potrebbe

incidere sui tempi della giustizia).

⁴⁰ Principio che, come noto,   si in grado di correggere le distorsioni che possono derivare dalla separazione tra rapporto di lavoro e rapporto previdenziale, ma non di tutelare il lavoratore nel caso in cui l'ente previdenziale resti inerte rispetto all'onere di agire per recuperare le somme dovute a titolo di contribuzione obbligatoria dal datore di lavoro.

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti e Mariano Protto

con Roberto Caranta e Marco Sica

Responsabilità della p.a.

Consiglio di Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237 – Pres. Greco – Est. Manzione – A. S.r.l., in proprio e quale capogruppo della A.T.I. con la Società E. S.r.l. (avv.ti Galletti e Gennaro) – Com. di Bordighera (avv.ti Manzi e Piciocchi).

Amministrazione pubblica – Procedure di gara – Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante – Annullamento dell’aggiudicazione

Anche ai soggetti pubblici – sia nell’ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell’ambito di vere e proprie procedure di gara – si applica l’obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell’art. 1337 c.c.; occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati; la buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l’obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell’eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito.

Amministrazione pubblica – Procedure di gara – Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante – Annullamento dell’aggiudicazione

Nell’ambito di una procedura di evidenza pubblica, è con l’aggiudicazione definitiva che certamente può sorgere in capo al partecipante alla gara un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, tale da legittimarlo a dolersi, facendo valere la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione, del “recesso” ingiustificato dalle trattative che la stessa abbia posto in essere attraverso l’esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Beninteso, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara può essere astrattamente idoneo – in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto – ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, ma solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l’incontestato punto di approdo.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Annullamento dell’aggiudicazione e responsabilità precontrattuale

Il caso concreto. La vertenza trae origine dall’aggiudicazione dell’appalto per la realizzazione di un parcheggio e sistemazione della sovrastante piazza a un’associazione temporanea di imprese da parte di un Comune. Consegnati in via d’urgenza i lavori, senza sottoscrivere il contratto, la stazione appaltante ha sospeso il cantiere dapprima per imminenza delle festività natalizie e, successivamente, per supposta carenza di alcuni documenti. Nelle more della sospensione, il Comune ha altresì avviato un procedimento di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione per sopravvenuta revoca della certificazione SOA di una delle componenti dell’ATI. Detto procedimento non è stato tuttavia concluso a seguito della trasmissione di una nuova certificazione SOA.

Nel frattempo, accogliendo il ricorso proposto dal secondo classificato, il T.A.R. ha annullato l’aggiudicazione della gara ritenendo che il Comune avesse ammesso alla selezione anche aziende prive dei requisiti prescritti con riferimento al subappalto e, conseguentemente, alterando la base di calcolo della soglia di anomalia.

L’originaria aggiudicataria, non avendo più la possibilità di dare esecuzione all’appalto, ha dunque chiesto al Comune il risarcimento del danno che avrebbe subito a titolo di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale per (a) mancato utile, calcolato nella percentuale del 10 % dell’offerta; (b) spese generali pari al 15 % dell’offerta rapportato al tempo intercorso tra l’aggiudicazione e il suo annullamento in sede giurisdizionale; (c) danno curriculare, calcolato equitativamente nel 5 % dell’offerta; (d) per perdita di chance durante il periodo di sospensione dei lavori, nei limiti della quarta parte del mancato utile; (e) per spese vive sostenute e documentate.

Il T.A.R. adito ha respinto integralmente la domanda di risarcimento sul presupposto che l’intervenuto annullamento dell’aggiudicazione avrebbe fatto venire meno retroattivamente qualunque tipo di affidamento tutelabile alla stipula del contratto di appalto e, con-

seguentemente, qualsivoglia responsabilit  in capo al Comune.

La responsabilit  precontrattuale della p.a. La decisione del Consiglio di Stato si inserisce dunque nell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla possibilit  di ritenere che anche i soggetti pubblici, nella fase che antecede la stipula di un contratto di diritto privato, siano tenuti ad osservare i doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e incorrano nelle relative responsabilit  in caso di violazione degli stessi.

La dottrina   pressoch  univoca nel ritenere ragionevole che le regole, a cui deve sottostare il privato nel negoziare un contratto, si applichino anche alla pubblica amministrazione (si veda per esempio Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio, *Responsabilit  precontrattuale – evoluzioni sulla responsabilit  precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, 8-9, 1963) e che tale dovere di correttezza e buona fede debba essere osservato, indistintamente, in tutte le fasi della selezione del contraente privato da ritenersi, *tout court*, "trattative" rilevanti ai sensi dell'art. 1337 cit. (Angelica Passarella, *Responsabilit  precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di pirro?* in *Contratti*, 2014, 2, 146).

Anche in giurisprudenza   condivisa la possibilit  che l'art. 1337 c.c. trovi applicazione al rapporto tra amministrato e p.a. che antecede l'appalto ma si discute in ordine a quale sia il momento procedimentale in cui dette previsioni vengano in rilievo e cio  il momento in cui si possa ritenere che la p.a. stia effettuando delle vere e proprie trattative idonee ad ingenerare un affidamento meritevole di tutela in capo al potenziale *partner* privato.

Appare ormai acclarato che la volont  negoziale del contraente pubblico si forma progressivamente, attraverso un complesso procedimento che, in linea generale, prende avvio addirittura nella fase di programmazione per poi estrinsecarsi nella determinazione a contrarre e svolgersi pienamente nell'esperienza della procedura ad evidenza pubblica che conduce all'individuazione del soggetto con il quale stipulare il contratto.

Tuttavia, secondo alcuni precedenti, nella fase pubblicitaria preordinata alla formale individuazione dell'appaltatore non vi sarebbe spazio per l'applicazione dell'art. 1337 c.c. perch  i presupposti dello "svolgimento delle trattative" della "formazione del contratto" – a cui la disposizione fa riferimento – sussisterebbero solo a partire dall'aggiudicazione della commessa e non prima (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 marzo 2017, n. 515 in *www.giustizia-amministrativa.it*). In tal senso, "solo con l'aggiudicazione definitiva pu  dirsi sorto un affidamento meritevole di tutela e risarcibile a titolo di responsabilit  precontrattuale. In questa prospettiva diviene pertanto fondamentale il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a

quella definitiva, giacch  la prima, stante il suo carattere meramente interinale e non conclusivo di questo provvedimento, non   idonea a configurare alcun affidamento sull'esito positivo della procedura di gara. Quindi, l'ipotesi tipica di responsabilit  precontrattuale dell'amministrazione   quella in cui quest'ultima, dopo avere definitivamente aggiudicato una gara, decida di ritirarla in autotutela o comunque non addivenga alla stipula del contratto" (Cons. di Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Altro e pi  diffuso orientamento ritiene invece che non vi siano ragioni per limitare la responsabilit  contrattuale alla sola fase successiva all'aggiudicazione perch  tutti gli atti assunti nel corso della procedura di gara (anche la pubblicazione del bando) possono risultare, ove ne ricorrano i presupposti di legge, astrattamente idonei a indurre il concorrente a confidare nella possibilit  di stipulare il contratto di appalto (orientandone conseguentemente le decisioni imprenditoriali) e, quindi, a far sorgere in capo alla p.a. le potenziali conseguenti responsabilit  (cfr. Cons. di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 in *www.giustizia-amministrativa.it*; per un commento si veda anche, Francesca Trimarchi Banfi, *La responsabilit  dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corriere Giur.*, 2018, 12, 1547; pi  di recente Cons. giust. amm. Sicilia, 16 marzo 2020, n. 160; TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, 11 febbraio 2020, n. 44 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Secondo tale approccio interpretativo, infatti, la responsabilit  della pubblica amministrazione per la propria condotta nella fase precontrattuale sorgerebbe a prescindere (o comunque non necessariamente per conseguenza diretta) dall'emanazione di un provvedimento e/o dall'assunzione di un atto illegittimo nell'esercizio di un potere. Il dovere di comportarsi secondo buona fede, infatti, risulterebbe una declinazione del pi  ampio e generale dovere di correttezza che deve informare l'azione della p.a. ogni qualvolta intercetta la sfera giuridica dell'amministrato, in ossequio, al principio generale del *neminem laedere* o delle regole che sovrintendono alla cosiddetta responsabilit  "da contatto sociale" (A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilit  precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 1130 e segg.).

Pi  in particolare, nella relazione che intercorre tra p.a. e potenziale contraente prima della stipula del contratto, si dovrebbe poter distinguere, almeno in linea teorica, (i) un rapporto propriamente pubblicitario che presuppone l'esercizio del potere (dunque provvedimento amministrativo) e interesse legittimo, regolato dal principio di legalit , e (ii) un rapporto privatistico precontrattuale che interessa il diritto soggettivo all'integrit  patrimoniale dell'operatore economico presidiato dal dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. a cui sono assoggettati –in linea

teorica— tutti i comportamenti delle parti (se effettivamente lesivi rispetto al bene tutelato dalla norma) sin dal loro primo incontro.

Naturalmente, posto che tipicamente gli atti di una stazione appaltante presentano entrambe le componenti, si tratta di una distinzione tutt'altro che esatta e non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto che la violazione dell'obbligo di correttezza coincidesse con l'illegittimità stessa degli atti gara (Cons. di Stato, Sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027; in termini Sez. IV, n. 4674/2014 entrambi in *www.giustizia-amministrativa.it*).

La decisione del Consiglio di Stato. Con la decisione in commento, il Consiglio di Stato pare aver condiviso, in linea di principio, l'assunto secondo cui le regole di correttezza e buona fede attengono non tanto (o solo specificamente) al provvedimento quanto piuttosto alla condotta in senso lato della p.a. e dunque possono venire in rilievo anche prima dell'aggiudicazione. Nondimeno, nel caso di specie, è stato ritenuto di “fare riferimento al rilievo comunque attribuito, pur nelle oscillazioni evolutive della tematica, all'aggiudicazione definitiva quale momento “qualificante” della relazione tra privato e pubblica amministrazione, che incanala in via tendenzialmente definitiva le aspettative più o meno intense del privato concorrente nelle precedenti fasi della gara, in una posizione diversificata di possibile contraente e conseguente esecutore dei lavori”.

Ciò sul presupposto che, appunto, anche nella più conservativa tra le esegesi di cui si è dato conto, l'aggiudicazione viene comunque considerata il discrimine per riconoscere l'esistenza di una “trattativa affidante” che impone certamente alla stazione appaltante di comportarsi nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede *ex art.* 1337 c.c. sino alla stipula del contratto.

Chiarito che, quantomeno a partire da tale momento, sorge in capo al privato un affidamento tutelabile, risulta del tutto irrilevante —e anzi, per un certo, verso incrementa il grado responsabilità in cui incorre l'Amministrazione— il fatto che l'aggiudicazione possa essere successivamente annullata per ragioni del tutto estranee alla sfera volitiva e di intervento dell'aggiudicatario.

La circostanza infatti che l'aggiudicazione venga eliminata definitivamente dal mondo giuridico con effetti *ex tunc* non esclude la responsabilità della p.a. per i pregiudizi che l'aggiudicatario ha subito confidando legittimamente di poter validamente e tempestivamente stipulare ed eseguire il contratto di appalto, traendone i conseguenti benefici.

Ciò sotto un triplice profilo.

Anzitutto, vi è la responsabilità per violazione della normativa in materia di aggiudicazione di contratti pubblici che, secondo la Corte di Giustizia, impone di presumere, senza necessità di ulteriori verifiche, la rimproverabilità della condotta della stazione appal-

tante sotto il profilo soggettivo (Corte Giust. CE, Sez. III, 30 settembre 2010, causa C-314/2009 secondo la quale gli stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice).

In secondo luogo, come detto, le risultanze processuali possono contribuire a considerare rilevante, sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, il complesso degli atti e comportamenti tenuti dalla p.a. Nella specie, la tipologia dell'errore procedurale accertato dal T.A.R. (ammissione di aziende prive dei prescritti requisiti relativi al subappalto), al quale l'aggiudicatario risultava del tutto estraneo, è stato ritenuto di rilevanza tale da confermare retrospettivamente la censurabilità della già opaca condotta tenuta dal Comune.

In terzo, luogo non va dimenticato che, in generale, l'Amministrazione è soggetta alla responsabilità per il cosiddetto danno da annullamento di provvedimento favorevole. Infatti, la “lesione del legittimo affidamento nella stabilità del provvedimento favorevole” è suscettibile di incidere “sull'integrità del patrimonio” dell'amministrato determinando un condizionamento delle “scelte imprenditoriali della ricorrente la quale verosimilmente, se avesse saputo per tempo che” l'atto sarebbe stato caducato avrebbe assunto decisioni diverse (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 dicembre 2019, n. 2637 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Applicando il principio al caso di specie, è possibile ritenere che l'aggiudicazione rivela poi illegittima, per ragioni non legate al privato ma esclusivamente imputabili alla p.a., abbia determinato una compressione dell'integrità patrimoniale del cittadino alterandone il diritto alla libertà di autodeterminazione negoziale. Infatti, in mancanza dell'aggiudicazione (e degli atti esecutivi della stessa), l'aspirante appaltatore non avrebbe sostenuto i costi o perso le occasioni di guadagno a cui è invece stato costretto nella prospettiva di poter sottoscrivere il contratto.

Ciò, secondo la giurisprudenza, varrebbe anche nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione per profili di illegittimità avvenisse in autotutela da parte dell'Amministrazione e l'atto di ritiro potesse considerarsi in sé legittimo. Non può infatti escludersi la coesistenza tra attività provvedimentale legittima e comportamento illecito della p.a. suscettibile di responsabilità (Cons. di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; in termini Cons. di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 20 giugno 2018, n. 1397 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato ha ritenuto che i danni risarcibili fossero da individuare secondo gli ordinari criteri del “c.d. interesse contrattuale negativo che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro ces-

sante, da intendersi tuttavia non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito, appunto, ma in riferimento alle altre occasioni di contratto che la parte dichiara di avere perso” a valle dell’aggiudicazione. Cioè, nel caso di specie, le spese riconducibili alla stipula del contratto che sono state sostenute dalla ricorrente quale diretta conseguenza dell’affidamento ingenerato dall’aggiudicazione e il danno da c.d. perdita di chance (non invece quello curricolare che presuppone la stipula del contratto di appalto). Le spese

di cantierizzazione anticipata successive all’aggiudicazione, tenuto conto di quanto di illustrato, ricadrebbero nell’ambito temporale in cui la p.a. è responsabile della propria condotta ma sono state ritenute meritevoli di rimborso perché non riconducibili direttamente all’aggiudicazione bensì a una decisione (evitabile) dell’aggiudicatario.

Matteo Barbera

Abusi edilizi

Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17 – Pres. Patroni Griffi – Est. Veltri – C. e S. (avv.ti Berra, Fiore e Sandulli) – Comune di Livigno (avv.ti Pedrana e Vianello) e S. (avv. Santamaria).

Edilizia e urbanistica – Permesso di costruire – Annullamento – Interventi eseguiti in base a permesso annullato – Applicazione di una sanzione pecuniaria – Presupposti – Esistenza di vizi che riguardano forma e procedura e che non è possibile rimuovere

I vizi cui fa riferimento l’art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall’amministrazione, risultino di impossibile rimozione.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

La fiscalizzazione dell’abuso edilizio fra esigenze punitive e di ripristino dell’equilibrio urbanistico

Annalisa Giusti*

Escludendo la c.d. fiscalizzazione dell’abuso in caso di annullamento del titolo edilizio per un vizio sostanziale, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riaffermato il principio della sua prioritaria rimozione quale via per ripristinare la legalità urbanistica – edilizia violata. Rigoroso e netto nei suoi risultati, l’orientamento espresso dall’Adunanza plenaria apre però almeno a tre interrogativi: il primo, circa l’esatta delimitazione delle ipotesi dei vizi formali di cui all’art. 38, D.P.R. n. 380/2001; il secondo, sulle sorti della tutela dell’affidamento del privato; il terzo, ma non per importanza, sulla proporzionalità della soluzione proposta dalla Plenaria e, più in generale, sulla sua efficacia di contrasto all’abusivismo edilizio.

Premessa

In tempi recenti, più volte l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stata chiamata a pronunciarsi

sull’annullamento dei titoli edilizi e sulle vicende a esso collegate¹, nell’obiettivo primario di arginare la piaga dell’abusivismo edilizio, soprattutto avanti alle

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Il riferimento è, in particolare, a Cons. di Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8 con cui l’Adunanza plenaria ha superato il principio per cui l’annullamento d’ufficio di un titolo edilizio illegittimo è *in re ipsa* corrispondente all’interesse pubblico concreto al ripristino della legalità violata e, rispetto all’annullamento intervenuto a una distanza temporale considerevole, ha stabilito che debba invece essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all’adozione dell’atto di ritiro, anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. Su questa pronuncia si legga G. Manfredi, *La plenaria sull’annullamento d’ufficio del permesso di costruire: fine dell’interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. e Appalti*, 2018, 1, 45. Con la sentenza Cons. di Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9 i giudici si sono invece pronunciati sull’incidenza del decorso del tempo sull’ordine di demolizione del manufatto abusivo. In quella circostanza, l’Adunanza plenaria ha confermato la legittimità della demolizione dell’immobile realizzato *sine titulo* ordinata dopo un lungo lasso di tempo dall’illecito e ha escluso

la necessità di motivare in ordine all’esistenza di un interesse pubblico in concreto (comparandolo con quello privato), ritenendo sufficiente il richiamo al carattere abusivo dell’intervento. Su questa pronuncia, unitamente ad Ad. plen. n. 8/2017, si legga M. Trimarchi, *Il contrasto all’abusivismo edilizio tra annullamento d’ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, 67. Questo percorso giurisprudenziale è proseguito con Cons. di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975, sulla possibilità di intervenire tardivamente sugli effetti di una s.c.i.a., legittimandola anche nel caso in cui, indipendentemente dall’accertamento in sede penale, sia acclarato che l’interessato abbia dolosamente indotto l’amministrazione a ritenere esistenti i presupposti per la s.c.i.a., a condizione che non vi sia un concorso di colpa dell’ente. La pronuncia, da un lato, mostra di avere maggiore attenzione alla posizione del privato, nel richiamare al necessario rispetto di tutte le forme sostanziali e procedurali previste per gli atti di autotutela; dall’altro, con riferimento specifico all’intervento tardivo, appellandosi a un generale “canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco”, affida la tutela del privato (e della sua buona

frequenti critiche di scarsa capacità di contrasto del fenomeno da parte del nostro ordinamento. La pronuncia annotata arricchisce la accennata giurisprudenza, definendo l'ambito di applicazione dell'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001 (c.d. T.U. dell'edilizia). La norma disciplina le ipotesi in cui un intervento sia stato realizzato sulla base di un permesso di costruire successivamente annullato², in via di autotutela o in sede giurisdizionale. In tali ipotesi, l'amministrazione deve prioritariamente considerare la possibilità di sanare il vizio procedurale che ha portato all'annullamento dell'atto; qualora ciò non sia possibile, è consentita l'applicazione di una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione (la c.d. fiscalizzazione dell'abuso), il cui pagamento produce il medesimo effetto del permesso di costruire in sanatoria disciplinato dall'art. 36 T.U.³.

Questo meccanismo di ripristino della legalità edilizia violata, ispirato a una logica di minor rigore in considerazione dell'affidamento del privato sulla bontà del titolo, è descritto dall'art. 38 cit. in maniera tale da aver ingenerato, nel tempo, diverse soluzioni interpretative – applicative. La norma, infatti, prevede che sia inflitta una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere⁴ (o delle loro parti abusivamente eseguite) “qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino”. Così come formulato, l'iter procedurale seguito dall'amministrazione potrebbe avere due articolazioni: una prima, più rispondente alla *littera legis*⁵, secondo cui l'amministrazione debba prioritariamente verificare la possibilità di sanare il vizio procedurale e, in mancanza, disporre la demolizione dell'opera, fiscalizzando l'abuso quando la riduzione in pristino non sia praticabile. Seguendo una seconda lettura, l'amministrazione dovrebbe considerare i diversi elementi in maniera complementare, tenendo conto delle circostanze concrete dell'abuso, per ricorrere alla demolizione dell'opera abusiva solo come *extrema ratio*. Nel primo caso, la “motivata valutazione” attiene, separatamente, alla na-

tura del vizio e alla sua rimovibilità, nonché alla fattibilità della riduzione in pristino. Nella seconda ipotesi, invece, l'obbligo motivazionale è assolto laddove l'amministrazione ponderi insieme i diversi elementi (la presenza del vizio, le posizioni dei soggetti interessati, gli effetti della demolizione e la possibilità di fiscalizzazione) per giungere alla scelta della sanzione applicabile. Fra i due orientamenti vi è un *discrimen* essenziale: l'ultima soluzione descritta considera irrilevante la natura del vizio e si sofferma sull'alternativa demolizione/fiscalizzazione. L'orientamento più restrittivo, invece, concepisce la sanzione pecuniaria come una misura attenuata in ragione della peculiarità del vizio, che può essere soltanto formale; per quelli sostanziali l'unico rimedio è la demolizione del manufatto abusivo, seppur originariamente assentito.

Il contrasto giurisprudenziale che i giudici sono stati chiamati a dirimere è stato incentrato sulla natura del vizio e sulla formula “vizi delle procedure amministrative”. La sentenza dell'Adunanza plenaria ha riaffermato con forza il principio della prioritaria rimozione dell'abuso, escludendone la fiscalizzazione quando il permesso di costruire sia stato annullato per un vizio sostanziale. Vista però la difficile collocazione dei vizi procedurali nella teoria dell'invalidità del provvedimento e la necessità di bilanciare il rispetto della legalità edilizia con il principio di affidamento del titolare del permesso annullato, la decisione induce a riflettere sulla proporzionalità della soluzione proposta dalla Plenaria e, più in generale, sulla sua efficacia di contrasto all'abusivismo edilizio.

Le condizioni per la fiscalizzazione dell'abuso

Come anticipato, l'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001 consente di fiscalizzare l'abuso e, dunque, di evitare la demolizione dell'intervento edilizio legittimamente assentito ma divenuto *sine titulo* in conseguenza dell'annullamento del permesso di costruire⁶. La norma, che innova in alcuni punti essenziali il precedente art. 11, L. n. 47/1985⁷, si riferisce indistintamente all'annullamento, ricomprendendo sia l'annullamento in auto-

fede) alla considerazione delle circostanze concrete e degli interessi coinvolti. Sulla portata di questa sentenza nel contesto interpretativo generale in cui è stata pronunciata, G. Tropea, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. It.*, 2020, 650 e P. Cerbo, *Brevi note sul potere di autotutela “tardivo”*, ivi, 655.

² La norma si applica anche nei casi previsti dall'art. 23, 1° comma, D.P.R. 380/2001 relativo agli “interventi subordinati a segnalazione certificata di inizio di attività in alternativa al permesso di costruire”, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo.

³ Quest'ultima disposizione, in breve, consente di rimediare all'assenza originaria del titolo edilizio e ottenere un permesso in sanatoria quando l'intervento abbia la c.d. doppia conformità, sia cioè conforme alla disciplina edilizia e urbanistica tanto del momento in cui è stato realizzato quanto di quello della presentazione della domanda (di sanatoria). Per un commento alla disciplina, A. Crosetti, *Art. 36 Accertamento di conformità*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015, 434.

⁴ Per un commento alla disposizione, si legga R. Leonardi-M. Occhiena, *Art. 38 Interventi eseguiti in base a permesso annullato*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Testo Unico dell'Edilizia*, cit., 456; D. Caldirola, *L'annullamento del permesso di costruire e della DIA*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale, *Codice di edilizia e urbanistica*, Milano, 2013, 1407.

⁵ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 gennaio 2015, n. 34, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶ Valore che deve essere valutato dall'agenzia del territorio, “anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale”.

⁷ La norma, a sua volta, riproduceva sostanzialmente il testo dell'art. 15, L. n. 10/1977, secondo quanto ricostruito da A. de Roberto, *Commento all'art. 11*, in A. Predieri (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 193. Le novità più significative consistono nell'introduzione dell'obbligo di applicare la sanzione sulla base di una “motivata valutazione” e nell'aver eliminato la ripartizione della competenza sanzionatoria fra il sindaco – al quale era riservato il compito di decidere sul-

tutela che quello giurisdizionale; in entrambi i casi, l'effetto conformativo – ripristinatorio *ex tunc* della sentenza⁸ o del provvedimento di secondo grado si interrompe, offrendo all'amministrazione tre possibili alternative: emendare il vizio del provvedimento e conservare l'attività compiuta in base a esso; nell'impossibilità di una sua convalida, disporre la rimozione degli effetti o applicare una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o delle loro parti abusivamente eseguite.

Leggendo i rimedi attraverso la lente degli interessi coinvolti, prevale l'esigenza di tutelare l'interesse pubblico grazie alla convalida o alla riduzione in pristino; la tutela delle altre situazioni giuridiche rilevanti (cioè del titolare del titolo edilizio o del ricorrente vittorioso in sede giurisdizionale) è il riflesso dalle scelte dell'amministrazione: più favorevole al primo quella per la convalida, più vantaggiosa per il secondo quella della riduzione in pristino. La fiscalizzazione, invece, è affidata a una "motivata valutazione" sull'impossibilità di sanare il vizio procedurale o ripristinare lo status *quo ante*: sebbene sia potenzialmente meno afflittiva della demolizione e, dunque, maggiormente favorevole per il privato, essa ha pur sempre natura sanzionatoria, tenuto altresì conto dei parametri in base ai quali è calcolata. La giurisprudenza non ha infatti esitato a qualificarla come il "prezzo" per la regolarizzazione delle opere abusive⁹, imponendo di utilizzare come base di calcolo il valore attuale di mercato, riferito cioè al momento in cui avviene l'abbandono della condizione di illegittimità.

Le cause ostative alla riduzione in pristino appaiono piuttosto consolidate: si sono ricomprese in esse la presenza di problematiche tecnico ingegneristiche¹⁰, la necessità di non recare pregiudizio ad altri beni od opere del tutto regolari¹¹, in particolare quando sia obiettivamente verificato che la demolizione dell'opera abusiva esporrebbe a serio rischio la parte dell'opera legittimamente assentita¹². L'impedimento alla demolizione è stato ravvisato anche nella necessità di tutelare la posizione dei terzi acquirenti in buona fe-

de¹³ "ancor meno consapevoli della vicenda rispetto al titolare del permesso di costruire annullato".

Rispetto ai vizi delle procedure amministrative, si sono invece affermati tre indirizzi interpretativi. In base a una prima e più risalente lettura¹⁴, la norma farebbe riferimento solo ai vizi formali e procedurali emendabili. Seguendo un orientamento intermedio¹⁵, dovrebbero ricomprendersi in quella formula anche i vizi sostanziali ma emendabili: in questo caso la loro regolarizzazione consiste nell'adozione di un nuovo titolo edilizio, previa modifica del progetto. La terza soluzione¹⁶, contro la quale più direttamente si esprime il Consiglio di Stato, considera ai fini di una eventuale fiscalizzazione anche i vizi sostanziali, dunque le difformità urbanistico – edilizie che hanno portato all'annullamento del permesso di costruire.

Nel riportare la norma al suo significato più rigoroso, l'Adunanza plenaria non si è limitata a ribadire che sono solo i vizi formali quelli che consentono di accedere alla fiscalizzazione dell'abuso, ma ha altresì precisato quali sono i parametri in base ai quali compiere la "motivata valutazione". La giurisprudenza meno restrittiva giungeva ad affermare la sostanziale irrilevanza del vizio concentrando la scelta dell'amministrazione e, di conseguenza, la "motivata valutazione" sull'alternativa demolizione/ fiscalizzazione, cioè sulla graduazione della sanzione in relazione al caso concreto. Seguendo, invece, la sentenza annotata non vi è discrezionalità nell'applicazione della sanzione: la valutazione deve fermarsi alla considerazione della natura del vizio e della possibilità di una sua convalida in concreto; solo all'esito negativo di tale verifica, la decisione si concentra sulla fattibilità della riduzione in pristino o, in caso contrario, della fiscalizzazione, escludendo la considerazione di ogni ulteriore fattore potenzialmente condizionante la scelta sulla demolizione.

I "vizi delle procedure amministrative" e la tutela dell'affidamento del privato

Rigoroso e netto nei suoi risultati, l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria apre però almeno a

l'adozione delle misure patrimoniali – e l'ufficio tecnico erariale, che avrebbe dovuto fissarne l'importo.

⁸ V. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 marzo 2014, n. 1328, in *Foro Amm.*, 2014, 3, 959.

⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 marzo 2017, n. 331, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Cons. di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 5089, in *Riv. Giur. Edil.*, 2019, 5, I, 1342.

¹¹ Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2160, in *Foro Amm.*, 2017, 5, 1067.

¹² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, Napoli, 17 ottobre 2016, n. 4731, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³ Cons. di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155, in *Foro Amm.*, 2018, 4, 639. Per una diversa soluzione, che interpreta la possibilità di ripristino anche come opportunità di ricorrere alla demolizione, T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 9 ottobre 2015, n. 703, in *Riv. Giur. Edil.*, 2015, 6, I, 1431 Sulla natura reale della sanzione pecuniaria, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 16 novembre 2016, n.

1290, in *Arch. Locazioni*, 2017, 3, 335.

¹⁴ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4731, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861, in *Foro Amm.*, 2016, 5, 1203; T.A.R. Molise, Campobasso, 29 gennaio 2016, n. 39 in *Riv. Giur. Edil.*, 2016, 3, I, 306.

¹⁵ Cons. di Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 904 in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 luglio 2018, n. 1640, in *Foro Amm.*, 2018, 7-8, 1253; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 marzo 2016, n. 1397 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 6 dicembre 2012, n. 2944 con nota di R. Micalizzi, *Le sanzioni conseguenti all'annullamento del titolo edilizio, tra interpretazione letterale e principi generali*, in *Urb. e Appalti*, 2013, 6, 719; Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2160, in *Foro Amm.*, 2017, 5, 1067 oltre alle pronunce ricordate dalla stessa Adunanza plenaria.

due interrogativi: il primo, circa l'esatta delimitazione delle ipotesi di fiscalizzazione; il secondo, sulle sorti della tutela dell'affidamento del privato.

La pronuncia in commento ribadisce l'interpretazione più restrittiva già prevalente vigente l'art. 11, L. n. 47/1985, quando ancora però era assente qualsiasi prescrizione generale sulle cause di invalidità del provvedimento. L'odierno art. 21-*octies*, 2° comma, L. n. 241/1990 nega l'efficacia invalidante dei vizi c.d. formali, dovendosi in tale formula ricomprendere le violazioni di norme sul procedimento o sulla forma degli atti in presenza delle quali, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Parimenti, non è comunque annullabile il provvedimento amministrativo quando sia stata omessa la comunicazione dell'avvio del procedimento ma l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il permesso di costruire rientra, pacificamente, fra i provvedimenti vincolati¹⁷: rimane allora l'esigenza di chiarire quando si sia in presenza di vizi formali che sono in grado di invalidare il provvedimento ma che consentono, proprio perché non arrecano un *vulnus* al territorio, di sanare l'abuso. A leggere la giurisprudenza, l'esigenza che la fiscalizzazione sia riservata ai soli vizi formali emerge in negativo, quando cioè viene negata proprio perché il vizio è sostanziale. Né un contributo significativo, se non nel ribadire l'orientamento più restrittivo, sembra arrivare dalla Corte costituzionale¹⁸ che, censurando la legge della Provincia autonoma di Bolzano, ha affermato che la formula dell'art. 38 "non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare i "vizi sostanziali", che esprimono invece un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali e non in quest'ultimo potenzialmente contenuto". Un elemento di maggiore chiarezza è offerto proprio dall'Adunanza plenaria che riconduce alla formula legislativa la categoria dei vizi convalidabili *ex art. 21-nonies*, 2° comma. Unendo queste sollecitazioni giurisprudenziali, più che a un'elenca-

zione dei vizi¹⁹ è possibile arrivare alla definizione di una categoria generale, ritenendo che la norma si riferisca alle ipotesi in cui il provvedimento non contrasta con le norme urbanistiche ed edilizie ma sia stato annullato perché il difetto nella procedura ha inciso sul suo contenuto, escludendone l'irrelevanza *ex art. 21-octies*, 2° comma.

La possibilità di una sua convalida diviene il cardine della "motivata valutazione", condizionando le sorti dell'intervento realizzato.

Nel caso di annullamento giurisdizionale, la necessità di tutelare il ricorrente vittorioso in giudizio appare l'ostacolo più fondato a giustificare la futura fiscalizzazione, stante la consolidata impossibilità di convalidare l'atto annullato con sentenza²⁰. In tale valutazione vi è *in nuce* anche l'astratta considerazione dell'affidamento del privato, recessivo rispetto alla salvaguardia della parte vittoriosa in giudizio.

Più complessa, invece, l'ipotesi in cui l'atto sia stato annullato d'ufficio per un vizio della procedura che non possa essere convalidato. Dovendo concentrare simile valutazione solo sulla "natura del vizio", il richiamo all'art. 21-*nonies* sembrerebbe dover ricomprendere tutti i vizi che non siano nella disponibilità dell'amministrazione²¹ e riconducibili, essenzialmente, alla violazione di legge o all'eccesso di potere: si pensi alla contraddittorietà del provvedimento, alla carenza dell'istruttoria, a un errore sulle circostanze di fatto nel rilascio del provvedimento, alla mancata richiesta di un parere, sempre che tali violazioni non ridondino in una violazione sostanziale delle prescrizioni urbanistiche. In queste ipotesi, spetterà all'amministrazione valutare caso per caso, escludendo la natura formale del vizio o la loro convalida, aprendo poi, in quest'ultima circostanza, alla eventuale fiscalizzazione.

Il richiamo all'art. 21-*nonies*, 2° comma induce a interrogarsi se nella motivata valutazione debbano considerarsi anche gli ulteriori presupposti richiesti per la convalida, cioè l'esistenza di un interesse pubblico e il decorso di un tempo ragionevole. Fin dalla sua apparizione nell'articolato della L. n. 241/1990, la dottrina²² ha considerato pleonastico il richiamo al-

¹⁷ Cons. di Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2005, in *Foro Amm.*, 2005, 12, 3614; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 14 marzo 2017, n. 392; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 24 ottobre 2017, n. 59 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Si tratta di Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, 2417.

¹⁹ Vi sono comunque dei vizi maggiormente ricorrenti, fra cui l'incompetenza nel rilascio del titolo edilizio (cfr. T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 25 gennaio 2018, n. 54, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, 2, I, 480; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste Sez. I, 30 agosto 2006, n. 585 in *Riv. Giur. Edil.*, 2006, 6, I, 1383). Non possono però non registrarsi le oscillazioni fra la giurisprudenza che esclude l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, 2° comma per l'atto viziato da incompetenza relativa (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 1536, in *Foro Amm.*, 2016, 10, 2519) e quella che invece, per la natura vincolata dell'atto, la ricomprende fra i c.d. vizi formali (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 24 dicembre 2018, n. 7332 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato,

Sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791 in *Foro Amm.*, 2015, 7-8, 1912; T.A.R. Veneto Sez. III – Venezia, 10/07/2014, n. 1007). Le diverse letture ne confermano comunque la ascrivibilità fra i vizi delle procedure amministrative di cui all'art. 38 cit. (anche *sub specie* di ratifica, cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340, in *Foro Amm.*, 2015, 7-8, 1962).

²⁰ T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 735, in *Foro Amm.*, 2017, 7-8, 1665, che ne sancisce la nullità per violazione – elusione del giudicato, nonché per mancanza degli elementi essenziali, in particolare l'oggetto, non potendo sussistere alcun interesse pubblico alla convalida di un atto non più esistente; Cons. di Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5136 in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 21 settembre 2011, n. 1409 in *Foro Amm. TAR*, 2011, 9, 2706.

²¹ Cfr. R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 609.

²² Si legga R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 604. Si tratta, fra l'altro, dell'elemento che segna la

l'interesse pubblico, giacché la convalida tradizionalmente si configura come uno strumento a disposizione di chi ha dato causa all'invalidità, cioè l'amministrazione. La presenza di tale presupposto ha però consolidato l'esigenza che anche la convalida, in quanto atto discrezionale²³, sia motivata, sebbene tale obbligo non si traduca nella necessità di ripercorrere dettagliatamente tutti gli aspetti e gli atti del procedimento relativi al provvedimento convalidato, essendo sufficiente che dall'atto convalidante emergano chiaramente le ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere tale atto²⁴.

Più complesso è, invece, ipotizzare quando il permesso non si possa convalidare perché non si è entro un tempo ragionevole. La convalida è infatti l'opzione più favorevole per il titolare del titolo annullato, che non verrebbe affatto pregiudicato da un intervento tardivo, come pure l'amministrazione che lo emette. Il riferimento alla ragionevolezza del termine sembra più pertinente se riferito alla posizione di chi possa essere danneggiato dalla convalida e aspiri all'annullamento del provvedimento; la giurisprudenza²⁵ ha però ammesso la convalida in pendenza del termine per impugnare, ritenendo che non arrechi alcun *vulnus* ai principi costituzionali di cui agli art. 24 e 113 Cost., a maggior ragione avanti alla facoltà di proporre un ricorso per motivi aggiunti.

La dottrina ha definito l'art. 38 come una "sanatoria a formazione progressiva"²⁶, così riassumendo efficacemente i diversi e autonomi passaggi che guidano l'amministrazione nella decisione. Esaurito, con esito negativo, il vaglio circa la natura del vizio e della sua possibile convalida, la decisione si sposta sull'alternativa riduzione in pristino – fiscalizzazione, ammessa solo di fronte alla ricordata impossibilità tecnica di realizzare la prima.

Guardando, nel complesso, alla procedura, non vi è alcuna ponderazione delle diverse soluzioni, né della loro proporzionalità rispetto al caso concreto. Ricostruendo le argomentazioni dell'Adunanza plenaria, questo giudizio di proporzionalità sembrerebbe anzi essere già stato compiuto, *ex ante*, dal legislatore. Le condizioni fissate dall'art. 38 realizzerebbero il "delicato bilanciamento fra tutela dell'affidamento, tutela del territorio e tutela del terzo"²⁷, in grado di resistere al test di proporzionalità richiesto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in merito agli interventi dell'amministrazione che incidano sul fondamentale diritto di abitazione, *ex art. 8 CEDU*. Il riferimento è alla giurisprudenza CEDU che, a partire dal caso *Ivanova*²⁸, ha fissato il principio della necessaria considerazione, oltre alla mera questione della legalità dell'intervento edilizio, anche delle conseguenze che l'esecuzione dell'ordine di demolizione può provocare sulla situazione personale dei ricorrenti, in particolare quando pregiudichi un diritto essenziale come l'abitazione. In quella circostanza, la Corte affermava che gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive e a riconsiderare l'ordine di demolizione alla luce delle condizioni personali di coloro che vivevano da anni nell'immobile da abbattere e avevano risorse economiche limitate.

Seguendo i giudici nazionali, gli effetti di una eventuale sproporzione della sanzione e, di fatto, della completa obliterazione dell'affidamento del privato, possono trovare una compensazione successiva in una eventuale tutela risarcitoria che il Collegio preme di ricordare è ormai ammessa nel nostro ordinamento anche per gli interessi legittimi, "neutralizzando" la questione (in realtà ormai risolta) circa la natura della situazione giuridica soggettiva azionabile da colui che

differenza con l'omologo istituto disciplinato dall'art. 1444 c.c., che abilita alla convalida colui che avrebbe titolo per chiedere l'annullamento del contratto. Sul punto, si legga altresì G. Mannucci, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 1, 204.

²³ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1° febbraio 2016, n. 607; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 30 aprile 2015, n. 1071 entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 11 luglio 2014, n. 599, in *Foro Amm.*, 2014, 7-8, 2202.

²⁴ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 1611; Cons. di Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674. Sulla centralità di una adeguata istruttoria che accompagni tali decisioni, T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 31 marzo 2020, n. 323. Circo-scrive invece l'obbligo di motivazione solo alla scelta per la sanzione pecuniaria, T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 26 maggio 2016, n. 195; esclude la necessità di motivare la scelta per la demolizione, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 395. Tutte le sentenze citate sono consultabili al sito *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 aprile 2013, n. 2278, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Così G.D. Comperti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in *Riv. Giur. Edil.*, 3, 2013, 468 ma anche T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 395 e T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 agosto

2012, n. 1479. Sulla gradualità dell'apparato sanzionatorio, T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 31 marzo 2020, n. 323 (tutte le sentenze citate in *www.giustizia-amministrativa.it*).

²⁷ Testualmente al par. 8.

²⁸ Si tratta di Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2016, caso n. 46577/2015 *Ivanova v. Bulgaria*, con cui la CEDU è stata chiamata a giudicare sulla violazione dell'art. 8 della Convenzione a danno di due soggetti in condizioni di particolare fragilità (uno dei due coniugi era disoccupato dal 2003 e l'altro disabile con una modesta pensione) che occupavano da quasi sette anni una abitazione abusiva (abusivismo tollerato fino a quel momento dall'amministrazione). Sebbene il caso non avesse altri precedenti diretti, come si legge nella sentenza, "*the salient issue is whether the demolition would be «necessary in a democratic society»*". Da qui, la vicinanza della questione con la pronuncia *Paulić v. Croazia*, 22 ottobre 2009, caso n. 3572/06 sullo sfratto di inquilini da alloggi pubblici (come pure *Kay e altri v. Regno Unito*, 21 settembre 2010, caso n. 37341/06; *Kryvitska e Kryvitskyy v. Ucraina*, 2 dicembre 2010, caso n. 30856/03) o sullo sfratto di occupanti di terreni di proprietà pubblica (*Chapman v. Regno Unito*, caso n. 27238/95). Sull'impatto della giurisprudenza CEDU sulle misure ripristinatorie in edilizia, si legga A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018, 43; E. Bonelli, *Effettività del sistema sanzionatorio edilizio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla CEDU*, in *federalismi.it*, 24, 2018.

abbia riposto il proprio affidamento sulla legittimità della costruzione assentita e realizzata²⁹.

L'art. 38 fra esigenze punitive e di "ripristino dell'equilibrio urbanistico"

Leggendo l'approdo dell'Adunanza plenaria e confrontandolo con il "nutrito filone giurisprudenziale" favorevole a un'interpretazione estensiva dell'art. 38 è evidente come a determinare le incertezze interpretative non sia stata una maggiore o minore sensibilità dei giudici rispetto alla protezione del territorio da interventi contrari alle prescrizioni urbanistiche, ambientali e paesaggistiche quanto la necessità di offrire una soluzione che prendesse in maggiore considerazione l'affidamento del privato e la situazione del caso concreto, a maggior ragione in ipotesi in cui si sia in presenza di abusi incolpevoli. Il rigore interpretativo dell'Adunanza plenaria non sembra lasciare spazio per l'affidamento del privato, se non indirettamente nella scelta per la convalida. Le conclusioni dei giudici amministrativi appaiono, infatti, più un suggerimento difensivo che l'offerta di un rimedio, allorché si richiama alla possibilità di agire per chiedere il risarcimento dei danni che si ritenga di aver subito dalla condotta dell'amministrazione. Diversamente, altra protezione non sembra potervi essere se non al momento in cui il titolo venga annullato in autotutela: l'Adunanza plenaria³⁰ ha infatti abbandonato l'equazione per cui, in caso di illegittimità del provvedimento, l'interesse pubblico alla sua rimozione è *in re ipsa*³¹ e ha aperto a una soluzione che tenga in maggiore considerazione gli interessi del caso concreto, con specifica attenzione

sia all'affidamento del privato³² che alla gravità dell'abuso³³.

A ciò si aggiunge che, così come interpretato dall'Adunanza plenaria, il bilanciamento degli interessi fissato dall'art. 38 rischia di apparire alquanto discriminatorio rispetto ad abusi più gravi di quelli menzionati dalla norma; non va infatti dimenticato che l'art. 38 fa riferimento a interventi divenuti abusivi ma realizzati sulla base di titoli originariamente legittimi, una situazione, dunque, fortemente diversa ma nei risultati equiparata a quella di chi un titolo non lo abbia mai richiesto (ai sensi dell'art. 31, D.P.R. n. 380/2001) o abbia avuto la possibilità di rimediare alla sua assenza sulla base del meccanismo della doppia conformità (a cui fa riferimento l'art. 36 cit.).

Il contrasto all'abusivismo e la protezione del territorio sono, senz'altro, principi da non dover mettere in discussione; parimenti, la considerazione anche degli interessi del privato non può ridursi a una dimensione egoistica di salvaguardia di situazioni individuali, a scapito della collettività. A uno sguardo complessivo all'apparato sanzionatorio del Testo unico emerge, invece, una logica binaria³⁴ e di contrapposizione, che omette di considerare le circostanze del caso concreto e trasforma il potere sanzionatorio delle amministrazioni in una potestà punitiva il cui obiettivo primario è il ripristino della legalità violata. In questo contesto, la portata dell'art. 38 finisce quasi necessariamente per riassumersi nell'alternativa fra vizi formali e sostanziali, costringendo l'amministrazione a una valutazione non sempre facile sulla "natura del vizio" e sulla possibilità tecnica di disporre la riduzione in pristino, in base alla quale poi modulare la sanzione.

²⁹ La sentenza riporta l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per cui l'attrazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo può verificarsi soltanto qualora il danno patito dal soggetto che agisce nei confronti della pubblica amministrazione sia conseguenza immediata e diretta della dedotta illegittimità del provvedimento che ha impugnato. Si è invece al di fuori della giurisdizione amministrativa se viene in rilievo una fattispecie complessa in cui l'emanazione di un provvedimento favorevole, che venga successivamente annullato in quanto illegittimo, si configura solo come uno dei presupposti dell'azione risarcitoria che si fonda altresì sulla capacità del provvedimento di determinare l'affidamento dell'interessato e la lesione del suo patrimonio, che consegue a tale affidamento e alla sopravvenuta caducazione del provvedimento favorevole (*ex multis*, Cass. civ., Sez. un., ord. n. 17586 del 4 settembre 2015, in Ced. cass. civ. rv. 636105-01; ID, ord. n. 12799 del 22 maggio 2017 in Ced. cass. civ. rv. 644362-01; ID ord. n. 1654 del 23 gennaio 2018 in Ced. cass. civ. rv. 647009-01).

³⁰ Si tratta di Cons. Stato, Ad. plen. n. 8/2017 cit.

³¹ Sulla diffusione di tale orientamento e sul suo progressivo superamento, non solo in edilizia, si legga G. Manfredi, *La plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire*, cit., 45.

³² Al par. 11.1 di Cons. Stato, Ad. plen. n. 8/2017 cit. si osserva che "l'onere motivazionale richiesto all'amministrazione in sede di adozione dell'atto di ritiro risulterà altresì agevolato nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo determinante per l'adozione dell'atto illegittimo". In queste ipotesi, infatti, non vi è alcun obbligo di rispettare i principi di buona fede, correttezza e

tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto e l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato. Sul punto, si leggano perplessità espresse da M. Trimarchi, *Il contrasto all'abusivismo edilizio*, cit., 67 sul collegamento fra affidamento e affermazioni non veritiere che porta l'Adunanza plenaria ad assestarsi su una posizione che non consente di calibrare la tutela dell'affidamento in relazione al caso concreto; parimenti critico su questa assimilazione è E. Zampetti, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, 2, 404.

³³ Si legge infatti (par. 11, Cons. Stato, Ad. plen. n. 8/2017 cit.) che "nelle ipotesi di maggiore rilievo,... (laddove venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere – per così dire – "autoevidente"), l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate le quali normalmente possono integrare le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*". Si veda in proposito L. Bertozzi, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 730 che legge questa attenuazione dell'onere motivazionale come una riemersione dell'illegittimità *in re ipsa*.

³⁴ Mutuando questa aggettivazione da G.D. Comperti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, cit., 464.

Con una nota di disvalore rispetto alla giurisprudenza avversata, l'Adunanza plenaria ha espresso il suo diverso orientamento affermando di voler superare la logica del condono che avrebbe ispirato le soluzioni meno restrittive. A rileggere però quelle decisioni oltre la contrapposizione fra vizi formali e sostanziali, non può non cogliersi un parallelismo con altre espressioni dell'esercizio del potere sanzionatorio delle amministrazioni, per le quali si è abbandonata la logica meramente punitiva – repressiva, aprendosi, anche sotto la spinta del diritto europeo, alle garanzie del procedimento, rivalutando il momento discrezionale per arrivare a una decisione realmente in grado di restituire una protezione adeguata agli interessi lesi dalle condotte sanzionate³⁵. Le sanzioni edilizie, per il loro grado di afflittività, non sembrano estranee al concetto di “accusa penale” delineato dalla giurisprudenza CEDU³⁶ quale presupposto per l'applicazione delle garanzie del giusto procedimento, *ex art. 6 CEDU*; non può inoltre non notarsi come l'affermazione del principio della demolizione degli immobili abusivi “in ogni caso”, applicato per gli interventi originariamente assentiti, mostra una difficile tenuta avanti alla giurisprudenza di Strasburgo che per abusi di maggior rilievo³⁷ ha richiamato al necessario rispetto delle garanzie procedurali, senza mancare di rimarcare la necessaria proporzionalità delle sanzioni in relazione alle circostanze specifiche e le finalità di interesse pubblico perseguite.

Occorre infine domandarsi, sulla scia degli insegnamenti della più autorevole dottrina urbanistica³⁸, se una funzione sanzionatoria in chiave prevalentemente punitiva possa realmente soddisfare l'interesse pubbli-

co legato alla reazione all'abuso. La funzione del potere sanzionatorio dovrebbe infatti essere “riassorbire, nel modo meno oneroso per la collettività, una trasformazione attuata contro le previsioni della pianificazione urbanistica”³⁹; una funzione urbanistica vera e propria, dunque, di “chiusura” e di “riequilibrio del territorio”, perché finalizzata non tanto a ristabilire una ideale legalità urbanistica violata quanto a “raggiungere un nuovo e diverso equilibrio... il meno insoddisfacente possibile in presenza della nuova situazione dei luoghi”⁴⁰. La soluzione proposta dall'Adunanza plenaria è, evidentemente, distante da questa conformazione dell'interesse ottimale del territorio, indentificandolo con l'urgenza di misure punitive fra le quali, in via prioritaria, l'eliminazione dell'abuso.

La preferenza di un indirizzo rigorista o di un orientamento vocato alla proporzionalità e alla valutazione del caso concreto non può essere espressa astrattamente ma guardando all'efficacia e al risultato delle soluzioni adottate. Le stagioni dei condoni edilizi, come pure il “clamoroso vuoto di effettività”⁴¹ che accompagna il sistema sanzionatorio delineato dal testo unico dell'edilizia, lasciano delle perplessità sulla reale capacità della soluzione interpretativa proposta dal Consiglio di Stato di essere un argine efficace agli abusi, rischiando invece di non eliminare la situazione di squilibrio generata dall'intervento edilizio *contra legem* ma di creare ulteriori elementi di frattura nel rapporto di fiducia fra l'amministrazione e il cittadino che su quel titolo aveva fatto affidamento, rapporto sulla cui fragilità la giurisprudenza ha già rivolto altre volte il suo monito⁴².

Accesso agli atti

Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Bolzano, 19 ottobre 2020, n. 247 – Pres. Dellantonio – Est. Pantozzi Lerjefors – A. (avv. Veronese) – Ministero dell'Economia e delle Finanze – Guardia di Fi-

nanza, Comando Regionale Trentino Alto Adige – Nucleo di Polizia Economico-Finanziaria di Bolzano, Gruppo Tutela Finanza Pubblica (Avvocatura Distrettuale dello Stato) – Presidenza del Consiglio dei

³⁵ Nell'ormai ampia dottrina sul punto, si rinvia a F. Goisis, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1338; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2, 2014, 337; M. Allena, *Art. 6 CEDU, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2012.

³⁶ Secondo gli ormai noti “*Engel criteria*” definiti da Corte eur. dir. uomo, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Paesi Bassi* ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della “sanzione”. Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di “accusa in materia penale” è sufficiente che il reato in causa sia di natura “penale” rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale

nell'ambito della “materia penale”.

³⁷ Il riferimento è alla sentenza Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909, caso Sud Fondi s.r.l. v. Italia, in *Foro It.*, 2010, I; IV relativa alla confisca amministrativa di Punta Perotti, su cui A. Moscarini, *Il caso Punta Perotti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte italiana penale di cassazione*, in *Giur. Cost.* 2009, 2, 1278; Corte eur. dir. uomo, Sez. grande chambre, 28 giugno 2018, n. 1828 su cui *La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: 'oltre l'urbanistica la guerra tra le corti', l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, in *Giur. Cost.*, 2018, 5, 2154.

³⁸ Si fa riferimento a P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, ristampa, Napoli, 2016, 159.

³⁹ Così, P. Stella Richter, *op. cit.*, 173.

⁴⁰ Ancora, P. Stella Richter, *ibidem*.

⁴¹ Testualmente G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno*, cit., 465.

⁴² Richiamando Cons. di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 4, 1171.

Ministri – Commissione per l'accesso ai documenti (n.c.).

Amministrazione pubblica – Accesso agli atti relativi a procedimento di accertamento fiscale – Procedimento concluso – Diniego – Illegittimità

È illegittimo il diniego di accesso agli atti concernenti

un procedimento di accertamento tributario una volta che è stato emanato l'atto conclusivo, considerato il diritto di difesa del contribuente e il venir meno delle esigenze di segretezza.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Accesso agli atti relativi a procedimento di accertamento fiscale concluso

Fabio Romanenghi*

La sentenza conferma l'orientamento giurisprudenziale favorevole al cittadino che, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 24 L. n. 241/1990, una volta definito il procedimento di accertamento tributario, ha diritto ad accedere ai documenti sui quali si basa l'accertamento medesimo.

Premessa

Il precedente del Giudice Amministrativo di Bolzano si occupa della questione relativa alla richiesta di accesso ai documenti in possesso del Ministero dell'Economia e delle Finanze, avanzata da un cittadino a seguito della conclusione di un procedimento di accertamento fiscale nei suoi confronti.

La sentenza, che ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dall'Amministrazione, si colloca in un filone giurisprudenziale ormai consolidato, ma assume interesse perché ripercorre alcuni principi a base dell'istituto dell'accesso e del necessario equilibrio tra esigenze di segretezza e diritto alla difesa.

Brevissimi cenni sul diritto di accesso in generale e nel settore tributario

È noto che il diritto di accesso ha trovato una sua applicazione generale con gli artt. 22 ss., L. 7 agosto 1990, n. 241, dedicato al procedimento amministrativo e, appunto, "al diritto di accesso ai documenti amministrativi".

Non mancavano, in precedenza, alcuni settori in cui detto diritto aveva già trovato una sua configurazione¹, ma è con la predetta disciplina del 1990 che l'istituto ha avuto una sua regolamentazione sistematica².

La finalità è quella di garantire la "trasparenza" dell'operato della P.A.: la possibilità del cittadino di co-

noscere gli atti pubblici consente ad esso di verificare la legittimità dell'operato degli enti e, se necessario, anche di difendersi giudizialmente.

Il diritto di accesso, unitamente alle norme che disciplinano la "partecipazione" al procedimento amministrativo, è in sostanza una declinazione dell'art. 97 Cost. che prevede che "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

Peraltro, nell'ottica di consentire una sorta di controllo generalizzato dell'attività della P.A., con D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, è stato introdotto il c.d. "accesso civico".

Tornando alla L. n. 241/1990, per avvicinarci alla questione che qui interessa, deve osservarsi che il diritto di accesso è comunque sottoposto a varie limitazioni, che hanno anche subito delle modifiche nel corso del tempo.

Una di queste riguarda proprio il settore tributario³.

In particolare, l'attuale versione dell'art. 24, comma 1, L. n. 241/90, stabilisce che il diritto di accesso è escluso, tra l'altro, "nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano".

Il divieto di cui sopra è frutto delle modifiche introdotte dalla L. n. 15/2005, che aveva apportato importanti novità alla L. n. 241/1990⁴.

Prima della riforma del 2005, era solo inibito l'ac-

* Il contribuente è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Ad es., l'art. 14, 3° comma, L. 8 luglio 1986, n. 349, disciplinante l'istituzione del Ministero dell'Ambiente, prevedeva il diritto dei cittadini di accedere alle informazioni sullo stato dell'ambiente.

² Per i principi ispiratori della disciplina e i riferimenti ad altre normative europee, v. Corso-Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 134 e segg.

³ In attuazione dell'art. 24, 2° comma, L. n. 241/1990, è stato emanato il D.P.R. n. 352/1992 recante il "Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi in attuazione del comma 2 dell'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 24"; in esecuzione dell'art. 8 di questo D.P.R., sono poi stati emanati vari D.M.

disciplinanti le limitazioni all'accesso nei settori di competenza di ciascun Ministero, tra i quali anche il D.M. n. 603/1996, attinente all'ambito tributario.

La finalità di queste limitazioni non è quella di tenere all'oscuro il contribuente dell'operato della P.A., bensì quella di tutelare interessi superiori, di carattere generale. Se l'ente si oppone all'ostensione del documento, deve motivare il diniego facendo riferimento ad una delle fattispecie prevista dalla normativa.

⁴ Trattasi, in parte, del recepimento di orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati e, in parte, di novità finalizzate a rendere più immediato il rapporto tra cittadino e P.A.; per una sintesi, Virga, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *Lexitalia.it*, 2005, I.

cesso agli atti preparatori delle procedure di accertamento fiscale (ciò in base al combinato disposto dagli artt. 13 e 24, comma 6, L. n. 241/1990, nella versione all'epoca vigente); così, la giurisprudenza aveva ritenuto che, una volta concluso il procedimento, il cittadino potesse avere copia della documentazione posta a base dell'atto di accertamento finale emanato dall'Agenzia delle Entrate, non essendoci altra ragione di segretezza per negare la conoscenza degli atti⁵.

L'esclusione dell'accesso introdotto con la riforma del 2005, posto con una formula più generalizzata, ha riaperto il problema della sua effettiva portata e, quindi, la giurisprudenza ha dovuto riesaminare l'istituto, pervenendo però a conclusioni omogenee all'orientamento già consolidatosi prima delle modifiche.

La sentenza del T.R.G.A. di Bolzano

La questione sottoposta al vaglio dei giudici ha preso le mosse da un accertamento fiscale eseguito da Comando Provinciale della Guardia di Finanza di Bolzano nei confronti di una ditta individuale.

Dalla relazione informativa della Guardia di Finanza era derivata anche l'autorizzazione da parte del Procuratore della Repubblica di Bolzano per accedere al domicilio privato dell'imprenditore e di due dipendenti.

Chiusosi il procedimento con l'emanazione dell'avviso di accertamento per l'anno d'imposta 2014, l'imprenditore presentava istanza di accesso agli atti posti alla base della predetta autorizzazione della Procura e, in particolare, alla relazione informativa.

La richiesta era soddisfatta solo in parte dall'Amministrazione, essendo oscurate alcune parti del documento.

Non aveva esito positivo nemmeno la richiesta di riesame avanzata presso l'apposita Commissione della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Da qui, l'iniziativa giurisdizionale.

Sulla scorta dei numerosi precedenti richiamati nella stessa sentenza, il Tribunale ha avuto modo di ribadire l'illegittimità del diniego in base a due presupposti: la mancanza di esigenze di segretezza una volta chiusosi il procedimento⁶ e il diritto di difesa del contribuente, costituzionalmente garantito.

Chiaro, in tal senso, è il passaggio della sentenza in cui si stabilisce che "l'accertamento relativo all'anno 2014 si è concluso con la notifica dell'avviso di accertamento, di talché all'istanza di accesso del ricorrente non possono essere opposte esigenze di segretezza, neppure parziali, visto che non vi è più pericolo di pregiudicare l'efficacia dell'azione di controllo"⁷. Il giudice prosegue osservando che "l'accesso dopo la

⁵ Si era stabilito che "posto che il potere di verifica fiscale è istituzionalmente esercitabile in funzione strumentale all'accertamento tributario, la relativa attività – avendo ontologicamente una funzione preparatoria del futuro provvedimento definitivo – di norma non fa sorgere il diritto di accesso ai documenti in relazione alla chiusura delle operazioni di verifica ai sensi degli artt. 22 e ss. della menzionata legge 241/90, atteso che non c'è stato ancora alcun avviso di accertamento e, cioè, non si è concretato alcun atto di imposizione. Però, nel momento in cui – conclusosi il procedimento – si sia adottato l'atto impositivo, potendo quest'ultimo essere, in astratto, immediatamente lesivo di posizioni giuridiche e, quindi, tutelabile, ancor prima che in sede giudiziaria, mediante l'esercizio del diritto di accesso, deve essere consentita la visione dell'atto all'interessato" (Cons. di Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3825).

⁶ Circa il diverso regime di riservatezza che interessa le fasi del procedimento tributario, si è osservato che "nella generale sequenza procedurale, il versamento dei tributi si attua attraverso l'azione spontanea del contribuente che si uniforma alla legge, rispetto al quale l'intervento dell'amministrazione finanziaria è solo eventuale. Dunque, l'atto di accertamento dell'autorità fiscale e la conseguente azione di riscossione sono espressione di un'attività eventuale, di "secondo grado", il cui fine è quello di riportare il comportamento del contribuente al parametro legale. Astrattamente, dunque, la sollecita riscossione delle risorse da parte dello Stato presuppone che vi sia stata una compiuta azione di accertamento in capo ai contribuenti. Ciò impone che, sia l'iniziativa che l'istruttoria dell'amministrazione finanziaria, fasi prodromiche all'adozione del provvedimento finale, siano state svolte con riservatezza e celerità, con completezza degli elementi raccolti e, dunque, giungendo alla veridicità dei fatti da contestare al contribuente; sicché, l'ordinamento deve impedire che la partecipazione del privato, anche mediante l'accesso agli atti, diventi una indebita ingerenza nella gestione dell'interesse pubblico, che è, appunto, la sollecita riscossione delle imposte. Difatti, laddove l'attività preparatoria dell'accertamento dovesse risultare incompleta a causa di una indebita partecipazione del contribuente-interessato, ver-

rebbe sacrificata la pronta e sollecita riscossione delle effettive imposte dovute. Invece, dopo l'emanazione del provvedimento finale, quindi dopo che l'istruttoria è stata conclusa, l'amministrazione finanziaria, per rendere partecipe il contribuente dei fatti a lui contestati, deve rendersi "trasparente", consentendo all'interessato di essere sentito in contraddittorio e di estrarre copia dei documenti tributari necessari per una sua puntuale conoscenza dei rilievi mossi", *Tropea*, Il limite al diritto di accesso negli atti aventi natura tributaria, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2017, I, 141.

⁷ Questo è il principio ribadito dalla giurisprudenza in modo uniforme; oltre ai precedenti richiamati in sentenza (Cons. di Stato, Sez. IV, 24 settembre 2020, n. 5565, Cons. di Stato, 6 febbraio 2019, n. 906, Cons. di Stato, 6 novembre 2017, n. 5127; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 novembre 2019, n. 2709; T.A.R., Lombardia, Brescia, Sez. I, 28 marzo 2019, n. 282; T.A.R. Liguria, Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 28 e T.R.G.A. Bolzano, 23 gennaio 2014, n. 1), v. anche T.A.R. Sicilia, Catania, 23 ottobre 2019, n. 2735, T.A.R. Lazio, Roma, 8 marzo 2017, n. 3250, tutte in sito internet *Giustizia Amministrativa*.

A *contariis*, cioè per il caso in cui si è affermata la legittimità del diniego di ostensione stante la pendenza del procedimento di accertamento v. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 11 novembre 2020, n. 416.

La giurisprudenza, ad ulteriore conforto della conoscibilità dei documenti, ha valorizzato anche lo Statuto dei diritti del contribuente: "il principio di inaccessibilità degli atti del procedimento tributario di cui all'art. 24 della L. n. 241/1990 riformulato dalla L. n. 15/2005 – deve infatti essere interpretato alla luce delle modifiche della L. 27 luglio 2000, n. 212 "Statuto dei diritti del contribuente" per cui:

– il ruolo del soggetto passivo dell'obbligazione nell'ambito dell'accertamento tributario è infatti passato da una posizione di mera soggezione passiva ad un ruolo di attiva partecipazione;

– vi è stata una progressiva valorizzazione dei canoni di collaborazione e di contraddittorio fra le parti del rapporto tributario" (Cons. di Stato, Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4046, in sito internet *Giustizia Amministrativa*).

notifica dell'avviso di accertamento rappresenta quindi per il soggetto sottoposto a controllo fiscale la piena manifestazione del suo diritto di difesa".

Questa motivazione è, in un certo modo, la sintesi di una delle prime decisioni del Consiglio di Stato successive alla riforma del 2005 circa l'interpretazione del divieto di accesso nell'ambito del procedimento tributario la quale evidenzia come "secondo una lettura della disposizione costituzionalmente orientata, la norma debba essere intesa nel senso che la inaccessibilità agli atti di cui trattasi sia temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi esigenze di "segretezza" nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del procedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta sulla base degli elementi reddituali che conducono alla quantificazione del tributo.

Diversamente opinando si perverrebbe alla singolare conclusione che, in uno Stato di diritto, il cittadino possa essere inciso dalla imposizione tributaria – pur nella più lata accezione della "ragion fiscale" – senza neppure conoscere il perché della imposizione e della relativa quantificazione" (Cons. Stato, Sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 5144, in sito internet Giustizia Amministrativa).

Interessa evidenziare, ancora per maggior chiarezza, che il Consiglio di Stato aveva espresso tali considerazioni per respingere la tesi dell'avvocatura erariale secondo la quale, con la (allora) nuova formulazione dell'art. 24, "il legislatore ha voluto dettare una normativa più rigorosa e restrittiva di quella generale, stabilendo una completa inaccessibilità agli atti, in qualunque momento, anche quando è ormai conclusa la sequenza procedimentale".

Dunque, l'interpretazione basata sul mero dato letterale dell'art. 24 (nella versione successiva alla riforma del 2005) è stata disattesa fin dalle sue prime applicazioni dal giudice amministrativo.

Tornando alla sentenza del T.R.G.A., può rilevarsi come le esigenze difensive abbiano assunto un peso

preminente a fronte dell'obiezione dell'argomentazione del Ministero in base alla quale, non essendosi ancora concluse le attività di accertamento per agli anni successivi al 2014, la relazione sarebbe dovuta rimanere secretata.

Ragionevolmente, il T.R.G.A., ha evidenziato che il differimento avrebbe compromesso il diritto di difesa del cittadino, visto che l'impugnazione degli atti di accertamento tributario è soggetta a termini decadenziali.

Il tutto si pone anche in coerenza con i principi comunitari, che pure confermano il diritto a conoscere i documenti in possesso dell'Amministrazione dai quali è scaturito l'accertamento, in quanto a corollario del diritto difesa, purché non vengano compromessi interessi di carattere generale⁸.

Quest'ultima condizione ci offre lo spunto per osservare che la sentenza del T.R.G.A. si è occupata anche dell'applicazione al caso concreto delle limitazioni poste dall'art. 4, D.M. n. 603/1996⁹.

L'argomento viene affrontato sotto un duplice profilo.

Il primo attiene al 1° comma, lett. a), della citata norma, che sottrae all'accesso "i documenti relativi all'attività investigativa, ispettiva e di controllo dalla cui diffusione possa comunque derivare pregiudizio alla prevenzione e repressione della criminalità nei settori di competenza anche attraverso la conoscenza delle tecniche informative ed operative nonché degli atti di organizzazione interna, quando questa possa pregiudicare le singole attività di indagine".

Il T.R.G.A., nell'ambito di una sua valutazione discrezionale, ha reputato che la relazione informativa, così come predisposta nel caso di specie, non era idonea ad incidere negativamente su alcuno dei predetti interessi di portata generale.

Evidentemente, la valutazione di questo aspetto può variare a seconda del contenuto del documento oggetto di discussione¹⁰.

Il secondo profilo esaminato attiene, invece, alla lett.

Così in materia di IVA, si è stabilito che "il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'IVA, un soggetto privato deve avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustificino la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti" (Corte Giust. UE, Sez. III, 9 novembre 2017, n. 298, in banca dati *De Jure*).

⁸ Come già accennato nella nota 3, si tratta del regolamento del Ministero delle Finanze disciplinante le limitazioni all'accesso agli atti nell'ambito dei procedimenti di sua competenza per motivi connessi ad interessi generali.

⁹ Ad esempio, nell'ambito di una controversia sull'accesso agli atti in possesso dell'Anagrafe Tributaria richiesti per svolgere difese in un processo penale, si è ritenuto che "l'ostensione degli ordini di servizio del Corpo della Guardia di Finanza è oggettivamente idonea a consentire la conoscenza dettagliata, oltretutto con portata potenzialmente diffusa e sistemica, delle modalità

operative seguite dal Corpo – costituente una Forza di polizia ad ordinamento militare (cfr. il d.lgs. n. 68 del 2001) – nello svolgimento delle attività istituzionali, finalizzate in via diretta a tutelare proprio "l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità" e, pertanto, connotate da un intrinseco, costitutivo e strutturale carattere di necessaria riservatezza che non può che estendersi anche agli atti (quali, appunto, gli ordini di servizio) propedeutici alle attività propriamente e materialmente operative e, in particolare, investigative: si rientra appieno, dunque, nell'ambito delle possibili eccezioni all'accesso enucleate dalla legge" (Cons. di Stato, Sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2502, in sito internet *Giustizia Amministrativa*).

¹⁰ Anche per questo aspetto, le fattispecie possono assumere diversi connotati, a seconda anche della tipologia di documento richiesto. Infatti, non mancano casi nei quali, pur a fronte del coinvolgimento di dati e informazioni relativi a soggetti terzi, se la conoscenza di essi è effettivamente correlata ad esigenze meritevoli di tutela da parte del richiedente, i giudici hanno riconosciuto il diritto di accesso. Ad esempio, è stata giudicata fondata la richiesta di accesso per ottenere, da parte di un imprenditore, i nomi dei soggetti che avrebbero dovuto pagare le ritenute d'ac-

d) della citata disposizione limitativa, la quale esclude la conoscibilità ai terzi di “atti e documenti attinenti alla identità e gestione delle fonti confidenziali ed alle informazioni fornite dalle fonti stesse, individuate o anonime, nonché contenute in esposti da chiunque inoltrati”.

Siccome nel caso che ci occupa il nome del denunciante era inserito nella relazione oggetto dell’accesso, il T.R.G.A., ha ritenuto legittimo l’oscuramento dei dati personali, evidenziando altresì che queste informazioni non erano funzionali ad alcuna esigenza difensiva¹¹.

Contratti della P.A.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 631 – Pres. Giordano – Est. Vampa – Elisicilia S.r.l. (avv.ti Marino, Borgia e Dell’Arte) – A.R.E.U. – Azienda Regionale Emergenza Urgenza (avv. Orlando) – GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. (avv. Mazzeo).

Amministrazione pubblica – Contratti pubblici – Procedure ad evidenza pubblica – Art. 79, 2° comma, del D.Lgs. n. 50/2016 – Illegittimo l’obbligo di sopralluogo anche per il gestore uscente ma anche la successiva disapplicazione in suo favore – Violazione par condicio – Obbligo di rifare la gara

La stazione appaltante, dopo aver previsto l’obbligo di sopralluogo a pena di esclusione, non può disapplicarlo parzialmente permettendo al gestore uscente di non rispettarlo, perché così facendo lederebbe il legittimo affidamento degli altri offerenti che confidavano nella sua esclusione in ragione della riscontrata assenza dello stesso in sede di sopralluogo. Ciò non toglie, comunque, che debba essere ritenuto illegittimo il bando di gara che preveda un indiscriminato obbligo generale di sopralluogo anche se il gestore uscente può agevolmente dimostrare di conoscere il puntuale stato dei luoghi, con conseguente obbligo di rifare la gara.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6033 – Pres. Lipari – Cons. Est. Cogliani – A.R.E.U. – Azienda Regionale Emergenza Urgenza (avv. Orlando) – Elisicilia S.r.l. (avv. Borgia) – GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A. (avv.ti Mazzeo e Caruso).

Amministrazione pubblica – Contratti pubblici –

conto e per il cui omesso versamento l’imprenditore era risultato destinatario di un avviso di accertamento (Cons. di Stato, Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4046). Così pure, in materia di accertamento di rendite catastali effettuata attraverso la comparazione con altri immobili, il destinatario del provvedimento dell’Agenzia delle Entrate ha ottenuto l’accesso ai documenti di comparazione sep-

L’operazione è ovviamente frutto di un bilanciamento degli interessi in gioco, risolto con una scelta sicuramente ragionevole.

Dunque, con la sentenza in commento viene pienamente confermata la possibilità per il cittadino, a mezzo dell’esercizio del diritto di accesso, di comprendere i presupposti, i dati, l’iter logico posti alla base dell’atto di accertamento fiscale che lo vede come destinatario. Trattasi di una corretta applicazione, prima ancora che del diritto di difesa, del principio di trasparenza dell’azione amministrativa.

Procedure ad evidenza pubblica – Art. 79, 2° comma, D.Lgs. n. 50/2016 – Obbligo di sopralluogo del gestore uscente – Ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale – Illegittimità lex specialis – Non sussiste obbligo di rifare la gara

Nelle procedure di affidamento il sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara e l’obbligo di sopralluogo ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un’offerta consapevole e più aderente alle necessità dell’appalto. L’obbligo del sopralluogo preventivo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara. Una volta accertata l’illegittimità della prescrizione, l’ammissione in gara del gestore uscente deve reputarsi conforme al quadro normativo di riferimento, senza alcuna necessità di rinnovare l’intera procedura. Né può dirsi che, in tal modo, sia violata la par condicio dei concorrenti o siano deluse le aspettative legittime dei concorrenti.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Sopralluogo preventivo del gestore uscente e riedizione della gara

Come è stato sottolineato chiaramente nella sentenza dell’Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, “l’utilità o

pur contenenti dati riferiti a soggetti terzi, ciò perché “non può la sola ed estrinseca circostanza per cui un dato documento, oggetto di una istanza di accesso, afferisce a persona diversa dal richiedente essere ritenuta sufficiente per negare il diritto di accesso” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 1347, in sito internet *Giustizia Amministrativa*).

bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata ad eventi solo potenziali e incerti dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto. L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio”.

Desta perciò parecchie perplessità la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 631, secondo cui deve essere ritenuto illegittimo il bando di gara che preveda un indiscriminato obbligo generale di sopralluogo anche se il gestore uscente può agevolmente dimostrare di conoscere il puntuale stato dei luoghi, con conseguente obbligo di rifare la gara (cfr. Giuffrè, *Illegittimo l'obbligo indiscriminato di sopralluogo anche per il gestore uscente ma anche la successiva disapplicazione in suo favore: obbligo di rifare la gara*, in *lamministrativista.it*, 24 aprile 2020; vedasi anche Mento, *Obbligo di sopralluogo del gestore uscente*, *ibidem*, 21 maggio 2020).

La decisione del T.A.R. Il T.A.R. ha ritenuto che la stazione appaltante, dopo aver previsto l'obbligo di sopralluogo a pena di esclusione, non può poi disapplicarlo parzialmente, permettendo al gestore uscente di non rispettarlo, perché così facendo lederebbe il legittimo affidamento degli altri offerenti che confidavano nella sua esclusione in ragione della riscontrata assenza dello stesso in sede di sopralluogo. Detta lettura, pur se confortata dalla *communis opinio*, si rivela fallace allorché applicata a un processo dinamico come quello concorrenziale. Occorre invece adottare una interpretazione *cum grano salis*, confacente all'obiettivo ultimo di addivenire alla scelta del miglior contraente, senza soffermarsi su mere questioni formali che non siano in grado di sovvertire tale scelta (cfr. art. 21-*octies*, 2° comma, L. n. 241/1990).

Proprio in relazione alla funzione del sopralluogo, così come delineata dalla giurisprudenza ricordata dal T.A.R., giova rammentare il principio affermato dalla sentenza del Cons. di Stato, Sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4597: essendo ingiustificato l'onere di chiedere al gestore uscente del servizio la dichiarazione di aver eseguito il sopralluogo e di produrre il relativo verbale a pena di esclusione dalla gara, deve ammettersi che un simile obbligo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione og-

getto della procedura di gara. In estrema sintesi, l'orientamento giurisprudenziale afferma dunque il valore sostanziale e non formale del sopralluogo obbligatoriamente richiesto alle imprese partecipanti (Cons. di Stato, Sez. IV, n. 4778/2015, Cons. di Stato, Sez. VI, n. 2800/2016, Cons. di Stato, Sez. V, n. 1037/2018 e Cons. di Stato, Sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597 cit.). In tal senso la clausola contestata è da considerarsi effettivamente illegittima in quanto violativa dei principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza, economicità e del divieto di aggravio del procedimento. Tant'è che ai sensi dell'art. 8, 1° comma, D.L. n. 76/2020 (c.d. Semplificazioni), convertito in L. 11 settembre 2020, n. 120, le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'art. 79, 2° comma, D.Lgs. n. 50/2016, esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare.

Ma da tale illegittimità pare assurdo far discendere la riedizione della gara per mero tuziorismo, sul presupposto dell'autovincolo della p.a. e quindi della impossibilità di disapplicare la *lex specialis* di gara. In casi del genere serve una certa flessibilità ed elasticità interpretativa, altrimenti la forma oblitera la sostanza senza alcuna utilità di sorta. A che giova rifare l'intera gara per via di una mera irregolarità relativa alla clausola della *lex specialis* che impone il sopralluogo a pena d'esclusione anche al gestore uscente? Tanto più che, nella fattispecie, dalla dichiarazione di aver effettuato il sopralluogo da parte del gestore uscente (che già ben conosce i luoghi e i termini del servizio), non sembra derivare alcun pregiudizio alla libera concorrenza e alla *par condicio*: per il gestore uscente il sopralluogo rimane un adempimento formale che non sposta alcunché negli equilibri della gara favorendolo o avvantaggiandolo rispetto agli altri concorrenti. L'unico risultato che si ottiene con rigide interpretazioni giusformalistiche è che – a distanza di anni – la procedura di gara esperita si rivela inutile e da rifare, magari con lo stesso esito finale (ossia la conferma dell'aggiudicatario iniziale ovvero la presenza di altre irregolarità formali che porteranno ad una ulteriore rinnovazione della procedura, e così via in una sorta di regresso all'infinito), al costo di gravosi ritardi temporali ed enormi sprechi di risorse che francamente l'Italia non può permettersi.

Ciò detto, la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano n. 631/2020 prende posizione anche su altri aspetti degni di nota: in primo luogo, qualifica la clausola di gara sul sopralluogo come annullabile e non nulla (ancorché sulla base dell'erroneo presupposto della carenza o no di potere, anziché sull'elemento testuale di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016); in secondo luogo, ha respinto la eccezione di intempestività del

gravame incidentale, basata sull'asserito carattere escludente delle impugnate previsioni della *lex specialis*, foriere di un onere di immediata impugnazione (non trattandosi di clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili, ovvero del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura né di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa ovvero comprimano *illico et immediate* la sfera giuridica del potenziale partecipante alla gara, in quanto gli impediscono, *de iure aut de facto*, di partecipare e, indi, di pienamente dispiegare le proprie legittime facoltà pretensive nella procedura volta alla aggiudicazione della commessa pubblica né ledono, in tal guisa, in modo diretto ed immediato il bene della vita costituito dalla *chance* di aggiudicazione). E ciò in conformità dei principi generali in tema di interesse a ricorrere, *id est* di *legitimitas ad processum* – la cui *ratio*, comune a quella dell'altra condizione dell'azione costituita dalla legittimazione ad agire (*legitimitas ad causam*), è funzionale ad evitare il compimento di attività inutili e sprechi della risorsa giustizia, in ossequio ad un interesse di ordine pubblico processuale “metaindividuale” volto a garantire efficienza ed efficacia al processo in conformità degli artt. 111 Cost., 6 e 13 CEDU, 47 Carta UE – inteso come concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza di una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 c.p.c. (Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1156/2016; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 2 aprile 2019, n. 731).

La decisione del Consiglio di Stato. La sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano n. 631/2020 è stata riformata da Cons. di Stato, Sez. III, 12 novembre 2020, n. 6033 – con nota di Simone, *Obbligo del sopralluogo preventivo rispetto al gestore uscente*, in *lamministrativista.it*, 13 novembre 2020 (vedasi anche Strazza, *Il sopralluogo preventivo nei contratti pubblici: ammissibilità e limiti* – nota a T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 novembre 2020, n. 1772, *ibidem*, 16 novembre 2020).

Il giudice d'appello condivide la ricostruzione del quadro normativo descritta dalla pronuncia di primo grado, che afferma con chiarezza il principio secondo cui il gestore uscente del servizio non può essere gravato dell'onere di documentare l'effettuazione di un nuovo sopralluogo nei luoghi interessati dalle prestazioni contrattuali, qualora l'oggetto della fornitura o del servizio presenti caratteristiche sovrapponibili a quelle del rapporto in atto. Non sono persuasive, però, le conseguenze processuali che la sentenza del T.A.R. ne trae, né l'interpretazione del disciplinare di gara.

In primo luogo, non è convincente l'esito processuale conseguente all'accoglimento del ricorso incidentale proposto contro la clausola del disciplinare di gara che, secondo il T.A.R., impone l'onere del sopralluo-

go a tutti i concorrenti, senza esentare il gestore uscente del servizio. Infatti, una volta accertata l'illegittimità della prescrizione, l'ammissione in gara del gestore uscente deve reputarsi conforme al quadro normativo di riferimento, senza alcuna necessità di rinnovare l'intera procedura. Né può dirsi che, in tal modo, sia violata la *par condicio* dei concorrenti o siano deluse le aspettative legittime dei concorrenti. Come affermato già in sede cautelare (con ordinanza n. 5280/2019, il Consiglio di Stato aveva accolto l'appello avverso l'ordinanza del primo giudice, ritenendo che “nella fattispecie dedotta non vi è questione di disapplicazione del bando di gara, peraltro successivamente impugnato in via meramente cautelativa dalla parte odierna appellante, ma della sua applicazione avuto riguardo alla peculiare posizione fattuale del gestore uscente, già insediato nei luoghi oggetto di sopralluogo”), il Consiglio di Stato ritiene che il disciplinare di gara debba correttamente interpretarsi nel senso che esso non imponesse affatto il sopralluogo anche al gestore uscente. La stazione appaltante, nell'ammetterlo alla procedura, non ha effettuato una disapplicazione della *lex specialis* di gara, ma ne ha disposto una corretta applicazione avuto riguardo alla peculiare posizione fattuale del gestore uscente, già insediato nei luoghi oggetto di sopralluogo. Infatti, il sopralluogo – nella sua materialità, quale attività di cognizione dello stato dei luoghi ai fini della formulazione di un'offerta consapevole – è stato dunque eseguito nelle forme della esecuzione *in loco* del precedente contratto (il che è sostanzialmente incontestato), senza necessità di darne la documentazione, conforme al modello di dichiarazione previsto dalla *lex specialis*, previa effettuazione degli ulteriori adempimenti formali ad esso prodromici previsti dal disciplinare. L'applicazione della legge di gara in modo ragionevolmente diseguale rispetto a situazioni in fatto sensibilmente diseguali non comporta, dunque, alterazione della *par condicio* fra i concorrenti, difettando il presupposto della identità di situazione.

Osservazioni conclusive e spunti di riflessione. In considerazione delle superiori osservazioni, il fine della sollecita definizione dei ricorsi (in virtù del disposto dell'art. 120, 1° comma, c.p.a. il discorso non riguarda i ricorsi di natura amministrativa “ordinari” – ricorsi gerarchici (propri e impropri) e ricorsi in opposizione – e neppure il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in quanto non ammessi) deve essere opportunamente temperato con la conservazione della procedura di gara, laddove possibile, siccome gli interessi in questione sono profondamente diversi e vanno accordati in funzione della concorrenza ed in conformità al principio espresso dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*, con la conseguenza che l'annullamento della gara e la sua riedizione devono rappresentare l'*extrema ratio*.

Del resto, trattandosi di illegittimità parziale, appare eccessivo predicare sia l'onere di impugnazione imme-

diata sia l'onere di riedizione della intera gara, quando la soluzione più ragionevole risulta la possibilità di impugnazione postergata. La giurisprudenza è tuttora alquanto incerta quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alle procedure, imponendo, a titolo esemplificativo, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale. Ad avviso di chi scrive dovrebbe preferirsi una interpretazione restrittiva laddove non vi sia un'effettiva lesione della concorrenza e l'operatore non fornisca una congrua prova di resistenza che dimostri una *chance* concreta di aggiudicazione.

Ne deriva l'impraticabilità della riedizione di una procedura destinata a ripetersi col medesimo esito o comunque infruttuoso per i ricorrenti senza *chance* di aggiudicazione. Per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Sull'onere di immediata impugnazione del bando e della lex di gara – Riflessioni a margine della più recente giurisprudenza (sovra)nazionale*, Rimini, 2021.

Tanto più che, come da ultimo statuito da T.A.R. Lazio, Roma, Sezione Seconda *Bis*, 11 febbraio 2021, n. 1737, nei casi in cui il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso ma venga disposta la ripetizione di un segmento procedimentale (quale quello per la verifica dell'anomalia dell'offerta), il giudice, quando gli interessi dedotti in giudizio lo richiedano, può modulare gli effetti dell'inefficacia del contratto posticipandoli al momento in cui il potere della stazione appaltante sarà stato presumibilmente riesercitato (cfr. Cocchi, *Sul potere del giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto*, in *lamministrativista.it*, 19 febbraio 2021).

La previsione dell'art. 1, 3° comma, Dir. 89/665 CEE e s.m.i., che riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posi-

zioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse – là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione” – deve, infatti, interpretarsi in coerenza con la nozione di interesse al ricorso di cui all'art. 100 c.p.c.

Ritiene, infatti, TAR Lazio, Roma, Sez. I-*bis*, 4 gennaio 2021, n. 11, che, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura. Perciò, nell'ipotesi di infondatezza delle censure inerenti all'esclusione della ricorrente non sono suscettibili di scrutinio, per difetto di interesse a ricorrere, le censure articolate nel medesimo ricorso tendenti non già a contestare la mancata esclusione della controinteressata (o alla rinnovazione dell'intera procedura di gara), ma la contestazione dei punteggi assegnati all'offerta tecnica. Appare, infatti, evidente che l'accoglimento di tali censure non potrebbe spiegare alcuna utilità neanche strumentale per la ricorrente principale alla riedizione della gara, posto che andrebbe rinnovata non l'intera procedura di gara ma il segmento della stessa riferito all'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica della controinteressata; rinnovazione che non comporterebbe alcun vantaggio nemmeno potenziale alla ricorrente principale esclusa dalla procedura di gara.

Marco Ceruti

Diritto Penale

a cura di Francesco Palazzo

con Fabio Basile, Lucia Risicato e Antonio Vallini

Responsabilità da reato degli enti

Cassazione penale, Sez. IV, 26 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 29584 – Pres. Dovero – Rel. Cappello – P.G. Cardia (diff.) – Ric. F.lli C. S.p.a. *Rigetta il ricorso.*

Reato in genere – Infortunio sul lavoro – Enti – Interesse – Vantaggio – Prova

Ai fini dell'imputazione all'ente del reato di cui all'art.

25-septies, D.Lgs. n. 231/2001 non è rilevante la natura sistematica della violazione delle norme antinfortunistiche. Tale connotato, appartenendo al piano probatorio, può acquisire valore come prova del carattere finalistico della condotta dell'agente. (Massima non ufficiale)

Per il testo della nota v. www.cortecassazione.it.

Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica

Andrea Francesco Tripodi*

La Corte di Cassazione, nel sottoporre a critica l'orientamento secondo cui, ai fini dell'affermazione della responsabilità da reato dell'ente ex art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001, sarebbe determinante il carattere sistematico delle violazioni delle regole antinfortunistiche, si sofferma sulle ragioni della valorizzazione di tale profilo e ne circoscrive il ruolo al piano squisitamente probatorio.

Parte generale del diritto penale degli enti e reato-presupposto colposo: una premessa

La decisione in esame si inserisce nel novero delle pronunce che nel corso degli anni hanno (ri-)definito lo statuto della responsabilità dell'ente da reato-presupposto colposo d'evento, qual è quello contemplato all'art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2011, vale a dire l'omicidio colposo o le lesioni (gravi o gravissime) realizzati con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

È noto come l'irrompere di tale figura nella cerchia dei reati-presupposto, avvenuto nel 2007 con l'inserimento nel decreto della richiamata disposizione, abbia inciso sulla lettura della parte generale della normativa, la quale, non adattata attraverso modifiche all'accoglimento della nuova tipologia di reato, ha finito per porre all'interprete un problema di compatibilità con la struttura dell'illecito colposo.

La tematizzazione dei presunti tratti conflittuali tra norme di parte generale del sistema 231 e reato-presupposto colposo ha interessato, sia pure con diverse cadenze, i due piani portanti della dinamica imputa-

tiva: quello oggettivo, dove oramai, come peraltro riconosciuto dalla pronuncia che si commenta, è da ritenersi sciolto il nodo della intellegibilità in termini di *interesse e/o vantaggio* per l'ente di un reato culminante con un evento colposo infausto per un suo lavoratore; e quello soggettivo, in punto di componente elusiva del modello, dove, con riferimento al predicato della fraudolenza che la qualifica, si è posta la questione della conciliabilità con l'assenza di volontà che caratterizza il reato colposo, senza per ora avere compiute risposte dalla giurisprudenza.

Su questo terreno concettuale si è sviluppato negli ultimi anni l'orientamento giurisprudenziale – respinto ora dalla Suprema Corte –, che, secondo quanto vedremo, in una prospettiva in ultima analisi accomunante i due piani richiamati, ha rimodulato il criterio di imputazione oggettiva del reato all'ente, integrandolo con il requisito della natura sistematica delle violazioni delle regole antinfortunistiche.

Oggetto, struttura e sviluppo della decisione

Sotto la lente dei giudici l'affermata responsabilità

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

ex D.Lgs. n. 231/2001 di una società per un infortunio occorso a due dipendenti di un'altra società, fatta intervenire dalla prima nell'esecuzione di lavori commissionati a una terza società e all'insaputa di quest'ultima, con un'iniziativa giudicata in attrito con le più elementari regole cautelari: in particolare, con l'art. 92, D.Lgs. n. 81/2008, dal momento che le lavorazioni che avevano causato l'incidente non erano state in alcun modo contemplate nel piano di sicurezza. Senza peraltro che potesse assumere rilievo il dato per cui la modalità esecutiva dei lavori fosse stata scelta da una delle vittime, essendo obbligo del committente e del datore dei lavori impedire iniziative di competenza di altre figure della sicurezza e, a monte, l'operatività di una terza ditta estranea ai lavori nel cantiere realizzato dalla società appaltatrice (la quale neppure era stata informata dell'evenienza).

Nel rigettare il motivo del ricorrente, incentrato sul difetto della, ritenuta necessaria, sistematicità della violazione delle regole cautelari – di modo che il beneficio (*interesse/vantaggio*) per l'ente, nel caso di specie tradottosi nel risparmio dei tempi di lavorazione conseguente all'intervento operativo non programmato, potesse essere espressione di un indirizzo di impresa –, la Suprema Corte ripercorre le principali tappe giurisprudenziali in materia di imputazione al-

l'ente del reato di cui all'art. 25-*septies*, soffermandosi, con dovizia argomentativa, sui relativi approdi, suggellati dalla costantemente richiamata decisione delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp¹.

Si muove dalla condivisione della qualificazione della natura di tale responsabilità come *tertium genus*, secondo un modello che, nel coniugare appunto i tratti del *penale* e dell'*amministrativo*, rivela comunque una stretta contiguità col primo, attesa la dimostrata piena compatibilità con i principi personalità e colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.

Viene quindi aperta la pagina dell'imputazione oggettiva del reato all'ente attraverso la riproposizione della (suggerita dalla Relazione al decreto², ma discussa in dottrina) definizione dei criteri dell'*interesse* e del *vantaggio* improntata a una rapporto di alternatività tra i medesimi, dove l'uno è letto in chiave marcatamente psicologica, secondo una valutazione teleologica da effettuare *ex ante* (a prescindere dal risultato conseguito attraverso il reato), e l'altro in chiave oggettiva, nel senso appunto dell'incameramento di un vantaggio da parte dell'ente, con verifica evidentemente *ex post* rispetto alla commissione del reato (a prescindere cioè dall'intento perseguito in partenza dall'autore individuale)³.

Si entra infine in *medias res*, evidenziando la prima e

¹ Cass. pen. Sez. un., 24 aprile 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, *Espenbahn e altri*, par. 60 e segg.

² Relazione al D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, consultabile, tra l'altro, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 485.

³ In dottrina, attraverso percorsi argomentativi non sempre pienamente coincidenti, prevale la tesi che il primo sia l'unico criterio rilevante, ovvero che essi siano riducibili a un'endiadi espressiva di un criterio unitario, e che vada inteso in senso oggettivo per evitare di dare importanza alla soggettiva rappresentazione dell'autore del fatto: ossia, in termini di proiezione finalistica-funzionale riconoscibile alla stessa condotta (Cfr., tra gli altri, D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2002, 425; C. Pecorella, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 83 in nota; A. Manna, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1114; A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5103; N. Selvaggi, *L'interesse collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 82 e segg.; Id., *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2010, 527 e segg.; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale-parte generale*, Milano, 2008, 159; De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 376 e segg.; A. Alessandri-S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, Torino, 2018, 95; M. Pelissero, *Responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, XIV, ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2018, 757; sebbene si registri pure una valorizzazione del profilo soggettivo in ragione della maggiore significatività che in tal modo assumerebbe il nesso tra reato e compagine organizzativa: in questo senso, per tutti, E.M. Ambrosetti, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Bolo-

gna, 2006, 197; N. Selvaggi, *L'interesse*, cit., 168; N. Pisani, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in A. D'Avirro, A. Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Torino, 2009, 111). Tale impostazione del resto troverebbe conferma nella stessa introduzione del reato colposo, la cui dinamica risulta incompatibile con una concezione del requisito in chiave psicologica (ossia quale finalità soggettiva che anima l'agire del reo), almeno nelle ipotesi in cui il singolo non abbia consapevolezza di violare la norma cautelare. Per questa stessa ragione, d'altra parte, in chiave antitetica rispetto al diniego di autonomia funzionale del vantaggio, è stato proposto di mantenere siffatta autonomia proprio con riferimento ai reati colposi (cfr., per tutti, M. Scoletta, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Società*, 2010, 1120 e segg.; G. Amarelli, *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2013, 38). Per un recupero del ruolo del vantaggio in una prospettiva processualpenalistica, cfr. G. De Simone, *Persone*, cit., 378; Id., *Art. 5*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 113, secondo cui il suo conseguimento dovrebbe determinare una presunzione *juris tantum* in ordine alla sussistenza di un interesse della persona giuridica, alla quale, in forza della conseguente inversione dell'onere della prova, spetterà dimostrare che l'autore ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Diversamente, nell'ambito di una ricostruzione del modello di responsabilità dell'ente secondo lo schema concorsuale, dove i criteri di imputazione oggettiva fungerebbero da elementi di prova della partecipazione del soggetto collettivo nel reato individuale, giunge a ridimensionare in questa materia il nesso di imputazione oggettivo di cui all'art. 5, fino a rilevarne la superfluità, sulla base del rilievo per cui l'ente condividerebbe con la persona fisica gli stessi obblighi prevenzionistici ovvero la medesima posizione di garante e responsabile della sicurezza sul lavoro, M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, 138 e segg. e 146.

più nota peculiarità dell'atteggiarsi della dinamica di imputazione oggettiva del reato in materia di reati-presupposto di omicidio o lesioni da violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Il *focus* è, cioè, diretto sulla sopra richiamata questione dell'intelligibilità della fattispecie di omicidio e lesione colposi in termini di *interesse/vantaggio* per l'ente, risolta in senso positivo, sotto l'egida dell'esegesi conservatrice delle norme, attraverso l'opera *conformativa* alla specificità strutturale del reato colposo d'evento, che si attua riferendo il criterio di imputazione oggettiva non al reato nella sua integralità (che mai potrebbe essere realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente), ma alla condotta inosservante *tout court*, in quanto tale commissibile *a beneficio* dell'ente, destinatario appunto del connesso risparmio di spesa o di tempo (nello svolgimento dell'attività produttiva). Una lettura, questa, che, all'epoca della sua comparsa nella giurisprudenza di merito⁴, diede adito a un vivo dibattito dottrinale, ancora non del tutto sopito⁵, e che oggi, univocamente accolta da quella di legittimità⁶, è prospettabile come un dato definitivamente acquisito.

La Corte, inoltre, sulla scorta di vari precedenti, approfondisce sul piano contenutistico il concetto di *beneficio* alternativamente espresso dai criteri di imputazione oggettiva, chiarendo come esso possa essere inteso non solo quale risparmio di spesa collegato alla mancata predisposizione del presidio di sicurezza, ma pure in termini di incremento economico conseguente all'aumento della produttività non rallentata dall'os-

servanza della norma cautelare. Relativamente al caso di specie vengono quindi convalidate le conclusioni delle corti di merito, le quali avevano posto l'accento sulla possibilità di realizzare più celermente i lavori, ossia sul risparmio dei tempi definiti dal progetto originario.

Sull'abitualità dell'inosservanza della norma cautelare quale nuovo criterio di imputazione del reato all'ente

Siamo al punto. La tesi della necessaria sistematicità della violazione della norma cautelare ai fini del perfezionamento della dinamica di imputazione oggettiva del reato all'ente viene respinta dalla Suprema Corte attraverso un ragionamento che si sviluppa su un duplice piano: quello tipicamente legalistico, rispetto al quale è rimarcata la natura *praeter legem* dell'assunto; quello interno alla dimensione teleologica della lettura medesima, rispetto al quale, a fronte di un'analisi degli intenti ad essa attribuiti, è fundamentalmente mossa una critica di eccedenza o di eccentricità rispetto a taluni scopi o esigenze già assicurati dalla normativa.

In ordine alle preoccupazioni legalistiche v'è poco da aggiungere alle conclusioni dei giudici, che, nel richiamare il testo dell'art. 25-*septies* del decreto, sottolineano l'assenza di ogni riferimento al supposto requisito dell'*abitualità* della violazione⁷, senza peraltro mancare di rilevare l'intrinseca indeterminatezza di questo, non risultando chiaro quando la ripetizione del comportamento potrebbe dirsi espressiva di un

⁴ Cfr. Trib. Trani, Sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 845. Trib. Novara, 1° ottobre 2010, G.U.P. Pezone, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1° ottobre 2010; Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2010; Trib. Torino, II Corte di Assise, 15 marzo 2011 e Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2011 e 15 aprile 2021; Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, G.U.P. Altieri, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 novembre 2011; Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, G.U.P. Massarelli, in *Società*, 2012, 1105; Trib. Milano, Gip Salemmè, ord. 8 marzo 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2012.

Tale soluzione ermeneutica era, per vero, già emersa in dottrina: cfr. D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 426; G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2004, 96 in nota; G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e responsabilità da reato delle società. Principi generali (d.lgs. n. 231/01), regole speciali (d.lgs. n. 81/08) e riflessi sistematici*, in Id., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009, 205; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Milano, 2010, 74; M. Pelissero, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001*, in A. Castaldo, V. De Francesco, M. Del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco (a cura di), *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, 1205.

⁵ L'obiezione si incentra sul rilievo di violazione del principio di legalità, in particolare *sub forma* di divieto di analogia *in malam partem* (cfr., per tutti, T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. It. Dir. e*

Proc. Pen., 2009, 707; D. Castronuovo, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milano, 2009, 326 e segg.; O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1343; G. Amarelli, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 848; Id., *I criteri oggettivi di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2013, 16 e segg.; E. Amati, *La responsabilità degli enti per i reati colposi di omicidio e lesioni gravi o gravissime, commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro*, in G. Insolera (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, 65; da ultimo, T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, Torino, 2018, 71), a fronte del quale si renderebbe necessario l'intervento risolutivo del legislatore (per la cui prospettazione si veda G. De Simone, *Art. 5*, cit., 123 e V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 469).

⁶ Per tutte, si veda ancora *Cass. pen. Sez. un.*, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

⁷ In dottrina, nello stesso senso, D. Castronuovo, *Art. 25 septies*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 626-627; e, con riferimento a precedenti pronunce di merito, S. Dovere, *Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M. Levis, A. Perini (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 629.

modo di essere dell'organizzazione e dunque *sistematica*.

Circa la *ratio* sottesa alla lettura, la Cassazione ha innanzitutto richiamato l'intento di scongiurare il rischio che l'accertamento della responsabilità dell'ente consegua automaticamente all'accertamento del reato della persona fisica – in un contesto in cui, come detto, è privo di rilievo selettivo il suo evento –, e al rapporto di immedesimazione, così finendo per proiettare il requisito innovativo di cui si discute – felicemente definito come “moderatore” di quell'effetto – nell'orbita della colpevolezza. Se vogliamo, in questa prospettiva, esso creerebbe un ponte tra la dinamica imputativa oggettiva e quella soggettiva ovvero darebbe atto che lo stesso giudizio di colpevolezza permea la verifica pertinente all'imputazione oggettiva del reato.

Nella stessa ottica si precisa come il medesimo requisito non vale comunque a sancire la rilevanza ai fini imputativi dell'evenienza caratterizzata dalla piena consapevolezza dell'agire inosservante della persona fisica, a ciò già bastando lo spettro contenutistico pertinente alla figura dell'*interesse*, che per l'appunto rende in questo senso tipiche le sole ipotesi caratterizzate da una scelta finalisticamente orientata al risparmio delle spese richieste dall'adozione delle misure antinfortunistiche. Fermo restando, aggiungiamo noi, che la diversa ipotesi di violazione delle cautele discendente da una mera sottovalutazione dei rischi o più in generale dovuta a semplice dimenticanza potrebbero trovare comunque spazio *ex post* a seguito dell'asseveramento del suddetto risparmio rilevante come *vantaggio*.

Infine, a mo' di chiusura *tranchante*, ricollegandosi al ritenuto intento moderatore della corresponsabilizzazione dell'ente da posizione ricoperta al suo interno dalla persona fisica, la Corte giudica come eccentrica rispetto allo spirito della legge la conclusione a cui si perverrebbe condividendo la tesi su cui si fonda il ricorso, secondo la quale sarebbe irrilevante la violazione della regola cautelare intenzionale solo occasionale e dunque non significativa di una politica azien-

dale improntata alla sistematica inosservanza della stessa.

Ciò posto, la Cassazione ritaglia al profilo della sistematicità della violazione un ruolo circoscritto al piano probatorio: nel senso cioè che da siffatta *abitudine* può trarsi un indizio della finalità (di contenimento dei costi o di incremento dei profitti) a cui è orientata la condotta inosservante del reo, senza che ciò escluda la sussistenza di una tale finalità, come tale derivabile da altre circostanze fattuali, nell'ipotesi in cui si abbia una trasgressione isolata.

La correttezza delle conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte non ci esimono dal proporre qualche considerazione in parte riepilogativa, in parte, per così dire, integrativa.

Il tentativo di concepire l'*abitudine* del comportamento inosservante quale elemento costitutivo della dinamica imputativa del reato all'ente in omaggio al principio di colpevolezza si rivela ultroneo soprattutto quando si tenga conto della valorizzazione dei profili di colpevolezza della *societas* già garantita dalla normativa (con la previsioni degli artt. 6 e 7) attraverso il referente concettuale individuato nella sua *organizzazione* (*rectius*, nella prevenzione del rischio-reato mediante organizzazione). Secondo una soluzione che riguarda pure l'ipotesi di reato-presupposto commesso dal vertice, contingenza in cui la traduzione nel sistema della teoria dell'immedesimazione organica potrebbe apparire sufficiente a incardinare la corresponsabilizzazione dell'ente. È noto infatti come il legislatore, attraverso la previsione di un meccanismo liberatorio imperniato sul modello di organizzazione anche per l'ipotesi di reato-presupposto commesso da un soggetto in posizione apicale, abbia riconosciuto circa il rapporto ente-vertice una duplice dimensione esistenziale⁸, la quale consente di assolvere il primo per avere ben organizzato la prevenzione dell'agire criminale del secondo, così denotando che l'iniziativa criminale *appartiene* esclusivamente a quest'ultimo⁹. La scelta, la quale invero sottende un problema, per così dire, di *credo* con connotazione generale e profonda¹⁰, risponde a commendevoli esigenze con con-

⁸ Limitatamente agli enti con *compartimentazione orizzontale*, come chiaramente precisato nella Relazione al decreto, cit., 489. Vale a dire nella misura in cui la *societas* da giudicare abbia un *management* disteso su base orizzontale: ad esempio, con consiglio di amministrazione, supponiamo espressivo di una politica virtuosa; e soggetti in posizione apicale, quali amministratori con delega o d'area, o, ancora, direttori di stabilimento, che si rendano in ipotesi protagonisti dell'illecito. Diversamente, tale schema non sarebbe riproponibile rispetto al modello tradizionale di ente collettivo con amministratore unico, dove non si può che concludere che il soggetto in posizione apicale è inevitabilmente espressione della politica dell'ente. Sul punto, per tutti, C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex D.Lgs. 231/2001, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 2052; Id., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2002, 590; C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri

(a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 54.

⁹ Superfluo osservare come il dibattito relativo alla credibilità di un *diaframma* che separi ente e suo vertice debba considerarsi ormai superato dalla stessa giurisprudenza che ne ammette la praticabilità. Sui termini della questione si rinvia, per tutti, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, a A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 213; C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 54.

¹⁰ Nella dottrina aziendalistica e commercialistica, P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri ipotest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 50-51; F. Manzoni, *La responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 16 e segg. e G.M. Golinelli, *L'approccio sistematico al governo dell'impresa*, Padova, 2000.

nessi vantaggi: impedire la configurazione *nella sostanza* di un'ipotesi di responsabilità oggettiva – legata all'inevitabile imputazione secondo il criterio di cui all'art. 5 –, che si pretenderebbe inutilmente di negare invocando la *traslatio* in capo all'ente dell'atteggiamento soggettivo dell'individuo assicurata dalla *identification theory*; ottenere l'effetto di motivare le realtà collettive, attraverso la prospettazione delle *chances* difensive offerte dal modello, alla prevenzione del reato realizzabile dalle persone fisiche che vi fanno o faranno capo¹¹.

In breve. La valutazione di tale peculiare risvolto della dimensione organizzativa dell'ente già soddisfa le esigenze connesse alla dimostrazione della colpevolezza del soggetto collettivo rispetto al reato individuale e concettualmente prescinde, ai fini dell'imputazione di quest'ultimo, dall'*abitudine* delle inosservanze delle regole antinfortunistiche, incentrandosi sull'adeguatezza di quelle del modello organizzativo volte a promuovere e presidiare *a monte* l'osservanza delle prime¹².

Scendendo poi ancor più nel dettaglio della pronuncia, va osservato come nell'orientamento giurisprudenziale censurato dai giudici il richiamo alla necessaria sistematicità della violazione compaia del tutto prevalentemente all'interno della definizione del criterio imputativo del *vantaggio*. In particolare, ferma la consueta definizione di *interesse*, si legge: "(r)icorre il requisito del vantaggio quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza del lavoro, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto; il criterio del vantaggio, così inteso, appare indubbiamente quello più idoneo a fungere da collegamento tra l'ente e l'illecito commesso dai suoi organi apicali

ovvero dai dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi"¹³.

Pertanto, l'essersi il ragionamento della Corte sviluppato, nella decisione che si commenta, principalmente intorno al criterio dell'interesse, calibrato sulla dimensione finalistica della condotta dell'agente, è probabilmente indice di un implicito sovradimensionamento concettuale di tale fattore. E se ciò di certo non mina la generale validità delle conclusioni a cui la stessa Corte è pervenuta e tantomeno le nostre puntualizzazioni, comunque potrebbe impedire di cogliere pienamente l'intento rinvenuto nel richiamato orientamento. Non si può cioè escludere che tale orientamento, nell'esprimere un'urgenza collegata alla valorizzazione del principio di colpevolezza, sottenda una preoccupazione legata ai possibili limiti insiti nella figura del vantaggio inteso come funzionalmente autonomo. Detto altrimenti – questa è l'ipotesi –, i giudici, ritenendo stridente con le prerogative dell'art. 27 cost. l'idea di responsabilizzare dell'ente per la sola ricaduta vantaggiosa (magari rocambolesca) di una condotta non sorretta da una corrispondente finalità soggettiva¹⁴, potrebbero aver valutato come opportuno integrare tale verifica mediante il richiamo alla sistematica violazione delle norme prevenzionistiche quale evidente segnale di una politica di impresa *disattenta* alla sicurezza sul lavoro.

Un inciso fuori programma su una questione ancora aperta

Se a questa decisione va riconosciuto il merito di porre ordine nella piattaforma imputativa del reato all'ente, d'altro canto, come anticipato in apertura della nota, lo statuto della responsabilità dell'ente da reato-presupposto colposo resta ancora non compiutamente definito per quel che riguarda la praticabilità del requisito dell'elusione fraudolenta del modello ad opera del reo, quale passaggio causale per la commis-

¹¹ Così, la stessa Relazione al decreto, cit., 487, e, in dottrina, per tutti, C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 587 e segg., sul presupposto che la struttura organizzata, in cui affonda le radici il reato d'impresa, "partorisce una propria cultura": "L'ambizione è quello di far sì che l'azienda, oltre ad interiorizzare la cultura della responsabilità verso la clientela, gli azionisti e gli altri interlocutori sociali, metabolizzi anche la cultura della legalità, attraverso l'adozione di meccanismi di autoregolazione".

¹² Sull'autonomia dei piani operativi dei due schemi prevenzionistici (quello di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo e quello proprio del modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001) e sulla loro inevitabile integrazione, V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: alla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Napoli, 2014, 37 e segg.; D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 234 e segg.; A. Rossi-F. Gerino, *Art. 25-septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e Modello di*

Organizzazione, Gestione e Controllo: ambiti applicativi e rapporti, in *Resp. Soc. Amm. Enti*, 2009, n. 2, 15 e segg.; e, da ultimo, G. Garofalo, *Dalla "colpa in vigilando" alla "colpa di organizzazione" e ritorno: corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità ex crimine dell'ente*, in *Sist. Pen.*, 6/2020, 36 e segg.

¹³ Cass. Pen., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2544. Nello stesso senso, *ex plurimis*; Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697; Cass. pen., Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 31210; Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2017, n. 23089; Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2018, n. 16713; Cass. pen., Sez. IV, 9 agosto 2018, 38363; e, da ultimo, Cass. pen., Sez. IV, 9 dicembre 2019, n. 49775, in *Sist. Pen.*, 6/2020, 29, con nota di G. Garofalo, *Dalla "colpa in vigilando" alla "colpa di organizzazione" e ritorno*, cit. Analogamente, ma in materia ambientale (*ex art. 25 undecies*, 2° comma, lett. a, n. 1), Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2020, n. 3157, in *Giurisprudenza penale web*, 5/2020, con nota di M. Miglio, L. Morrone, *Scarico di acque reflue industriali oltre i limiti e responsabilità* 231.

¹⁴ In dottrina, sottolinea l'inappropriatezza di tale configurazione, in particolare, N. Selvaggi, *L'interesse collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, cit., 82 e segg., spec. 110.

sione del reato, la cui dimostrazione è necessaria ai fini del perfezionamento della fattispecie d'esonero di cui all'art. 6, D.Lgs. n. 231/2001.

Del profilo della fraudolenza è stata fornita, nella giurisprudenza di legittimità, una lettura di tipo oggettivistico, certamente più fedele al dato testuale, secondo la quale esso, pur non dovendo necessariamente consistere negli artifici o raggiri della truffa, non può che sostanziarsi in una condotta "ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola", di modo che l'elusione del modello andrebbe esclusa in presenza di una sua "semplice e frontale violazione", richiedendosi invece una condotta di "aggiramento di una norma imperativa"¹⁵.

Evidenti le ripercussioni sul piano del reato-presupposto colposo, il cui profilo identitario – la mancanza di volontà – è parso sin da subito incompatibile con la richiamata connotazione della *frode*¹⁶.

A ben veder, però, risolvere la questione in termini di distonia dell'estremo dell'elusione fraudolenta rispetto alla natura dell'illecito colposo significa muovere da una prospettiva d'analisi valida solo parzialmente. Se la struttura dell'illecito colposo corrisponde a quella del reato d'evento, la possibile rilevanza della volontà con specifico ed esclusivo riferimento alla condotta inosservante dovrebbe consentire l'operatività su questo piano dell'elusione fraudolenta, atteso che la condotta elusiva si colloca fisiologicamente sul segmento della dinamica del reato colposo relativo alla violazione della regola cautelare¹⁷, e l'azione fraudolenta è per definizione consapevole e volontaria.

Pertanto, sembrerebbe che si possa in concreto dar

conto dell'elusione fraudolenta del modello, e così far beneficiare l'ente dell'esonero (ove ricorrano tutti gli altri requisiti di cui all'art. 6), solo nelle ipotesi colpose in cui il singolo abbia consapevolezza di violare la norma cautelare. Nelle altre manifestazioni colpose, quelle cioè non connotate da un agire inosservante consapevole, la via d'uscita riconosciuta alla *societas* dalla normativa parrebbe preclusa¹⁸.

Dovrebbe, allora, porsi anche qui la necessità di adattare la parte generale dello statuto della responsabilità dell'ente alla morfologia del delitto colposo ovvero, per evitare una frammentazione del significato da attribuire alla clausola elusiva, precipitato delle soluzioni interpretative *ad hoc* (cioè calibrate sulla singola tipologia di reato presupposto)¹⁹, quella di promuovere una corrispondente nozione di sistema, valida cioè in generale, che, oltre a rendersi coerente con le prerogative del reato colposo, sappia anche superare le asperità proprie della lettura oggettivistica della fraudolenza, apprezzabili in particolare sul piano dell'esigibilità della correlativa dimostrazione probatoria.

Benché certamente efficaci su quest'ultimo piano, non si rivelano utili a rendere la parte generale del sistema compatibile con ogni manifestazione del reato colposo le letture che svuotano di contenuto qualificante il riferimento alla "frode", riducendolo a semplice intenzionalità della condotta elusiva (mediante traduzione in chiave soggettiva dell'avverbio)²⁰ oppure a richiamo della connessione funzionale che lega l'elusione al reato (ossia del consapevole utilizzo della violazione in funzione del crimine)²¹. Entrambe le

¹⁵ Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677 (per la quale si veda A. Sereni, *L'ente guardiano*, Torino, 2016, 85 e segg. e V. Manes-A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze, Mass. Mantovani (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016 141 e segg.) poi ripresa da successive decisioni come Cass. pen., Sez. II, 9 dicembre 2016, n. 52316, in materia di responsabilità ex D.Lgs. 23/2001 nell'ambito dei gruppi di società.

¹⁶ Cfr., tra gli altri, D. Guidi, *La problematica compatibilità tra i criteri generali di ascrizione della responsabilità agli enti e l'art. 25 septies d.lgs. 231/2001*, in AA.VV., *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa, 2015, 139 e segg.; A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2013, 172; P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 66.

Per un quadro generale, N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 42 e R. Lottini, *I criteri di imputazione soggettiva: i modelli di organizzazione, l'organismo di vigilanza e la colpevolezza dell'ente*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell'economia*, II, Torino, 2019, 2978 e segg.

¹⁷ Separando i due piani e cioè distinguendo tra condotta inosservante che cagiona l'infortunio e elusione fraudolenta del modello, quest'ultima si pone come strumentale alla successiva, volontaria omissione delle doverose precauzioni di sicurezza. Cfr. sul punto, da ultimi, D. Castronuovo, *Art. 25 septies*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varaso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 630; e, nello stesso commentario, M. Scoletta,

Art. 6, 162.

¹⁸ Più a fondo, lo spazio per beneficiare dell'esonero potrebbe al limite essere circoscritto all'ipotesi – di non facile realizzazione – in cui l'elusione del modello sia posta in essere per coprire (*rectius*, occultare ai controlli) la precedente e inconsapevole violazione della regola antinfortunistica (cfr. D. Castronuovo, *Art. 25 septies*, cit., 630), sempre che ciò avvenga prima della verifica dell'evento consumativo del reato (pena l'attribuzione di rilevanza a un'elusione del modello successiva alla stessa commissione del reato presupposto).

¹⁹ Cfr. la proposta di A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 1962 e segg., il quale traspone nel contesto del reato-presupposto colposo le coordinate interpretative tracciate sul terreno dei reati colposi di comune pericolo mediante frode, dove quest'ultima prescinde dall'*animus* e si sostanzia nell'oggettiva insidiosità del mezzo.

²⁰ Tale posizione interpretativa è ascritta alle decisioni di merito (Trib. Milano 17 novembre 2009, Gip Manzi, in *Le società*, 2010, 473; Corte App. Milano, 18 giugno 2012, in *Le società*, 2013, 963) della vicenda esitata nella sopra richiamata pronuncia della Corte di cassazione n. 4677 del 30 gennaio 2014.

In dottrina, propone di intendere il riferimento alla frode "come mera espressione di un dolo di elusione" R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 28.

²¹ A. Sereni, *L'ente guardiano*, cit., 91.

opzioni ermeneutiche sono invero accomunate dal tratto di *consapevolezza* che connota la violazione della regola organizzativa prevenzionistica, restando dunque scoperte le ipotesi prive di tale carattere.

Diversamente, dovrebbe servire alla causa la lettura che muove dall'indagine circa gli spazi operativi riconoscibili alla contrapposizione *ente-(suo)vertice* configurata nel decreto. L'eventualità considerata è quella che possa aver luogo una raffinata *mise en scène* di tale peculiare rapporto, attraverso la simulazione della fattispecie d'esonero nelle sue varie componenti, pianificata nell'ambito di un generale accordo collusivo che coinvolge l'insieme della *societas* e ha ad oggetto la programmazione del reato in presenza di un adeguato sistema preventivo²². L'elusione fraudolenta, anch'essa preconstituita, sarebbe dunque l'elemento di punta della frode volta a dare l'apparenza di una corretta strutturazione dell'ente.

In breve. Il vertice realizzerebbe il reato nell'interesse dell'ente, senza che l'ente lo abbia *apparentemente* richiesto, dal momento che adotta un modello idoneo e ben attuato, *formalmente* eluso *cum fraude* dal vertice medesimo. E se costui dovesse andare incontro alla sanzione penale, verrebbe ricompensato per il sacrificio attraverso successivi, lauti contratti di consulenza.

In questa prospettiva, si è dunque proposto di leggere l'espressione elusione fraudolenta come elusione *non concordata* (o, se si vuole, *non tollerata*), con ciò indicandosi l'*autenticità* dell'elusione del modello e dunque la *genuinità* della *contrapposizione* instaurata dal suo vertice autore del crimine (*id est*, l'avverbio *fraudolentemente* indicherebbe nel senso dell'*antitesi reale* tra questi soggetti)²³. Con una prova che si risolverà, oltre che nella dimostrazione dell'elusione della regola (quale sintomo di idoneità del modello) – *rectius*, oggi, a seguito della ri-collocazione

dell'onere probatorio ad opera della giurisprudenza²⁴, competerà all'accusa provare la sua assenza –, nell'esclusione di elementi indizianti nel senso della richiamata *mise en scène*²⁵ – *rectius*, oggi, competerà all'accusa provare la loro presenza (così venendo scongiurato ogni eventuale rischio connesso alla prova di una caratteristica *in negativo* dell'elusione) –.

Tale lettura della voce avverbiale unisce alla conservazione di un contenuto selettivo, che appunto attribuisce rilevanza in chiave d'esonero alle sole violazioni autentiche del modello, la garanzia della funzionalità del sistema su un doppio livello: quello attinente alla praticabilità della prova liberatoria da parte dell'ente, atteso che dal *thema probandum* sono esclusi i profili tipici della frode (in chiave oggettiva e anche, pur se in quest'ottica meno significativa, soggettiva) e quello attinente all'efficienza del sistema, che sarebbe compromessa ove si desse credito a una dinamica d'esonero simulata, sulla cui eventualità verrebbe per tal via polarizzata l'attenzione del giudice (di modo che la clausola in esame fungerebbe da *autocoscienza* dei limiti operativi della norma)²⁶.

Infine, quanto al reato colposo, tale lettura, per ragioni di logica probatoria, risulta conciliabile non solo con le condotte inosservanti consapevoli (dove la violazione volontaria del modello potrebbe appunto sottere quegli accordi collusivi finalizzati alla richiamata *mise en scène*), ma anche con quelle inconsapevoli. Adottando l'opzione ermeneutica in parola, invero, anche in questa ipotesi ben potrà fornirsi dimostrazione dell'*autenticità* (*id est*, *non finzione*) dell'elusione: *proprio perché l'agire inosservante è inconsapevole, è impossibile che l'elusione sia concordata*²⁷. Come a dire, la prova è *in re ipsa*.

■ Esercizio arbitrario delle proprie ragioni

Cassazione penale, Sez. un., 23 ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 29541 – Pres. Fumu – Est. Beltrani – P.G. Fimiani (conf.) – Ric. F. e altri. *Conferma App. Potenza*, 22 febbraio 2018.

Reato in genere – Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 393 c.p.) – Soggetto attivo del reato – Rapporto con altri reati – Estorsione (art. 629 c.p.) –

Concorso dell'*extraneus* – Circostanza aggravante ex art. 416-bis.1 c.p.

I reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo.

Il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicolo-

²² Su tale particolare quadro di vita si veda G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 187.

²³ La tesi è proposta nel nostro A.F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, 80 e segg., a cui si rinvia, volendo, per gli opportuni approfondimenti. Per un quadro aggiornato, cfr. Id., *L'elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a vent'anni dalla sua comparsa*, in *La responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001-Profilo sostanziali e processuali*, a cura di D. Piva, in corso di pubblicazione.

²⁴ Da ultimo, Cass., Sez. un., dep. 18 settembre 2014, n. 38343, cit., coerentemente con il riconoscimento della colpa d'organizzazione propria dell'ente quale fattore ascrittivo della responsabilità.

²⁵ Si è fatto notare come “un deficit di “effettività” del sistema dei controlli endogeni” possa rappresentare una spia di “una specie di “malafede” dell'ente nell'adozione dello stesso modello preventivo”: così, N. Pisani, *Controlli societari e responsabilità da reato dell'ente*, in *Banca Borsa*, 2008, 115.

²⁶ Ritiene che tale limite del sistema sarebbe garantito anche dalle altre opzioni interpretative, risultando implicita nell'elusione stessa una *reale* contrapposizione ente-vertice, A. Sereni, *L'ente guardiano*, cit., 92.

²⁷ Anche rispetto a tale corollario dell'opzione ermeneutica si rinvia, volendo, per più incisivi approfondimenti a A.F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., 116 e segg.

gico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie.

Il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti a

offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa e ulteriore finalità.

Per il testo della nota v. www.cortecassazione.it.

L'incompatibilità tra esercizio arbitrario ed estorsione secondo le Sezioni unite

Federica Helferich*

Con la sentenza in commento, le Sezioni unite della Corte di cassazione pongono un punto fermo nell'elaborazione giurisprudenziale relativa all'individuazione del soggetto attivo delle fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni; avendone affermato la natura di reati propri non esclusivi, stabiliscono le condizioni alle quali è configurabile il concorso dell'*extraneus*. Inoltre, con riferimento all'art. 393 c.p., le Sezioni unite avallano il filone giurisprudenziale che rinviene il discrimine tra tale reato e l'estorsione nell'intenzione dell'agente; infine, compiono delle inedite riflessioni in ordine alla compatibilità dell'aggravante ex art. 416-bis.1 c.p. con il reato in parola.

Le questioni sottoposte alle Sezioni unite

La Seconda sezione penale invoca il vaglio chiarificatore delle Sezioni unite¹ nell'ambito di un procedimento relativo all'esternazione di minacce, volte all'ottenimento di un preteso credito, pronunciate in danno delle persone offese dal presunto titolare del credito insieme a due complici.

Le Sezioni unite sono chiamate ad affrontare tre questioni, di cui daremo brevemente conto prima di esaminarle partitamente.

La prima concerne la natura dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. In particolare, occorre chiarire non solo se siano reati comuni ovvero propri ma anche, qualora ritenuti reati propri, se abbiano natura di reati propri esclusivi o meno; in quest'ultimo caso, si pone una seconda questione, relativa alle condizioni a cui è ammissibile il concorso del terzo *extraneus*. La terza questione riguarda l'individuazione del criterio distintivo tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni ex art. 393 c.p. ed estorsione, posto che in entrambe le fattispecie la condotta tipica consiste nell'utilizzo di violenza o minaccia in danno di una persona.

Le Sezioni unite, con una sentenza articolata, in parte innovativa e in parte mutuataria di precedenti arresti, affermano i seguenti principi di diritto:

“1. I reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo;

2. il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie;

3. il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si

limiti a offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa e ulteriore finalità”.

Ciò posto, l'organo nomofilattico coglie inoltre l'occasione per mettere a sistema la questione della configurabilità dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni nell'ipotesi in cui sia usato il metodo mafioso o perseguita la finalità di agevolazione di cui all'art. 416-bis.1 c.p.

L'affermazione della natura di reato proprio non esclusivo del delitto di esercizio arbitrario

La prima tematica sulla quale le Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi si compone di tre questioni: l'una riguarda l'individuazione del soggetto attivo dei reati di “ragion fattasi”; l'altra, accessoria e consequenziale, consiste nello stabilire se si tratti reati propri esclusivi o meno; la terza, a sua volta dipendente dal previo riconoscimento della natura di reati propri non esclusivi, concerne le condizioni del concorso del terzo *extraneus* nei reati di esercizio arbitrario.

Con riferimento alla prima questione, le Sezioni unite ritengono che i delitti di cui agli artt. 392 e 393 c.p., pur aprendosi con il pronome “chiunque”, siano reati propri, realizzabili dal solo titolare del preteso diritto. Affermano, infatti, che “si caratterizzano [...] per il fatto che il soggetto che vanta la titolarità di un preteso diritto, e che per tale ragione potrebbe “ricorrere al giudice”, acquisisce la c.d. legittimazione al reato in quanto la sua qualifica limita la meritevolezza di un trattamento processuale e sanzionatorio indiscutibilmente di favore” (par. 6.2. della parte motiva).

A tale conclusione il Supremo consesso giunge sulla scorta di un articolato ragionamento (parr. 4-6.1.) che prende le mosse da una riflessione sulla *ratio* del reato proprio. Sul punto, le Sezioni unite rilevano che, diversamente dalla dottrina tradizionale², la più recente

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Con ordinanza, 15 settembre-16 dicembre 2019, n. 50696, commentata da S. Bernardi, *Alle Sezioni unite il compito di chia-*

rire il confine tra i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e di estorsione, in www.sistemapenale.it, 28 marzo 2020.

² Cfr. M. Mazzanti, voce “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, in *Enc. Gur. Treccani*, XV, Roma, 1966, 614 e segg.

dottrina maggioritaria³ ritiene che i reati di “ragion fattasi” siano reati propri, “potendo essere commessi unicamente dal titolare del preteso diritto, dal soggetto che eserciti legittimamente in sua vece il predetto diritto e dal *negotiorum gestor*” (par. 5.2.).

Invero, questo è l’orientamento più diffuso in giurisprudenza⁴, e quello cui le Sezioni unite aderiscono. A tal fine, osservato come oggetto di tutela delle fattispecie in discorso sia “un interesse pubblico, e precisamente [...] l’interesse dell’Autorità giudiziaria all’esercizio esclusivo dei suoi poteri” (par. 6.1.1), le Sezioni unite rilevano come tale bene giuridico sia leso in maniera meno incisiva da colui che agisce col convincimento di esercitare un diritto. Tale particolare attitudine, infatti, è percepita sia dalla coscienza sociale, sia dal legislatore, come attenuante la gravità della pur oggettiva realizzazione di fatti offensivi del patrimonio o della persona: i reati di esercizio arbitrario, infatti, sono puniti “meno gravemente dei delitti che in esso sono necessariamente contenuti” (par. 6.2.), ossia i delitti *ex artt.* 635 e 610 c.p.⁵.

Inoltre, le Sezioni unite svalORIZZANO recisamente il significato del pronome “chiunque” negli artt. 392 e 393 c.p. e la sua ritenuta portata caratterizzante, osservando che “appare sufficiente ricordare che in numerosi reati pacificamente ‘propri’, il soggetto attivo è normativamente indicato in ‘chiunque’”, come nella falsa testimonianza o nell’incesto (part. 6.3).

Infine, aprono la strada alla seconda e accessoria questione recuperando l’argomento teleologico: posto che il predetto “regime *favorable* [...] trova giustificazione [...] proprio e soltanto nella contrapposizione tra un presunto creditore e un presunto debitore, che risolvono la propria controversia senza adire le vie legali, pur potendo farlo”⁶, sarebbe, *a contrario*, immotivato applicarlo al terzo che agisca di propria iniziativa, “senza” essere né un mero gestore di fatto, né un familiare del titolare del preteso diritto (par. 6.4.2.). In tali casi, infatti, le Sezioni unite sembrano considerare *in re ipsa* il fatto che costui persegua un proprio fine egoistico.

Risolta in questi termini la questione del soggetto attivo, la sentenza affronta la seconda, subordinata, relativa alla natura di reato proprio esclusivo⁷ o meno dei delitti di esercizio arbitrario.

Sotto tale profilo, affermano che “l’orientamento che considera i reati di esercizio arbitrario come reati propri esclusivi, o di mano propria, non può essere condiviso” (par. 8), con ciò prendendo le distanze dall’interpretazione dominante in giurisprudenza⁸ e allineandosi, invece, con la dottrina.

Infatti, la lettura più diffusa in giurisprudenza fa leva sull’inciso testuale “da se medesimo” per ritenere che avrebbe “diritto di farsi ragione”, appunto, “da se medesimo” soltanto il presunto creditore, mentre la violenza o minaccia posta in essere da un soggetto diverso ed estraneo alla contesa sarebbe una intollerabile intromissione nel monopolio statutale nella risoluzione delle controversie⁹ (par. 7.1.). Per la dottrina, di contro, l’espressione “da se medesimo” non indicherebbe altro che la realizzazione della pretesa senza ricorso ai circuiti giudiziari (par. 7.2.).

Le Sezioni unite, dal canto loro, si fondano sulla circostanza che i prototipi normativi degli artt. 392 e 393 c.p. (l’art. 146 del Codice penale toscano del 1853 e l’art. 235 del codice Zanardelli)¹⁰ attribuiscono alla controversa espressione un significato meramente descrittivo, e che i lavori preparatori del codice Rocco “sono, sul punto, assolutamente silenti” (par. 8.1.).

Tali considerazioni, allora, secondo le Sezioni unite, da un lato “consentono di confermare il significato meramente pleonastico tradizionalmente attribuito all’espressione in oggetto [...]”; dall’altro “non consentono di avvalorare l’orientamento che la valorizza per argomentare la natura giuridica di reati propri esclusivi, o di mano propria, dei reati de *quibus*” (par. 8.1.).

L’ultima questione – il concorso del terzo *extraneus* nel reato *ex art.* 393 c.p., siccome reato proprio non esclusivo – è affrontata dalle Sezioni unite soltanto dopo aver distinto tra esercizio arbitrario ed estorsio-

Anche l’ordinanza di rimessione ritiene che si tratti di reati comuni, non essendo il soggetto attivo un pubblico ufficiale (par. 3).

³ *Contra*, tuttavia, proprio per l’utilizzo del pronome “chiunque”, E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano 2020, 556.

⁴ Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo-29 maggio 2013, n. 23322, *Anzalone*.

⁵ Per la tesi secondo cui i reati di cui agli artt. 392 e 393 c.p. sono reati a selettività secondaria, poiché, pur condividendo la medesima tipicità di fatti già penalmente rilevanti, si connotano per una condotta meno grave, stante il perseguimento di un fine *ex se* non antiggiuridico, v. A. De Vita, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e con violenza o minaccia alle persone*, in V. Maiello (a cura di), *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Napoli 2015, 1161 e seg., spec. 1188.

⁶ Diversamente da quella tradizionale, fondata sull’interesse pubblico al monopolio giurisdizionale, tale ultima lettura sembra caratterizzare la lesività dei reati di esercizio arbitrario in termini relazionali e interindividuali, poiché l’azione tipica dei reati in

discorso frustrerebbe l’interesse dell’antagonista a che il conflitto tra pretese non venga risolto in modo unilaterale e parziale: in tal senso cfr. il concetto di “possesso di diritti” di P. Nuvoletti, *L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1941, 162 e seg.

⁷ In argomento v. *amplius* F. Cingari, *Sul concorso dell’extraneus nel reato proprio*, in *Ind. Pen.*, 2004, 943 e seg.

⁸ *Ex multis* Cass. pen., Sez. II, 11 aprile-25 agosto 2018, n. 23367.

⁹ Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2017, n. 5092, *Gatto*; nel senso, invece, che “l’avvocato è una parte tecnica che si affianca alla parte sostanziale della contesa, nella conclusiva unitarietà di una parte complessa”, Cass. pen., Sez. II, 5 aprile 2017, n. 31725, P.M. in proc. Arnone e, da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 4 aprile-8 luglio 2019, n. 29585.

¹⁰ Per una ricognizione storica cfr. S. Ardizzone, voce “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, in *Digesto Pen.*, IV, Torino 1990, 311 e seg.

ne; e anche in questo commento la esamineremo successivamente.

La distinzione tra esercizio arbitrario ed estorsione: l'adozione del criterio soggettivo

Il cuore della sentenza che si annota è il ragionamento che le Sezioni unite coltivano in tema di rapporti tra esercizio arbitrario *ex art.* 393 c.p. ed estorsione (parr. 9-12); tema, questo, di estrema rilevanza pratica, stante le enormi differenze procedurali e sanzionatorie tra le due fattispecie, nonché oggetto di contrasto giurisprudenziale.

Come rilevato dal giudice rimettente, l'esistenza stessa di un contrasto in ordine al corretto *discrimen* tra i due reati implica che la preliminare questione del rapporto strutturale tra le norme è stata implicitamente risolta nel senso di un loro concorso apparente. È soltanto su questa premessa, infatti, che si pone la necessità di individuare “quale” sia il criterio per stabilire la prevalenza dell'uno sull'altro.

Tale premessa è confermata dalle Sezioni unite: infatti, mentre l'ordinanza di rimessione non esclude che tra i due reati sussista un concorso formale, stante la diversità di beni giuridici tutelati¹¹, per le Sezioni unite “non residu[a] alcuno spazio per le ipotesi di concorso formale, risultando le due fattispecie, proprio in relazione all'elemento psicologico, alternative” (par. 16). A tale netta e condivisibile conclusione il Supremo consesso riunito giunge in esito a ragionamento bipartito, incardinato sulla distinzione “finalistica” tra i due reati e sulla delimitazione del raggio applicativo del reato *ex art.* 393 c.p., ispirata, invece, a criteri oggettivi.

L'asserito rigetto del criterio oggettivo

Le Sezioni unite affermano che i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone ed estorsione “pur caratterizzati da una materialità non esattamente sovrapponibile, si distinguono essenzialmente in relazione all'elemento psicologico: nel primo, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella convinzione non meramente astratta e arbitraria, ma ragionevole, anche se in

concreto infondata, di esercitare un suo diritto, ovvero di soddisfare personalmente una pretesa che potrebbe formare oggetto di azione giudiziaria; nel secondo, invece, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza della sua ingiustizia” (par. 10.5.).

Il Supremo consesso avalla dunque l'orientamento giurisprudenziale (ampiamente ricostruito nel par. 9.1.) che rinviene il *discrimen* tra le due fattispecie nell'intenzione dell'agente¹²; mentre nel primo caso il reo è consapevole che l'oggetto della pretesa gli compete giuridicamente, nella fattispecie estorsiva agisce nella consapevolezza che quanto preteso non gli è giuridicamente dovuto.

Accanto a questo orientamento esiste un'opzione interpretativa opposta, basata sulla materialità del fatto, di cui la sentenza in commento dà conto nel successivo par. 9.2., soffermandosi, in particolare, su due dei sotto-orientamenti ascrivibili all'indirizzo fondato su un criterio materiale. Numerose pronunce, infatti, al fine di sussumere una condotta violenta o minacciosa nel paradigma dell'art. 629 c.p. piuttosto che in quello *ex art.* 393 c.p., valorizzano la gratuità, intensità e sproporzionalità della violenza o minaccia rispetto al credito da esigere¹³ (par. 9.2.) ovvero l'effetto costringitivo, piuttosto che persuasivo, della condotta posta in essere¹⁴ (par. 9.2.1.).

Esistono, peraltro, due ulteriori ramificazioni interpretative del criterio materiale, le quali escludono la configurabilità dell'esercizio arbitrario nel caso in cui la condotta sia stata realizzata con il concorso di un terzo¹⁵; in danno di soggetti diversi rispetto al presunto debitore¹⁶; o, ancora, al fine di agevolare associazioni di stampo mafioso ovvero con l'uso del metodo mafioso¹⁷.

Mentre la dottrina è unanime nel ritenere determinante l'*animus* del soggetto agente nel caso concreto (come rilevato nel par. 9.3.), in giurisprudenza, in effetti, il criterio fondato sulla tipicità e quello incardinato sulla colpevolezza¹⁸ hanno a lungo convissuto: l'uno sospinto dal diffuso orientamento di politica criminale volto alla riduzione dell'area applicativa dei reati di “ragion fattasi”; l'altro forte della sua conformità al principio di legalità¹⁹ e dell'addentellato

¹¹ Ord. n. 50696/2019, par. 2.6.

¹² Indirizzo inaugurato da Cass. pen., Sez. II, 4-19 dicembre 2013, n. 51433, *Fusco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di M.C. Ubiali, *ivi*, 13 febbraio 2014; più recentemente, Cass. pen., Sez. II, 22 novembre-14 dicembre 2018, n. 56400, *Iannuzzi*; Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2016-16 gennaio 2017, n. 1901.

¹³ La prima enunciazione di questo criterio risale a Cass. pen., Sez. I, 2 dicembre 2003-4 marzo 2004, n. 10336, *Preziosi*, in *Cass. pen.*, 2005, 2588 e seg.; in seguito Cass. pen., Sez. II, 29 maggio-17 giugno 2019, n. 26608; Cass. pen., Sez. II, 18 dicembre 2015-19 gennaio 2016, n. 1921, *Li*; nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Pescara, 28 maggio 2020, n. 780; Trib. Trapani, 31 marzo 2011, n. 255, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2011.

¹⁴ Da ultimo Cass. pen., Sez. II, n. 23759, 2 luglio-11 agosto 2020; Cass. pen., Sez. II, 10 settembre 2019, n. 39138.

¹⁵ Si veda Cass. pen., Sez. II, 17 febbraio-28 marzo 2016, n.

11453, *Guarnieri*, in *Ilpenalista.it*, con nota di C. Iorio, *ivi*, 5 Maggio 2016; Cass. pen., Sez. II, 1-23 aprile 1992, n. 1556, *Dionigi*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1995 e seg.

¹⁶ Da ultimo Cass. pen., Sez. II, 2 luglio 2020, n. 24617.

¹⁷ Cass. pen., Sez. V, 15 luglio 2019, n. 35563, *Russo*, in *Stud. iur.*, 4/2020, 500 e seg.; Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2010, n. 41365 (dep. 23 novembre 2010), *Straface*, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. Verri, *ivi*, 11 marzo 2011.

¹⁸ D. Perrone, *Il confine tra “costrizione” e “persuasione” della vittima nei reati di “ragion fattasi”* (nota a Cass. pen., Sez. II, n. 39138, 10 settembre 2019), in *Giur. It.*, n. 4/2020, 492 e seg., spec. 494.

¹⁹ Infatti, come evidenziato unanimemente dalla dottrina e come pure rilevato da certa attenta giurisprudenza (Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 45064, *Sevdari*), l'utilizzo del criterio della gravità dell'aggressione collide con i principi di legalità e determinatezza della legge penale, conferendo al giudice una indebita

testuale, stante la previsione di un aggravamento della pena qualora l'esercizio arbitrario sia commesso "con armi" (art. 393, comma 3, c.p.).

E, in effetti, le Sezioni unite attribuiscono decisivo rilievo proprio al fatto che, "per espressa previsione di legge", l'esercizio arbitrario commesso con armi "non" integra gli estremi del più grave delitto di estorsione, pur essendo le armi strumenti che rendono "la violenza o minaccia di particolare gravità, ovvero 'costrittiva', e comunque 'sproporzionata', rispetto al fine perseguito" (par. 10.2.).

Tuttavia, l'aderenza al criterio soggettivo del convincimento dell'agente consacrata con questa sentenza articolata, ancorché non del tutto innovativa²⁰, non è "piena". Le Sezioni unite, infatti, sono ben consapevoli della possibilità (già segnalata dalla dottrina, par. 9.3.) che l'affermazione di voler esercitare un opinato diritto occulti, in realtà, una volontà estorsiva; di conseguenza, nel precisare il campo applicativo dell'art. 393 c.p., si servono di parametri oggettivi.

Il parziale recupero del criterio oggettivo

Al fine di chiarire ulteriormente la predetta distinzione tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni *ex art.* 393 c.p. ed estorsione, le Sezioni unite (parr. 10.5.1. e segg.) si soffermano su due presupposti del primo reato: quello della pretesa arbitrariamente azionata e quello del convincimento dell'agente, precisandone la portata applicativa²¹.

"Ragion fattasi" e azionabilità della pretesa

La condotta criminosa tipizzata all'art. 393 c.p. consiste nel farsi "giustizia" da sé medesimi: di "giustizia", però, deve sempre trattarsi, e giammai di "ingiustizia", dal momento che il soggetto agisce "potendo ricorrere al giudice". Ciò che l'agente arbitrariamente (auto)tutela, dunque, deve poter essere azionabile e tutelabile di fronte all'Autorità giudiziaria, senza alcuna discrasia tra ciò che "vuole" ottenere (arbitrariamente) e ciò che *può* ottenere (legittimamente)²². Occorre dunque stabilire quand'è che la pretesa, quantunque arbitrariamente azionata, poteva essere coltivata in sede giudiziaria, essendo azionabile.

Da questo punto di vista, le Sezioni unite si accontentano di un'azionabilità potenziale.

Da un lato, infatti, la "tutelabilità" della pretesa non coincide con la "fondatezza" della stessa. Non è cioè necessario che l'opinato diritto sia tutelabile "in concreto": non occorre dunque "che si tratti di pretesa fondata, ovvero che il diritto oggetto della illegittima tutela privata sia realmente esistente" (par. 10.5.1.). In effetti, il criterio della fondatezza del diritto arbitrariamente azionato sarebbe inutilizzabile, perché tale fondatezza non può che appurarsi *ex post*, ossia solo a conclusione di un giudizio civile, debitamente celebrato. Non può tuttavia non segnalarsi come, nel risolvere il caso di specie, la S. C. dia rilievo al grado di probabilità di successo dell'azione in giudizio che il ricorrente avrebbe potuto intentare (par. 18.1.).

Dall'altro lato, la "tutelabilità" della pretesa deve pur sussistere in astratto, nel senso che la stessa non deve essere "del tutto arbitraria, ovvero del tutto sforzata di una possibile base legale" (par. 10.5.1.): deve, cioè, "poter" essere, in ipotesi, azionabile in modo "non" arbitrario.

Di contro, secondo l'insegnamento del Supremo consesso, se non è tutelabile nemmeno astrattamente, poiché priva di qualsivoglia base legale, la pretesa è ingiusta o *contra ius*; in tal caso, la condotta dell'agente è pacificamente estorsiva. Secondo la giurisprudenza assolutamente dominante, ciò accade quando il presunto credito origina da un'obbligazione naturale²³ ovvero da un contratto stipulato a condizioni usurarie²⁴, illecito²⁵ o inesistente²⁶; le Sezioni unite, inoltre, aderiscono all'orientamento secondo cui è altresì *contra ius* la pretesa giuridica azionata *vi ac metu* nei confronti di soggetti "terzi" rispetto al rapporto obbligatorio tra le parti (par. 10.5.2.).

In tali ipotesi non occorre nemmeno interrogarsi sull'*animus* dell'agente: le Sezioni unite, infatti, una volta precisati i caratteri della pretesa vantata dall'agente, affermano che la verifica in ordine alla sua astratta tutelabilità (ossia al suo carattere non *contra ius*) "è preliminare" rispetto all'indagine sul fine dell'agente (par. 10.5.1.)²⁷. A pretesa ingiusta, dunque, non potrebbe che corrispondere un illecito scopo di locupletazione.

discrezionalità. V. *amplius*, A. Laurino, *Estorsione, ragion fattasi e intensità della violenza nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Cass. Pen.*, n. 9/2012, 3174B e seg.

²⁰ In effetti, le Sezioni unite riprendono in larga parte l'impianto motivazionale dell'importante arresto *Musa* (Cass. pen., Sez. I, 3 novembre-28 giugno 2016 I, n. 46288) in *Cass. Pen.*, 3/2017, con nota di G. Stampanoni Bassi, *ivi*, 1034 e seg.

²¹ Rileva che è lo stesso legislatore ad aver sagomato in termini molto restrittivi il reato di "ragion fattasi" A. Cappellini, *Tra esercizio arbitrario ed estorsione: una "innovativa" riconferma della Cassazione* (nota a Cass. pen., Sez. II, n. 46288/2016), in *Giur. It.*, 8-9/2017, 1973 e seg., spec. 1976-1977.

²² Per esempio, di fronte a comportamenti dell'agente che, "pur connotati da violenza e minacce, mirava[vano] unicamente a ottenere la consegna della sua pensione di invalidità, e quindi al soddisfacimento di un diritto astrattamente tutelabile anche in sede giu-

diziale", Cass. pen., Sez. II, 15 marzo-22 maggio 2019, n. 22490 ha ritenuto di non poter "attribuir[e] valenza assorbente alla 'violenza inaudita' con la quale egli avrebbe agito".

²³ Cass. pen., Sez. II, 23 settembre 2003, *E.K.*, in *Cass. Pen.*, 2005, 58 e seg.; Cass. pen., Sez. II, 29 marzo 2010, n. 12329, *Olmastroni*.

²⁴ Cass. pen., Sez. II, 12 maggio 2017, n. 26235, *Nicosia*; Cass. pen., Sez. II, 9 marzo 2015, n. 9931, *Iovine*.

²⁵ Cass. pen., Sez. II, 7 febbraio-2 marzo 2018, n. 9494; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 1979, *Di Noia*, in *Giur. It.*, 1980, II, 106 e seg.

²⁶ Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2020, n. 16030, in *Dir. e Giust.*, 28 maggio 2020; Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 1999, n. 13037, *Di marco et al.*, in *Riv. Pen.*, 2000, 23 e seg.

²⁷ Ritiene che, così, si definisca già "sul piano della tipologia del preteso diritto esercitato le condotte suscettibili di cadere nel

Ciò posto, però, *quid iuris* se la pretesa creditoria arbitrariamente azionata, nascendo da un rapporto obbligatorio cui l'ordinamento "riconosce" una tutela giuridica, "non" è ingiusta, bensì astrattamente tutelabile?

Ebbene, il fondamentale apporto della sentenza *de qua* è proprio questo: le Sezioni unite, se da un lato avallano l'orientamento secondo cui se la pretesa è ingiusta sarà sempre integrata l'estorsione, dall'altro negano che la conformità a diritto della pretesa determini l'automatico configurarsi dell'esercizio arbitrario. Il Supremo consesso riconosce dunque che, a determinate condizioni, la violenza o la minaccia possa integrare estorsione anche laddove la pretesa che la condotta violenta o minatoria intende (auto)soddisfare "sia" tutelata dall'ordinamento. Il tema diventa dunque capire quali siano le condizioni alle quali, pur essendo astrattamente possibile farsi giustizia, si cade nell'ingiustizia: ed è a questo punto che entra in gioco il requisito del soggettivo convincimento dell'agente.

"Ragion fattasi" e ragionevolezza del convincimento dell'agente

Affinché si possa parlare di esercizio arbitrario se la pretesa "non" è ingiusta è necessario che il soggettivo convincimento di autotutela sia ragionevole. In un ulteriore sforzo di chiarezza, infatti, le Sezioni unite ribadiscono che nel reato *ex art. 393 c.p.* "il soggetto agisce con la coscienza e volontà di attuare un proprio diritto, a nulla rilevando che il diritto stesso sussista o non sussista, purché l'agente, in buona fede e ragionevolmente, ritenga di poterlo legittimamente realizzare" (par. 10.5.3.).

In particolare, per le Sezioni unite la ragionevolezza del convincimento può essere ricavata da tre elementi del fatto concreto: i primi due afferiscono all'"oggetto" della pretesa ("cosa" l'agente vuole, in astratto e in concreto); il terzo attiene invece alle "modalità di realizzazione" di quest'ultima ("come" l'agente ottiene ciò che vuole). In tutti e tre i casi, comunque, l'impiego di simili elementi sembra volto a dare un ancoraggio oggettivo al requisito soggettivo – dunque difficilmente sondabile – della ragionevolezza del convincimento.

Per quanto riguarda i fattori relativi all'oggetto della pretesa, un primo elemento che, "in astratto", indizia dell'irragionevolezza del convincimento dell'agente è, per così dire, sostanziale: consiste, cioè, nella "intrinseca" irragionevolezza della pretesa creditoria (pur, ovviamente, non *contra ius*). Così, tutte le volte che la pretesa azionata con violenza o minaccia è assolu-

tamente arbitraria, pretestuosa o assurda, difetta nell'agente quella buona fede propria dell'esercizio arbitrario²⁸.

Il secondo elemento è quello dell'ampiezza della pretesa arbitrariamente azionata "in concreto". Le Sezioni unite, infatti, affermano che questa "deve corrispondere esattamente all'oggetto della tutela apprestata in concreto dall'ordinamento giuridico, e non risultare in qualsiasi modo più ampia" (par. 10.5.1.); il perseguimento di un *quid pluris* rispetto a ciò che è astrattamente richiedibile determina dunque il configurarsi della fattispecie estorsiva, "viziando" il convincimento dell'agente.

Per quanto riguarda, infine, le modalità dell'esazione del preteso credito, il terzo e ultimo elemento utile a valutare la ragionevolezza del convincimento del reo è quello dell'intensità della condotta. Ora, questo elemento è problematico perché, a ben vedere, coincide proprio con quel criterio materiale che le Sezioni unite avevano rifiutato di assumere come *discrimen* tra esercizio arbitrario ed estorsione. Ciononostante, l'intensità della condotta torna in gioco in sede di esame sulla ragionevolezza del convincimento dell'agente, imboccando stavolta una via processuale. Stabilito che l'elemento psicologico del reato di "ragion fattasi" va accertato secondo le ordinarie regole probatorie, infatti, le Sezioni unite affermano che "alla speciale veemenza del comportamento violento o minaccioso potrà [...] riconoscersi valenza di elemento sintomatico del dolo di estorsione" (par. 11): in altri termini, dalla maggiore *vis* impressa alla condotta si desume non solo la consapevolezza nell'agente della non spettanza del diritto da lui azionato, ma altresì l'ingiustizia del profitto ricercato²⁹.

Il concorso del terzo estraneo: la riconferma dell'orientamento prevalente

La terza ed ultima questione, relativa al concorso dell'*extraneus* nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, viene affrontata dalle Sezioni unite "alla luce della disamina che precede" (par. 13), ossia stante l'affermata natura di reato proprio non esclusivo e la possibilità che la legittimazione al reato sia assunta da un terzo (mandatario, familiare del preteso creditore o *negotiorum gestor*) estraneo al rapporto giuridico da cui origina la pretesa (astrattamente tutelabile).

Le Sezioni unite si soffermano ora sulla dimensione soggettiva del correo: nel caso in cui la condotta tipica sia posta in essere da terzi concorrenti, intervenuti *ad adiuvandum* del preteso creditore, è infatti "determinante il fatto che [costoro] abbiano, o meno, perse-

cono degli artt. 392 e 393 c.p." S. Braschi, *I confini tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone ed estorsione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 3/2018, 357 e seg., spec. 358.

²⁸ G. Cirillo, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato teorico-*

pratico di diritto penale, parte speciale, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2015, 655 e seg., spec. 657.

²⁹ Poiché tale speciale veemenza "*esorbit[a] dall'esclusiva finalità dell'esercizio della pretesa creditoria*" e denota una "*prava volontà ricattatoria*": così Cass. pen., Sez. V, n. 35563/2019, Russo, cit.

guito (anche o soltanto) un interesse proprio. Ove ciò sia accaduto, i terzi (e il creditore) risponderanno di concorso in estorsione; in caso contrario, ove cioè i concorrenti nel reato abbiano perseguito proprio e soltanto l'interesse del creditore [...] tutti risponderanno di concorso in esercizio arbitrario delle proprie ragioni" (par. 13.2.).

Le Sezioni unite³⁰ sposano dunque l'orientamento dominante secondo cui, affinché la partecipazione del terzo alla condotta tipica di violenza o minaccia non comporti mutamento del titolo di reato da "ragion fattasi" a estorsione, è necessario che l'*extraneus* non persegua alcun interesse personale, comportandosi, anzi, "come se fosse il titolare della situazione giuridica e[d] esercit[andone] le tipiche facoltà"³¹. Questa condizione – soddisfatta, per antonomasia, nel caso in cui l'intervento del terzo rientri nel paradigma della *negotiorum gestio* e solo presuntivamente rispettata, invece, nel caso in cui il terzo sia un familiare del creditore – deve dunque sussistere anche qualora l'*extraneus* agisca nell'esercizio di un mandato concluso con il titolare del diritto³².

Così, le Sezioni unite declinano "al plurale" la distinzione tra estorsione ed esercizio arbitrario valevole in caso di realizzazione monosoggettiva del reato. In questo senso, il fatto che il terzo persegua, egoisticamente, un *quid pluris* rispetto a quanto astrattamente richiedibile, rende irragionevole il convincimento di agire a fini di autotutela, e tale irragionevolezza si propaga a tutti i concorrenti.

I chiarimenti sui rapporti tra metodo mafioso, finalità mafiosa ed esercizio arbitrario

A chiusura delle riflessioni sul significato dell'intensità della condotta (par. 11) e del fine del terzo esattore concorrente (par. 13) rispetto alla qualificazione giuridica del fatto, le Sezioni unite si soffermano sul ruolo che, a tal fine, può giocare la circostanza aggravante *ex art. 416-bis.1, 1° comma, c.p.*, sia quale "metodo mafioso" (par. 11.1.) che quale "finalità mafiosa" (par. 13.3.).

Innanzitutto, con riferimento alla circostanza dell'"avvalersi" delle condizioni previste dall'articolo 416-bis" (*sub specie* evocazione dell'appartenenza a una organizzazione criminosa di stampo mafioso), le Sezioni unite non condividono l'orientamento secondo il quale l'estrema incisività della forza intimidatoria

così esercitata indizierebbe "sempre" del fine di procurarsi un ingiusto profitto poiché il credito in tal modo riscosso sarebbe giocoforza esorbitante rispetto a quello esigibile in sede giudiziaria³³.

Di contro, ritengono (alquanto laconicamente) che tale orientamento "non può essere condiviso, poiché la formulazione dell'art. 416-bis.1 c.p. non consente di affermare che la circostanza aggravante in oggetto sia assolutamente incompatibile con il reato di cui all'art. 393 c.p." (par. 11.1.1.).

Questa soluzione – fondata su elementi testuali non ulteriormente esplicitati – risulta coerente con la predetta adozione di un discrimine finalistico-soggettivo tra i reati *de quibus*; tuttavia, rischia di essere posta nel nulla dal ruolo probatorio che è tuttora riservato all'intensità della condotta. E, infatti, la riflessione in punto di metodo mafioso si chiude con la "concessione" per cui "residua al più la possibilità di valorizzare l'impiego del c.d. 'metodo mafioso', unitamente ad altri elementi, quale elemento sintomatico del dolo di estorsione".

Con riferimento, poi, al "fine di agevolare l'attività delle associazioni" di cui all'art. 416-bis c.p.³⁴, le Sezioni unite non esitano ad affermare che "la finalizzazione della condotta alla soddisfazione di un interesse ulteriore [...] rispetto a quello di ottenere la mera soddisfazione del diritto arbitrariamente azionato comporta la sussumibilità della fattispecie sempre e comunque nella sfera di tipicità dell'art. 629 c.p." (par. 13.3.).

In altri termini, il perseguimento di una "finalità mafiosa", siccome finalità "ulteriore" (prima ancora che mafiosa) rispetto all'esercizio di un preteso diritto, non può che colorare il fatto dell'ingiustizia tipica della fattispecie estorsiva; per contro, non è necessariamente vero che il "metodo mafioso" raggiunga sempre quella intensità che può rilevare ai fini della sussistenza del dolo di estorsione.

Osservazioni conclusive

La pronuncia a Sez. un. n. 29541/2020 aspira a porsi come punto di arrivo nell'ondivaga elaborazione giurisprudenziale sul *discrimen* tra l'esercizio arbitrario e l'estorsione, nonché come fattore di equilibrio in uno scenario caratterizzato da aspri contrasti giurisprudenziali.

Le Sezioni unite, infatti, pur adottando un criterio

³⁰ Dubitano della correttezza di simile ricostruzione sia S. Bernardi, *Le Sezioni unite sui contorni applicativi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone in tema di rapporti con l'estorsione e concorso dell'extraneus: una pronuncia risolutiva?*, in *www.sistemapenale.it*, 30 novembre 2020, sia E. Reccia, *La riscossione di un credito con violenza o minaccia tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *www.archiviopenale.it*, 30 novembre 2020, stante il mancato riferimento alla conoscenza, da parte del creditore mandante, delle modalità esattive e delle finalità del mandatario.

³¹ Cass. pen., Sez. VI, n. 23322/2013, *Anzalone*, cit. Ciò è pacificamente escluso in caso di associazione criminosa dedita al

recupero di crediti altrui dietro compenso: v. Cass. pen., Sez. II 16 febbraio 2006, n. 12982, *Caratozzolo*.

³² Per l'opposta situazione v. per esempio Cass. pen., Sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1921, *Li*, in cui la richiesta estorsiva concerneva una somma superiore a quanto dovuto dal debitore, al fine di "pagare i ragazzi", ossia i concorrenti nel reato assoldati *ad hoc*.

³³ Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, *P.G. in proc. Agostino*.

³⁴ Aggravante che ha natura soggettiva e "nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità", secondo Cass. pen., Sez. un., 19 dicembre 2019-3 marzo 2020, n. 8545.

soggettivo per distinguere tra i reati *de quibus*, esigono comunque che il convincimento dell'agente di esercitare un proprio diritto sia "oggettivamente" ragionevole; tuttavia, poiché al vaglio sulla ragionevolezza del convincimento concorre anche l'elemento della intensità della condotta, utilizzato in chiave probatoria, è ben possibile che la portata stabilizzante della sentenza in commento sia, nella prassi, depotenziata.

Più risolutiva, invece, questa sentenza appare con riferimento alla questione della natura del reato e del concorso del terzo. In particolare, sembra condivisibile la dialettica che instaura tra "poter" adire il

giudice e "voler" tutelare un preteso diritto (proprio o altrui): se da un lato il soggetto attivo del reato *ex art.* 393 c.p. è colui che "potrebbe ricorrere al giudice", dall'altro è ragionevole che tale "potere" (la titolarità del diritto) possa essere conferito ad altri soggetti (estranei al nucleo familiare del titolare), purché anch'essi mossi esclusivamente dal "voler" tutelare un diritto (altrui), e niente di più. Tuttavia, è lecito chiedersi fino a che punto questa prospettazione si attagli alla fenomenologia concreta delle dinamiche di "giustizia privata"³⁵.

Omesso versamento dell'imposta di soggiorno

Cassazione penale, Sez. VI, 30 ottobre 2020 (ud. 28 settembre 2020), n. 30227 – Pres. Mogini – Rel. Villoni – P.G. Mignolo (conf.) – Ric. D. B. *Dich. inammissibile il ricorso e conferma G.I.P. – Trib. Trapani, 16 ottobre 2019.*

Peculato – Incaricato di un pubblico servizio – Imposta di soggiorno – Omesso versamento – Decreto rilancio – Abolito criminis – Esclusione

Deve escludersi che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extra penale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di abolito criminis, poiché tale effetto si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale, nessuna di tali tra loro differenti situazioni essendosi, peraltro, determinata nella vicenda normativa in esame. (Massima non ufficiale)

Omissis – 1. Il ricorso è manifestamente infondato e va dichiarato inammissibile. (*Omissis*). – 4. Nelle more della trattazione del ricorso, differita per effetto dell'emergenza epidemica da Covid-19, è, però, intervenuto a modificare la disciplina del versamento dell'imposta di soggiorno da parte dei gestori delle strutture alberghiere e ricettive l'art. 180 del d. l. 19 maggio 2020 n. 34 convertito nella legge n. 77 del 20 luglio 2020. Trattandosi di vicenda normativa incidente sull'inquadramento giuridico del fatto oggetto di contestazione, è compito del giudice di legittimità prenderne cognizione (art. 609, comma 2 prima parte cod. proc. pen.) e procederne ad esame. Questo deve prendere le mosse dalla novella introdotta dal comma 4 dell'art. 180 del d.l. citato, il quale ha stabilito l'inserimento nell'articolo 4 d. lgs. 14 marzo 2011 n. 23 del comma 1 ter, (*omissis*). È evidente come ai sensi della novella il gestore della struttura venga oggi ad essere individuato, per il futuro, quale responsabile del pagamento dell'imposta (figura prevista e

definita dall'art. 64 d.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973) di soggiorno e sottoposto alle sanzioni amministrative derivanti dal mancato versamento della stessa. A partire dall'entrata in vigore della modifica normativa è, pertanto, escluso in radice che possa ulteriormente configurarsi il delitto di peculato, posto che il denaro ancora non versato a titolo d'imposta per definizione non costituisce denaro altrui né quale soggetto giuridico onerato del tributo, il gestore può essere ritenuto incaricato di pubblico servizio (art. 358 cod. pen.).

Diverso era, invece, il ruolo attribuito al gestore della struttura ricettiva dalla previgente e composita normativa di riferimento (*omissis*) – poiché egli operava da ausiliario dell'ente locale nella riscossione del tributo e, nel maneggiare pubblico denaro, fungeva da agente contabile con obbligo di rendiconto. In quel contesto normativo e in relazione a fattispecie completamente sovrapponibili a quella in esame, la giurisprudenza di questa Corte di legittimità ha, infatti, ritenuto la sussistenza del delitto di peculato sull'assunto che integrasse il reato la condotta posta in essere dal gestore della struttura ricettiva che si era appropriato delle somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno omettendo di riversarle al Comune, poiché lo svolgimento dell'attività ausiliaria di responsabile della riscossione e del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura, determinava l'attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio al soggetto privato cui era demandata la materiale riscossione dell'imposta (Sez. 6, sent. n. 32058/18 cit.; conf. Sez. 6, sent. n. 27707 del 26/03/2019, Norsa, Rv. 276220; Sez. 6, sent. n. 53467 del 25/10/2017, Ranieri non mass.).

(*Omissis*). Conseguenza immediata dell'intervento del legislatore è che il mancato versamento dell'imposta non è ovviamente sussumibile nel fuoco del delitto di peculato (art. 314 cod. pen.) – che, invece, postula come presupposto necessario la vеста giuridica di incaricato di pubblico servizio – a partire dal giorno (19 maggio) di entrata in vigore del decreto-legge n. 34 del 2020.

Resta, invece, da stabilire se e quali siano le conseguenze della novella in relazione alle condotte antecedenti, tra cui quella contestata alla ricorrente, in mancanza di norme di diritto intertemporale. (*Omissis*). 5. La modifica delle mo-

³⁵ Si vedano, sul punto, le considerazioni di S. Braschi, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie*

di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni unite, in *Dir. Pen. Proc.*, 3/2021, 314 e seg., spec. 324.

dalità di riscossione ha, dunque, trasformato obblighi e attribuzioni del gestore che, in relazione al medesimo tributo, è gravato oggi di oneri completamente diversi. Sul piano dogmatico si è al cospetto di una successione nel tempo di norme extrapenali in cui, per i fatti anteriori alla novella legislativa, è rimasto inalterato non solo il precetto (art. 314 cod. pen.), ma anche la qualifica soggettiva (art. 358 cod. pen.) la cui sussistenza è richiesta ai fini della punibilità a titolo di peculato. Poiché una dottrina tempestivamente espressasi sul tema ha rilevato che “la modifica normativa ha dunque trasformato l'albergatore da incaricato del pubblico servizio di riscossione della tassa di soggiorno e versamento nelle casse comunali a destinatario dell'obbligo tributario”, occorre, pertanto, precisare che la trasformazione della qualifica soggettiva si è prodotta solo per il futuro, come diretta conseguenza della descritta sostituzione di determinati obblighi normativi ad altri. In estrema sintesi, in precedenza il gestore raccoglieva e custodiva il denaro (pubblico) versato dai clienti a titolo di imposta di soggiorno per poi riversarlo all'ente titolare della riscossione, mentre oggi deve versare il tributo a prescindere dal pagamento ad opera degli ospiti della struttura ricettiva, sui quali può esercitare diritto di rivalsa secondo modalità tipiche della figura del responsabile d'imposta di cui all'art. 64 TUIR e in particolare del suo comma 3 [...]. Si deve di conseguenza escludere che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extra penale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di abolitio criminis, poiché tale effetto si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale, nessuna di tali tra loro differenti situazioni essendosi, peraltro, determinata nella vicenda normativa in esame.

L'accertamento dell'effettiva esistenza di una vicenda normativa di abolitio criminis in base ad un criterio strutturale è il metodo che questa Corte di legittimità, anche nel suo più alto consesso, ha seguito ad es. nella paradigmatica pronuncia Sez. Un. n. 2451 del 27/09/2007, Magera Rv. 238197 in tema di persistente punibilità dei cittadini romeni espulsi ed autori del reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento dallo Stato impartito dal Questore ai 6 sensi dell'art. 14, comma 5 ter D.Lgs. n. 298 del 2012 pur dopo l'adesione della Romania all'Unione europea e alla perdita dello status di extracomunitari. Il medesimo criterio era stato adottato da Sez. U, sent. n. 25887 del

26/03/2003, Giordano ed altri, Rv. 224605 in tema di modifica delle norme contemplanti i delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 cod. civ.) e di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario (art. 223, comma 2, n. 1, R. D. 16 marzo 1942 n. 267) ad opera degli artt. 1 e 4 d. lgs. 11 aprile 2002 n. 61 ed in seguito sarebbe stato nuovamente impiegato da Sez. U, sent. n. 19601 del 228/02/2008, Niccoli, Rv. 239398 in tema di modifiche apportate all'art. 1 r.d. n. 267 del 1942 dal d. lgs. 9 n. 5 del gennaio 2006 e dal D.Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007 con riferimento al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore. Con la sentenza n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243586 in tema di abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata e di soppressione di ogni riferimento ad esso contenuto nella legge fallimentare (art. 147 D.Lgs. n. 5 del 2006), le Sezioni Unite hanno, infine, compiutamente elaborato il principio che “in materia di successione di leggi penali, in caso di modifica della norma incriminatrice, per accertare se ricorra o meno abolitio criminis è sufficiente procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, senza la necessità di ricercare conferme della eventuale continuità tra le stesse facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa, atteso che tale confronto permette in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, (ne) consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio” di applicazione.

Ma, come anticipato, nella vicenda in esame si deve registrare un caso di successione di norme extrapenali che pure collocandosi in rapporto di interferenza applicativa sia con la norma che definisce la qualifica soggettiva dell'agente (art. 358 cod. pen.) sia con quella che stabilisce la struttura del reato (art. 314 cod. pen.), lasciano, però, entrambe inalterate, potendo al più dirsi richiamate in maniera implicita da elementi normativi contenuti sia nella norma definitoria che nella fattispecie penale.

Per il complesso delle suddette argomentazioni deve conclusivamente ribadirsi la rilevanza penale a titolo di peculato delle condotte, tra cui quella ascritta alla ricorrente, commesse in epoca anteriore alla novatio legis di cui all'art. 180, comma 4 del d. l. n. 34 del 19 maggio 2020 convertito nella legge n. 77 del 20 luglio 2020 – *Omissis*.

A margine di Cass. n. 30227/2020: per un *revirement* in tema di modifiche mediate

Giuseppe Puglisi*

Malgrado il c.d. *decreto rilancio* abbia comportato la perdita della qualifica pubblicistica in capo ai gestori di strutture ricettive, la Cassazione nega portata abolitiva alla novella per le condotte pregresse alla sua entrata in vigore, affermando la perdurante punibilità ex art. 314 c.p. dell'omesso versamento dell'imposta di soggiorno. L'impiego del criterio formale, seppur tranquillizzante in base alla consolidata giurisprudenza di legittimità, sembrerebbe tuttavia in contrasto con gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost. e, come si proverà a chiarire, anche con il diritto euro-convenzionale.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

La vicenda processuale

Il 16 ottobre 2019, con sentenza emessa *ex art.* 444 c.p.p., il G.I.P. presso il Tribunale di Trapani condannava V. D. B. alla reclusione di un anno e quattro mesi per essersi appropriata – nella qualità di gestore di un *residence* – del denaro corrispondente all'imposta di soggiorno e non averne riversato l'ammontare all'amministrazione comunale. Proposto ricorso per cassazione, l'imputata sosteneva l'applicabilità della meno grave fattispecie di peculato d'uso e asseriva che, per l'esiguità della somma, il fatto non costituiva reato.

Le censure così come formulate – evidenzia la Corte nella decisione che qui si commenta – vanno respinte. Per un verso, l'art. 448, comma 2°-bis, c.p.p. dispone che “[i]l pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti” – tra l'altro – “all'erronea qualificazione giuridica del fatto” e non già, come è accaduto nella specie, al fine di escludere la configurabilità del reato. Per l'altro, anche quando tale motivo fosse ammissibile, al suo accoglimento osterebbe in ogni caso il rilievo secondo cui l'art. 314, 2° comma, c.p. circoscrive il proprio ambito applicativo alle cose mobili (specifiche) e, a differenza del 1° comma, non contempla il denaro (*i.e.* un bene fungibile). Insomma, ai fini dell'ipotesi più lievemente punita, solo la *eadem res* può formare oggetto di immediata restituzione dopo l'uso momentaneo; il *tantundem*, invece, è irrilevante¹.

Si sarebbe trattato di un “caso facile” se, *medio tempore*, l'art. 180, D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. *decreto rilancio*) convertito nella L. n. 77/2020 non avesse modificato la disciplina dell'imposta di soggiorno, privando i gestori di strutture alberghiere e ricettive della qualifica di incaricati di pubblico servizio e introducendo, al contempo, un illecito amministrativo.

Pacificamente esclusa per l'avvenire la rilevanza penale di fatti analoghi², il Collegio, sul presupposto che la formulazione letterale tanto dell'art. 314 c.p. quanto dell'art. 358 c.p. è rimasta invariata, nega l'*abolitio criminis* e dichiara inammissibile il ricorso.

È questo profilo che, a nostro avviso, lascia insoddisfatti.

La VI sezione – è vero – si muove nel solco di una consolidata giurisprudenza di legittimità. Eppure, rispetto al passato, ulteriori argomenti sembrano giustificarne una rimediazione.

Imposta di soggiorno e art. 180, 3° comma., D.L. n. 34/2020

Fino alla novella i gestori di strutture ricettive erano considerati agenti pubblici. Tale attribuzione costituiva il risultato di una convergente elaborazione pretoria, contabile³ e civile⁴, compendiata *in criminalibus* dalla sentenza Locane⁵. Nella disciplina dell'imposta di soggiorno, introdotta dall'art. 4, D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23⁶, l'obbligazione intercorreva, infatti, soltanto tra il Comune (soggetto attivo) e l'ospite della struttura ricettiva (soggetto passivo), mentre il gestore era tenuto (ove previsto dai regolamenti locali) alla riscossione dell'imposta e al suo versamento all'ente⁷. Inoltre, poiché la riscossione stessa era espressione di servizio pubblico e l'obbligazione nei confronti del Comune aveva parimenti veste pubblicistica, la giurisprudenza riconosceva agli albergatori la qualifica di agenti contabili⁸ e, di riflesso, quella di incaricati di pubblico servizio⁹. Nell'ambito del rapporto tributario il denaro entrava quindi nella disponibilità della p.a. al momento stesso dell'incasso da parte del gestore: l'omesso o il ritardato versamento dell'imposta di soggiorno – forma di interversione del possesso –

¹ In questo senso v. anche Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2015, n. 49474, Stanca; Cass. pen., Sez. VI, 17 ottobre 2012, n. 12368, Medugno e altro; Cass. pen., Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 27528, Severi, tutte consultabili in *dejure.it*.

² Par. 4 – *Considerato in diritto*: “Conseguenza immediata dell'intervento del legislatore è che il mancato versamento dell'imposta non è ovviamente sussumibile nel fuoco del delitto di peculato (art. 314 cod. pen.) – che, invece, postula come presupposto necessario la veste giuridica di incaricato di pubblico servizio – a partire dal giorno (19 maggio) di entrata in vigore del decreto – legge n. 34 del 2020”.

³ V., per tutte, Corte conti, Sez. Riunite, n. 22/2016/QM in *banchedati.corteconti.it*.

⁴ Cass. civ., Sez. un., Pres. Canzio, Rel. Scarano, 24 luglio 2018, ord. n. 19654, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, Locane, in *Cass. Pen.*, 12, 2018 con nota di N. Caroleo Grimaldi, *Risponde di peculato il legale rappresentante di una struttura alberghiera che trattiene somme incassate per conto del Comune a titolo di tassa di soggiorno*.

⁶ Si riporta per comodità del lettore il testo del 1° comma: “[i] comuni capoluogo di provincia [...] possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno” [...] e del 3° comma:

“[c]on regolamento da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto [...] è dettata la disciplina generale di attuazione dell'imposta di soggiorno. In conformità con quanto stabilito nel predetto regolamento, i comuni, con proprio regolamento [...]. Nel caso di mancata emanazione del regolamento previsto nel primo periodo del presente comma nel termine ivi indicato, i comuni possono comunque adottare gli atti previsti dal presente articolo”.

⁷ Questi svolgeva pertanto “attività ausiliaria di responsabile della riscossione e del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura”, par. 4-*Considerato in diritto*.

⁸ Cass. pen., Sez. VI, n. 32058, cit., par. 6.1-*considerato in diritto*: “[I]a connotazione pubblicistica di tale attività emerge, invero, per il suo diretto collegamento al preminente interesse generale alla corretta riscossione delle entrate tributarie dell'ente locale, che ne è titolare in virtù del potere impositivo a lui riconosciuto dalla legge”.

⁹ Con la precisazione che “l'attività di riscossione dell'imposta di soggiorno da parte del privato si accompagna a precedenti condotte di accertamento del presupposto dell'imposta e a successive attività di registrazione dell'importo riscosso che richiedono “un bagaglio di nozioni tecniche, normative e di esperienza che esulano dall'esercizio di mansioni esclusivamente materiali o di ordine”, così Cass. pen., Sez. VI, n. 32058, cit., par. 4.1- *considerato in diritto*.

integrava la condotta appropriativa prevista e punita dall'art. 314, 1° comma, c.p.

Il quadro appena riassunto ha subito, come prima ricordato, una significativa variazione ad opera dell'art. 180, 3° comma, D.L. 19 maggio 2020, n. 34¹⁰.

La disposizione qualifica infatti gli albergatori alla stregua di “responsabili del pagamento dell'imposta di soggiorno (...)” ex art. 64, 3° comma, D.Lgs. n. 600/1973 (TUIR)¹¹: essi sono oggi obbligati al versamento in solido con gli ospiti delle strutture ricettive, anche laddove costoro non provvedano spontaneamente, ricevendo tutela, in tale ultima evenienza, tramite il diritto di rivalsa.

Ne consegue che al momento dell'incasso, l'importo del tributo – contrariamente a prima – non è denaro altrui; e, soprattutto, che il soggetto attivo ha perduto *nei fatti* la qualifica pubblicistica. A seguito del c.d. “decreto rilancio”, la condotta di omesso, ritardato o parziale versamento configura piuttosto un (nuovo) illecito amministrativo tributario che, in assenza di norme di diritto intertemporale e in virtù dell'art. 1, L. n. 689/81, può valere solo *pro futuro*¹².

È chiaro come la questione che finisce per impegnare i giudici di legittimità riguardi la (eventuale e) perdurante rilevanza penale delle condotte *lato sensu* appropriate realizzate prima del 19 gennaio 2020, giorno dell'entrata in vigore del decreto.

Tre le soluzioni prospettate dalla dottrina.

La prima riconduceva l'avvicendamento normativo in esame all'art. 9, L. n. 689/1981, ravvisando nell'ipotesi punitiva di recente introduzione una *lex specialis* comunque non applicabile per il principio di irretroattività prima ricordato¹³.

La seconda, escludendo il criterio di specialità, chiamava in causa l'istituto delle modifiche mediate [e la natura (non) integratrice del *novum*]¹⁴; inquadrando questo invero già sposato in casi analoghi (ma con varietà di accenti) dalla giurisprudenza di merito¹⁵.

La terza, infine, qualificava la previsione del D.L. n. 34/2020 come legge di interpretazione autentica, retroattiva perché *in bonam partem*¹⁶.

Il Collegio accoglie la seconda impostazione, affermando *tout court* che “[s]ul piano dogmatico si è al cospetto di una successione nel tempo di norme extrapenalì”¹⁷ ovvero, ma è lo stesso, di una modificazione mediata della fattispecie.

La soluzione della Corte. Le modifiche mediate della fattispecie...

Le modifiche mediate/indirette presuppongono che (a) l'“informazione giuridica primaria” contenuta nella norma incriminatrice abbia bisogno, per essere compresa, di una “informazione secondaria” cui la stessa rimanda¹⁸ e (b) che ci si interroghi sugli effetti intertemporali della variazione *in bonam partem* di quest'ultima¹⁹.

Il meccanismo *sub* (a) caratterizza invero tutti gli “elementi normativi in senso ampio” (*normative Tatbestandsmerkmale*)²⁰, nel cui novero si riconducono anche le norme definitorie (come l'art. 358 c.p.), *i.e.* quelle disposizioni, penali o extrapenalì, in cui il legislatore, indicando il significato di un elemento di fattispecie “agli effetti della legge penale”, realizza una sorta di “interpretazione autentica”²¹.

Tuttavia, se normalmente la successione indiretta è foriera di una complessità di secondo grado (specie

¹⁰ Art. 180, 3° comma, *decreto rilancio*: All'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, dopo il comma 1°-bis, è inserito il seguente: “1-ter. Il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno di cui al 1° comma e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale [...] Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica una sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471”.

¹¹ Art. 64 Tuir: “chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento dell'imposta insieme con altri, per fatti o situazioni esclusivamente riferibili a questi, ha diritto di rivalsa”.

¹² Sulla portata del decreto rilancio v. pure M. Gambardella, *Il “decreto rilancio” e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1° giugno 2020; G.L. Gatta, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolito criminis dopo il “decreto rilancio”?*, in *SP*, 5 ottobre 2020; D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti. Un recente caso in materia di peculato*, in *disCrimen.it*, 21 ottobre 2020.

¹³ M. Gambardella, *Il “decreto rilancio”*, cit.

¹⁴ G.L. Gatta, *Omesso versamento*, cit., che esclude, come vedremo, l'abolitio criminis.

¹⁵ V., in tema di revoca di sequestro preventivo, Procura di

Roma (gruppo p.a.) – Schema di parere, che dà soluzione negativa, escludendo l'abolitio criminis, e Trib. Rimini – G.I.P. 24 luglio 2020 che, invece, ne ravvisa gli estremi, entrambi consultabili in *SP*, 5 ottobre 2020.

¹⁶ D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit.

¹⁷ Par. 4 – *Considerato in diritto*.

¹⁸ Il concetto di informazione (giuridica) secondaria, coniato da M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 227, è impiegato in questa materia da D. Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, *passim*.

¹⁹ In dottrina di *außerstrafrechtliche Gesetzänderung* (modifica legislativa extrapenale) e di *mittelbare Änderung des Strafgesetzes* (modificazione mediata della legge penale) parla E. Kohlrausch, *Die strafrechtliche Rückwirkung einer außerstrafrechtlichen Gesetzesänderung*, in *ZstW*1903, *Band* 23, 41 e segg., *passim*. La paternità dell'espressione “modificazione mediata della legge penale” viene attribuita a P. Mazurek, *Zum Rückwirkungsverbot gemäß par. 2 Abs. 3 StGB*, in *JZ* 1976, 233 e segg., sebbene di *mittelbar Einfluß* (influsso mediato) parlasse già J. F. H. Abegg, *Über das Verhältnis neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen*, in *Neues Archives des Criminalrechts*, XIII, 1832, 467 e segg.

²⁰ Per una più precisa definizione di elementi normativi e figure affini, qui impedita da ragioni di spazio, sia tollerato il rinvio a G. Puglisi, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche “pro libertate”*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2017, 789 e segg., spec. 791-795 e alla bibliografia ivi richiamata.

²¹ Per tutti v. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 128 e segg.

ove paragonata al finitimo istituto delle modifiche dirette o immediate), nel caso in esame si aggiunge un elemento di ulteriore “complicazione”.

Infatti, l'art. 358 c.p. per definire la persona incaricata di un pubblico servizio si serve a sua volta del concetto – altrettanto normativo – di attività “disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione”²².

La sostanza del problema però non cambia²³.

Occorre infatti capire perché, secondo il Collegio, la modifica della qualifica pubblicistica non si rifletta, neppure per il tramite dell'art. 358 c.p., sull'art. 314 c.p.

Il punto di partenza è l'art. 2 c.p.²⁴.

Nella sua laconicità esso infatti non si preoccupa di chiarire cosa succede *sub* (b), qualora cioè – lo ripetiamo con Padovani – “la classe degli oggetti sussumibili nella fattispecie stessa mut[i] in conseguenza di atti o fatti che non incidono sulla sua struttura, ma soltanto sulla possibilità di applicarla ad un determinato caso concreto”²⁵. Ora, se nessuno dubita che un mutamento *in malam partem* dell'informazione giuridica di secondo (o, come nella vicenda in esame, terzo) grado risulti privo di effetti *ex art. 25, 2° comma, Cost.* più controversa è invece l'ipotesi di una sua variazione *in bonis*: tipici gli esempi, *ex art. 416 c.p.*, dell'abrogazione dei *delitti* in vista della cui realizzazione l'associazione viene costituita, nonché, *ex art. 368 c.p.*, dell'abolizione del “reato” oggetto di falsa incolpazione²⁶. La dottrina ha infatti elaborato criteri di risoluzione eterogenei tanto nei presupposti, quanto negli epiloghi, salvo il caso delle norme extrapenali richiamate da norme penali in bianco e – nei limiti che ci accingiamo a chiarire – dalle norme definitorie²⁷.

Secondo un primo orientamento, sposato dalla pronuncia in commento e che si può denominare *criterio* “formale-strutturale” o della “fattispecie astratta”, la modifica della legge extrapenale richiamata dall'ele-

mento (in senso lato) normativo non ha, in linea di principio, alcuna efficacia abolitiva vuoi per la necessità di impiegare il medesimo parametro per ogni forma (diretta e indiretta) di *abolitio*, vuoi perché solo il *Tatbestand* – la fattispecie astratta, appunto – ha reale capacità (de)selettiva. In questa prospettiva, tutti gli elementi della norma penale hanno “un ‘significato autonomo’ da quello delle norme che richiamano”; norme che, a loro volta, “costituiscono solo i presupposti o criteri per l'attribuzione a date realtà di fatto delle qualifiche espresse dagli elementi normativi”²⁸.

Solo nel caso di norme penali in bianco e di norme definitorie l'informazione secondaria avrebbe natura integratrice e sarebbe idonea a incidere sulla fisionomia del reato, nonché – in definitiva – sul giudizio di disvalore da esso espresso. Farebbero tuttavia eccezione (con conseguente espansione della regola della tendenziale irrilevanza delle modifiche mediate), le norme richiamate da elementi normativi contenuti nelle definizioni legali, come appunto “la pubblica funzione” di cui all'art. 358: in questi casi, la formulazione letterale non è cambiata e l'offesa al bene giuridico è stata definitivamente arrecata²⁹.

Secondo altra parte della dottrina, occorrerebbe invece indagare se sia stato alterato o meno il disvalore astratto del tipo e quindi la *ratio* di tutela perseguita dal legislatore; ciò perché, quando la modifica è immediata, “viene meno astrattamente la tutela penale degli interessi che sono stati lesi”; qualora sia, invece, mediata “viene meno soltanto il carattere lesivo del comportamento concretamente tenuto”³⁰. Si è quindi in presenza di un “criterio assiologico-valutativo” che, a differenza del precedente, non dà una soluzione univoca (nell'impostazione prima esaminata prevalentemente negativa) al problema, ma propone di distinguere caso per caso: l'addebito di responsabilità del calunniatore non verrebbe meno neppure laddove

²² Per indicare questi elementi, individuati attraverso una qualifica normativa, si parla di *Komplexbegriffe*, cfr. L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 92-95 e G. L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, 82-92. Sul contenuto della nozione v., per tutti, di recente, M. Romano, *pre-314*, in Id., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 1 e segg.

²³ *Contra*, come visto, D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit. L'A. inquadra l'avvicendamento in esame nell'ambito delle variazioni non intertemporali, ma interpretative: “l'art. 180 cit. non subentra a una precedente informazione giuridica richiamata dal combinato disposto degli artt. 358 e 314 c.p., ma più semplicemente qualifica il rapporto tributario in maniera diversa da come lo ha interpretato la Cassazione sulla scorta dei risultati cui era approdata la Corte dei Conti”, 5. In quest'ordine di idee, il legislatore non ha inserito una nuova informazione giuridica, ma ha inteso “correggere un formante giurisprudenziale che [...], per le ragioni più varie, ritiene “eccessivo” imponendo di evitare (per il futuro) e di rimuovere (retrospettivamente) ogni soluzione diversa da quella univocamente imposta dal formante legislativo”. Il *novum* – in quanto assimilabile all'interpretazione autentica e, in aggiunta, *pro reo* – dovrebbe trovare applicazione

retroattiva, *ibid.*

²⁴ Che contiene indicazioni di disciplina e, a causa di ciò, conferisce all'interprete il compito di ricercare *da sé* cosa rientri nel suo spettro applicativo. Per l'inquadramento tra le norme di conflitto, metaregole aventi ad oggetto altre regole collocate all'interno del sistema, G. Licci, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, 2017, 203 e segg.

²⁵ T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi di fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1982, 1354 e segg., 1356.

²⁶ Per tutti G. de Vero, *Corso di diritto penale. Pt. gen.*, Torino, 2020, 287-289.

²⁷ Sia ancora una volta consentito il rinvio a G. Puglisi, *op. cit.*, per una più puntuale esposizione delle tesi dottrinali.

²⁸ G. Marinucci-E. Dolcini-G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Pt. gen.*, Milano, 2020, 141, enfasi degli Aa. Nello stesso senso, v. *inter plurimos*, anche M. Romano, *Comm. Sist. del Codice Penale, Art. 1-84, I*, Milano, 2004, 59 e segg.

²⁹ Con dovizia di esempi da G. L. Gatta, *Abolito*, cit., 296-304.

³⁰ C.F. Grosso, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1960, 1209 e segg., 1211. Nello stesso senso, *inter alios*, F. Mantovani, *Diritto penale*, Milanofiori Assago-Padova, 2020, 91 e segg.

fosse abrogato il reato oggetto di falsa incolpazione, giacché il pericolo di sviamento della risorsa processuale si sarebbe definitivamente consumato (la *ratio puniendi* permane); mentre l'abolizione dei delitti alla cui commissione è preordinato il sodalizio criminale comporterebbe l'assoluzione dell'associato poiché la condotta sarebbe espressione di una libertà costituzionalmente protetta (la *ratio puniendi* viene meno)³¹.

L'ultimo indirizzo attribuisce sempre rilievo alle modifiche mediate, valorizzando ragioni ermeneutiche e teleologiche: si tratta del "criterio del fatto (concreto)". Come *ex art. 2, 1° comma, c.p.* deve intendersi per "fatto" l'insieme di tutti i presupposti concretamente rilevanti per l'applicazione della norma incriminatrice, così non vi è motivo di ragionare diversamente in presenza di *abolitio criminis*. Se non si vuole snaturare l'essenza dei *normative Tatbestand-merkmale*, allora deve ritenersi che la "modifica" abolitiva della norma extrapenale richiamata comporti il venir meno di un presupposto di rilevanza del fatto ai fini dell'integrazione dell'illecito penale³². Né appare decisiva la circostanza che l'art. 2 c.p. si riferisca alla "successione di leggi penali", perché, per insegnamento costante, *rubrica legis non est lex*, ma ha valore indicativo. In secondo luogo, alla perdurante sussistenza della responsabilità osterebbero gli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost.: continuare a punire per un accadimento che, se commesso oggi, non farebbe insorgere responsabilità penale avrebbe gravose conse-

guenze sulla "disponibilità" dell'autore ad accettare la pena, strettamente collegata alla percezione di una non evidente ingiustizia di questa"³³.

...il criterio formale e le perplessità della giurisprudenza successiva

Pur riconoscendo l'esistenza di un "rapporto di interferenza applicativa" sia con la norma che definisce la qualifica soggettiva dell'agente sia con quella che stabilisce la struttura del reato³⁴, la VI sezione decide di non discostarsi da una oramai consolidata giurisprudenza inaugurata dalle Sez. un. *Magera*³⁵ e confermata dalle Sez. un. *Niccoli*³⁶ e *Rizzoli*³⁷, riaffermando l'uso del criterio formale e dunque l'orientamento restrittivo. Solo la variazione della legge extrapenale integratrice del precetto [*i.e.* quella richiamata da una definizione legale (beninteso, purché quest'ultima non sia costruita a sua volta tramite elementi normativi) ovvero da norma penale in bianco] innesca *abolitio criminis*³⁸. Di siffatto orientamento, però, mutua *a fortiori* l'aspetto più controverso, vale a dire la dicotomia tra norma extrapenale integratrice e non integratrice, curiosamente a geometria variabile. Basti pensare che, sempre secondo la giurisprudenza, la legge extrapenale richiamata da un concetto normativo, se osservata dalla prospettiva dell'art. 47, 3° comma, c.p., viene invece considerata – a parità di meccanismo operativo – integratrice³⁹.

³¹ A questo filone interpretativo possono ricondursi, *mutatis mutandis*, la tesi di D. Micheletti, *Legge penale*, cit. e di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012. Il primo sostiene che, per capire quando applicare l'art. 2, 2° comma, c.p. bisognerebbe guardare alla capacità della pena di "riconfermare la regola comportamentale trasgredita, riaffermando nel "presente" e per il "futuro" la validità del giudizio di valore che ha portato alla sua previsione", 285: ciò accadrebbe non in presenza di *norme integratrici ordinarie* (fungibili al punto da non condizionare la valutazione assiologica del tipo), ma soltanto di *norme integratrici di merito* che, prive di equipollenti, inciderebbero davvero sul disvalore.

Per il secondo A., sarebbe indispensabile verificare se il tipo legale è pregnante, cioè dotato di significato chiuso e concluso oppure aperto all'integrazione esterna. Sostiene questa dottrina che malgrado in alcune evenienze si riesca ad approfondire in via ermeneutica la descrizione del fatto, se la fattispecie non ha *ex se* un significato di disvalore autonomo, allora le norme richiamate dovranno considerarsi – in poche parole – integratrici: esse, mutando *in bonis*, innescheranno il meccanismo dell'*abolitio criminis*, 376 e segg.

³² In questo senso G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 111.

³³ G. de Vero, *Corso*, cit., 288-289: "[p]are invero difficile immaginare che il reo [...] possa essere disponibile ad accettare di patire una sofferenza come conseguenza di un comportamento che, *in atto*, è penalmente lecito, al punto che chiunque potrebbe tranquillamente porlo in essere mentre lui viene a causa di esso punito. Né sembra che possa attutire tale sua 'sgradevole' percezione il pensiero che ciò avviene in quanto la *fattispecie legale* del reato non ha subito alcuna modificazione", 289, enfasi dell'A.

³⁴ *Loc. ult. cit.*

³⁵ Cass. pen., Sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451, *Magera*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2008, con nota di L. Risicato, *La restaurata*

ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale, 314 e segg. sulla (ir)rilevanza dell'ingresso della Romania in U.E. ai fini della definizione di straniero di cui al D.Lgs. n. 286/1998, TU imm.

³⁶ Cass. pen., Sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, *Niccoli*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3592 e segg. con nota di E. M. Ambrosetti, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, sull'ampliamento con effetti *in favorem* della nozione di piccolo imprenditore.

³⁷ Cass. pen., Sez. un., 26 agosto 2009, n. 24468, *Rizzoli*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2010, 177 e segg., con commento di M. Scoletta, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri delle Sezioni unite*, sulla (ir)rilevanza ai fini della bancarotta fraudolenta impropria dell'abolizione dell'amministrazione controllata.

³⁸ Par. 4 – *Considerato in diritto*: "si deve di conseguenza escludere che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extra penale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di *abolitio criminis*, poiché tale effetto si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale, nessuna di tali tra loro differenti situazioni essendosi, peraltro, determinata nella vicenda normativa in esame".

³⁹ E l'errore su di essa scusa nei più angusti margini dell'art. 5 c.p., come nota, *e.g.*, L. Risicato, *op. cit.*, 229-230. D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit., parla di "trucco retorico" per addivenire su entrambi i fronti a una soluzione sfavorevole al reo, 8. Né è risolutiva la più recente giurisprudenza che, pur attribuendo alle norme extrapenali richiamate dagli elementi normativi natura integratrice, continua a distinguere quelle che comportano una variazione del precetto da quelle che incidono invece

Sono lontani i tempi in cui la Suprema Corte definiva la legge incriminatrice come “il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto”, attribuendo efficacia abolitiva alla perdita della qualifica di incaricati di pubblico servizio prima riconosciuta agli operatori bancari, e, soprattutto, affermava che “per quanti bizantinismi si vogliono fare, non si potrà mai contestare che il fatto (...), se commesso oggi, non costituirebbe reato. Quel fatto storico, illecito nel momento in cui fu commesso, non corrisponde più alla fattispecie astratta del reato”⁴⁰.

A dire il vero, poi, neppure la giurisprudenza di merito successiva si è mostrata pienamente convinta⁴¹.

Secondo il G.U.P. presso il Trib. di Roma, “[l]a circostanza che la nuova disciplina non abbia modificato né la fattispecie penale né la norma integratrice non consente (...) di affermare *tout court* che non vi sia stata *abolitio criminis*, atteso che deve essere verificato se l'intervento legislativo posteriore abbia inciso sugli elementi costitutivi del ‘fatto’ tipico”⁴². Anzi, esso deduce dal *novum* un effetto abolitivo in base a due argomenti: a) la volontà politica di prendere atto della grave crisi in cui versa il settore alberghiero; b) la necessità di evitare disparità di trattamento tra situazioni uguali.

Il Trib. di Perugia, invece, segue la già indicata via della *lex specialis*.

Confrontati l'art. 314 c.p. e l'illecito tributario di nuovo conio, ravvisa infatti un rapporto di specialità unilaterale per plurima specificazione (relativamente a soggetto, condotta e oggetto di essa) a vantaggio del secondo che, in assenza del principio di irretroattività dell'illecito punitivo amministrativo, avrebbe dovuto trovare applicazione⁴³.

Come si vede, entrambi i provvedimenti – malgrado fondati su percorsi argomentativi diversi – danno luogo a epiloghi favorevoli agli imputati (rispettivamente, non doversi procedere e assoluzione senza trasmissione degli atti all'autorità amministrativa).

Considerazioni conclusive: nuove ragioni a favore del criterio del fatto concreto

Proviamo, in conclusione, a fare un po' d'ordine.

L'avvicendamento normativo descritto nelle pagine

precedenti è stato alternativamente ricondotto a tre istituti: l'interpretazione autentica, il concorso eterogeneo *ex art. 9, L. n. 689/81* e le modifiche mediate.

La prima tesi coglie sicuramente nel segno quando evidenzia l'esistenza di un mutamento interpretativo necessitato, ma “svaluta” la circostanza secondo cui detto mutamento non opera *ex professo*, ma è dovuto a una variazione del quadro normativo che interferisce con la norma incriminatrice base⁴⁴.

La seconda si concentra, invece, sulla sopravvenuta coesistenza tra norme punitive di diversa natura. Tuttavia il *decreto rilancio* non si è limitato a introdurre un illecito amministrativo-tributario, ma ha anche inciso sulla natura dell'attività degli albergatori: è per questo che non può sussistere rapporto di specialità tra “incaricato di pubblico servizio” e “gestore di strutture ricettive” (l'uno pubblico agente, l'altro – adesso – soggetto privato) e che, anche provando a riquilibrare il fatto come appropriazione indebita in modo da superare l'eterogeneità dei soggetti attivi (*gestore* sarebbe davvero una specificazione di *chiunque*), il raffronto strutturale verrebbe comunque inibito dal fatto che l'ammontare dell'imposta di soggiorno (*lato sensu* non versata) non ha più connotazione di altruità⁴⁵.

L'ultima impostazione consente *in astratto* di inquadrare meglio la successione di norme extrapenali verificatasi e, come visto, apre la strada agli interrogativi sulla portata abolitiva riconoscibile alla novella in seno all'art. 314 c.p.

È tuttavia “in concreto” che la soluzione della Corte non può pienamente condividersi⁴⁶.

La tesi formale, infatti, corre il rischio di smarrire il *quid proprium* dell'*abolitio criminis* indiretta che, a conti fatti, non avrebbe ragione di esistere. L'istituto delle modificazioni mediate, infatti, non discute l'invarianza della fattispecie astratta, anzi prende atto che al suo interno vi sono dei concetti normativi non monadici, ma, semmai, generatori di entropia; entropia che origina dal dialogo tra gli elementi di sintesi e il “macro-settore” sintetizzato e influisce (*mittelbar Einfluß*, appunto) sulla *ratio essendi* dei primi e quindi sull'offensività del fatto concreto alla luce del principio personalistico nella sua accezione più lata⁴⁷.

sulla struttura essenziale e sole innescano il fenomeno abolitivo (e.g. Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2019, n. 48017 in *dejure.it*). Si tratta di un “travestimento” del problema tradizionale.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet e al., in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1987, 695 e segg., con nota di C. E. Paliero, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è “comune” la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*.

⁴¹ Si tratta di G.U.P. Trib. Roma, sent. 2 novembre 2020 (dep. 10 novembre 2020), n. 1515 e Trib. Perugia, sent. 24 novembre 2020, consultabili all'indirizzo *giurisprudenzapenale.com*. V. però la successiva Cass. pen., Sez. VI, 17 dicembre 2020, n. 36317 in *D&G*, 18 dicembre 2020 (depositata nelle more di pubblicazione di questo scritto), in cui si ribadisce il principio espresso nella sentenza in commento.

⁴² G.U.P. Trib. Roma, cit., p. 4.

⁴³ Trib. Perugia, cit., par. 14 e segg. V. però *infra* per una

critica.

⁴⁴ Accoglie, invece, questa impostazione Trib. Rimini – G.I.P., 20 novembre 2020, in *archiviopenale.it* con nota di G. Civello.

⁴⁵ E non potrebbe essere quindi ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 646 c.p. Per queste ragioni la tesi del Trib. Perugia, cit., non pare si possa condividere. Nel senso accolto dalla Corte umbra, ma con argomentazioni parzialmente difformi v. Trib. Salerno, sent. 19 ottobre 2020 (dep. 21 dicembre 2020), Pres. Casale, est. Rossi, in *SP.*, 15 gennaio 2021 con nota di F. Lazzari.

⁴⁶ V. anche F. Alvino-C. Nicolosi, *Peculato ed omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore: profili di diritto intertemporale dopo il decreto rilancio*, in *disCrimen.it*, 21 dicembre 2020, che propendono per la soluzione *pro reo*, valorizzando però la natura integratrice della norma extrapenale richiamata dall'art. 358 c.p. e il venir meno del disvalore del reato.

⁴⁷ Secondo A. Gargani, *Il controverso tema delle modifiche me-*

In questa prospettiva, per altro, il diritto convenzionale fornisce utili spunti ermeneutici per rafforzare la teoria del “fatto concreto” e i tradizionali argomenti ermeneutico-teleologici prima richiamati.

Non può infatti trascurarsi l'approccio sostanzialista dei giudici di Strasburgo che, a partire dall'elaborazione dei *criteri Engel*, hanno iniziato un processo di disvelamento di etichette formali nella materia sostanzialmente penale⁴⁸. In questo senso, la formulazione dell'art. 7 Cedu invita alla concretezza e non pare precludere una interpretazione dei concetti di *azione* o *omissione* che consideri l'accadimento storico-naturalistico. L'obiezione secondo cui la rilevanza o meno della condotta è circoscritta dal par. 1 *al momento in cui la stessa è stata realizzata* non può del resto essere accolta. A ciò è d'ostacolo il principio di retroattività della legge più mite enunciato dalla Corte Edu per la prima volta nel caso Scoppola⁴⁹.

In quella decisione, infatti, i giudici hanno affermato che l'applicazione *ex tunc* della legge più favorevole al reo risponde ad esigenze di proporzione, perché opinare diversamente “equivarrebbe ad ignorare ogni cambiamento (...) e a continuare ad infliggere delle pene che lo Stato e la collettività che rappresenta considerano oramai come eccessive”⁵⁰... senza distinguere tra modifica strutturale o meno. Certo, la questione non è stata ancora mai posta esplicitamente a Strasburgo, ma, se le premesse da cui partiamo sono corrette, non vi sarebbe ragione per escludere la tesi che sosteniamo.

Né il diritto euro-unitario, che oggi conosce il principio della retroattività *in mitius* ex art. 49 par. 1 Cdfue, risulta preclusivo. È vero che, secondo l'unico precedente in materia, il criterio formale non viola la Carta di Nizza-Strasburgo, ma il modo in cui la Corte di Giustizia ha interpretato i rapporti tra Cdfue e Cedu non convince⁵¹.

Il ragionamento avrebbe dovuto essere: i diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu sono principi generali del diritto dell'Unione (art. 6.3 Tue) e quindi lo è anche l'applicazione retroattiva *in mitius*, come del resto ha autonomamente e prima del caso Scoppola confermato la sentenza *Berlusconi e al.* nell'ordinamento comunitario⁵²; ex art. 52.3 Cdfue, nel caso in

cui la Cdfue contenga diritti “corrispondenti” a quelli garantiti dalla Cedu il loro “significato e portata” devono essere uguali a quelli della Convenzione. A questo punto, vista la coincidenza della regola della *lex mitior* tra art. 49 Cdfue e 7 Cedu, ci si sarebbe aspettati che la Corte recepisce la regola convenzionale potenzialmente dotata di più ampio respiro, invece ha affermato in merito alla Cedu che “[q]uest'ultima tuttavia non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione”⁵³. Ciò lascia intendere come i giudici di Lussemburgo abbiano avuto presente che l'art. 52.3 della Carta di Nizza-Strasburgo li avrebbe potuti “costringere” ad accogliere una versione forte della retroattività *in mitius*, ma per evitarlo si sono serviti del discutibile argomento della mancata adesione: l'art. 6.1 Tue statuisce che “l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati” e non subordina la vincolatività della stessa ad alcuna condizione sospensiva di adesione.

Per dimostrare la praticabilità dell'*abolitio criminis* in casi come quello esaminato ci si può anche riferire ad *abundantiam* alle ragioni sottese al *ne bis in idem* euro-convenzionale (art. 4 Prot. n. 7 Cedu e art. 50 Cdfue). La nozione di *idem factum* accolta dai giudici sovranazionali impedisce, sotto il profilo sostanziale, il cumulo sanzionatorio. È vero che essa si presta meglio a rivisitare istituti come, e.g., il concorso apparente di norme, tuttavia il significato di tale tendenziale preclusione endoprocedimentale non è estraneo *in subiecta materia*, giacché risponde a esigenze di equità e proporzionalità della pena⁵⁴.

In breve, come è sproporzionato remunerare con più sanzioni penali il medesimo fatto storico-naturalistico comunque *ex lege* qualificato, così è sproporzionato continuare a punire taluno per un fatto che, se commesso dopo, non integrerebbe alcun titolo di reato. Il principio di proporzione riconosciuto a livello sovranazionale altro non è che la veste tecnica del finalismo rieducativo ex art. 27, 3° comma, Cost. che, come a più riprese segnalato dalla Corte costitu-

diate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite, in *Cass. Pen.*, 2008, 2694 e segg., il criterio del fatto concreto è “l'orientamento maggiormente attento alle implicazioni concettuali e alle funzionalità degli elementi normativi della fattispecie penale”, 2698.

⁴⁸ Per tutti F. Mazzacova, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

⁴⁹ *Scoppola c. Italia*, Grande Camera, 17 settembre 2009, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2010, 366 e segg., con nota di C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*.

⁵⁰ *Scoppola c. Italia*, cit., par. 108. M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, *passim*.

⁵¹ CGUE, Sez. V, 6 ottobre 2016, causa C-218/15 (Paoletti et al.), sulla perdita della qualifica di straniero a seguito dell'ingresso della Romania in Ue. Il quesito era il seguente: “se l'art. 7 della

CEDU, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, l'art. 6 del [TUE] debbano essere interpretati nel senso che (...) *sia precluso* allo Stato membro *applicare* il principio della retroattività benigna (*in mitius*)”. Per un approfondimento della vicenda v. G. Puglisi, *op. cit.*, 820-825.

⁵² CGCE, Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, 3 maggio 2005, in *Cass. Pen.*, 2005, 2764 e segg., con commento di G. Insolera-V. Manes, *La sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*

⁵³ CGUE, Sez. V, 6 ottobre 2016, causa C-218/15, Paoletti et al., par. 21.

⁵⁴ Per tutti N. Recchia, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Padova, 2020.

zionale, accompagna la sanzione da quando nasce, in sede di comminatoria edittale, fino all'esecuzione, passando per la fase di cognizione⁵⁵: inoltre, nel caso di specie, la disparit  di trattamento appare manifesta se solo si considera come la perdurante punizione *ex art. 314 c.p. comporti* – a differenza di quanto accadr  per l'illecito amministrativo di nuovo conio – l'applicazione del regime ostativo *ex art. 4-bis della legge sull'o.p.*⁵⁶.

Insomma, sarebbe il momento di riconoscere anche nell'ambito delle modifiche mediate il rapporto osmo-

tico tra intertemporalit  penale e funzione rieducativa della sanzione. Non essendo stato ancora implementato il Protocollo n. 16 addizionale alla Cedu (assimilabile negli effetti a un rinvio pregiudiziale per interpretazione non vincolante)⁵⁷, se si vogliono scongiurare condanne in sede convenzionale occorre sollecitare un generale *revirement* a favore del criterio del fatto concreto o, *in extremis*, per eliminare definitivamente ogni dubbio, bisogner  adire la Corte costituzionale⁵⁸.

⁵⁵ Sul costante rapporto di proporzione tra qualit  e quantit  della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra *v.*, per tutti, Corte cost., 10 novembre, 2016, n. 236 in *giurcost.org*.

⁵⁶ Il che, beninteso, non significa che l'omesso versamento prima del *decreto rilancio* debba necessariamente andare esente da pena, ma che, in assenza di disposizioni transitorie che prevedano un'applicazione retroattiva dell'illecito amministrativo (che *non* sia nel complesso e in concreto pi  affittivo del regime previgente, *v.* Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223 in *giurcost.org*) esso non possa pi  essere punito.

⁵⁷ In generale R. Conti, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perch ?*, in *SP*, 27 dicembre 2019.

⁵⁸ A rigore Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 11520, Tonnarello, *CED*, n. 275990, ha escluso la rilevanza della q.l.c. prospettata dal difensore dell'imputato (in relazione all'art. 2 c.p., 2° comma e art. 117 Cost., 1° comma, art. 7 Cedu e art. 20 Cdfue), perch  "se la norma extrapenale tributaria non   integrante della norma penale non si pone la questione del contrasto della norma

interna con quanto elaborato dalla giurisprudenza della Cedu che ha ricondotto il canone della retroattivit  della legge favorevole entro l'ambito applicativo del principio di legalit  penale di cui all'art. 7 Cedu"), par. 6-*considerato in diritto*. Tuttavia se si accogliesse questa nozione di *rilevanza* lo scrutinio sulla costituzionalit  o meno dell'*abolitio criminis* indiretta interpretata secondo il criterio formale sarebbe sempre precluso.

G. Amarelli, "*Peculato dell'albergatore*": tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, tertium datur l'amnistia?, in *SP*, 05 febbraio 2021, valorizzando il requisito della prevedibilit  delle decisioni, propone la soluzione – dallo stesso definita difficilmente percorribile – dell'amnistia condizionata con finalit  di giustizia.

Di recente, Trib. Roma, Sez. VIII pen., ud. 30 novembre 2020, dep. 25 febbraio 2021, Pres. est. Roja, in *Sanit  Pubblica*, 11 marzo 2021 applica il criterio formale, muovendosi nel solco tracciato dalla pronuncia in commento.

Diritto Processuale Penale

a cura di Giorgio Spangher

con Piermaria Corso, Alfredo Gaito e Antonella Marandola

Captatore informatico

Cassazione penale, Sez. V, 11 novembre 2020 (ud. 30 settembre 2020), n. 31604 – Pres. Vessichelli – Rel. Morosini – P.M. Epidendio (diff.) – Ric. P. *Rigetta il ricorso*.

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Mezzi di ricerca della prova – Captatore informatico – Divieti di utilizzazione delle intercettazioni – Libertà morale della persona nell’assunzione della prova

L’evoluzione tecnologica non ha esentato il tema delle intercettazioni, per questo motivo si ritiene che il captatore informatico debba essere considerato come uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologia per poter svolgere le intercettazioni ambientali. Il suo utilizzo nei limiti stabiliti dalla legge fa sì che esso non possa essere considerato come una “prova atipica” ne, tanto meno, un aggiramento delle regole concernenti le “prove tipiche”.

Pertanto, non può ritenersi che il “trojan” “possa inquadrarsi tra i metodi o le tecniche ideone ad influire sulla libertà di autodeterminazione” non essendo in grado di manipolare o forzare l’apporto dichiarativo del soggetto intercettato. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Ritenuto in fatto

1. Con l’ordinanza impugnata il Tribunale del riesame di Lecce, adito ai sensi dell’art. 309 c.p.p., ha confermato la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei confronti di P.G., quale partecipe alla associazione mafiosa denominata “(omissis)” (capo A della incolpazione provvisoria), nonché per vari episodi di commercio di sostanza stupefacente (capi C29, C30 e C32). 2. Avverso l’ordinanza ricorre l’indagato, tramite il difensore, articolando quattro motivi, con i quali eccepisce la inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni effettuate mediante l’installazione del captatore informatico denominato trojan horse. 2.1. Con il primo si deduce la illegittimità della prova in questione, quale conseguenza della modalità “subdola” di acquisizione della stessa attraverso l’induzione del soggetto intercettato alla “autoinstallazione” del virus, con costi a carico del destinatario e in violazione del principio di autodeterminazione. (Omissis).

Considerato in diritto

1. Il ricorso è infondato. (Omissis).

2.1. È pacifico che, al momento della esecuzione dell’attività di intercettazione in contestazione, non era vigente la specifica disciplina dettata dal legislatore per il cd. trojan horse con il D.Lgs. n. 216 del 2017, la cui entrata in vigore,

per le disposizioni che qui interessano, è stata via via prorogata finché, da ultimo, per effetto del D.L. n. 28 del 2020, è stato stabilito che la nuova disciplina sarà applicabile ai procedimenti penali iscritti dal 1 settembre 2020. Ergo nella specie trovano applicazione le regole previgenti da interpretarsi sulla scia dell’elaborazione giurisprudenziale che ha trovato convergenza nella decisione delle Sezioni Unite n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, da cui il collegio non intende discostarsi.

2.2. Secondo le Sezioni Unite Scurato, il fondamento normativo cui fare riferimento, de iure condito, va rinvenuto nella disciplina delle intercettazioni “tra presenti” e, specificamente, negli artt. 266, 267 e 271 c.p.p. con le deroghe previste, per i reati di criminalità organizzata, dal D.L. n. 152 del 1991, art. 13, convertito dalla L. n. 252 del 1991.

2.2.1. La natura itinerante dei dispositivi adoperati come moderne microspie – smartphone, tablet, computer – e il fatto che tali dispositivi accompagnano le persone anche nelle abitazioni e nei luoghi più riservati della vita privata comportano che il captatore informatico possa essere utilizzato per realizzare intercettazioni “tra presenti” nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata. In questi casi, infatti, trova applicazione la disciplina di cui al D.L. n. 151 del 1991, art. 13, convertito dalla L. n. 203 del 1991, che, derogando ai presupposti fissati dall’art. 266 c.p.p., comma 2, permette la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità che ivi si stia svolgendo attività criminosa. Di contro, l’utilizzo del nuovo mezzo tecnologico va escluso per i reati comuni perché, non essendo possibile prevedere i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico potrebbe essere introdotto, nel momento dell’autorizzazione, non sarebbe possibile verificare il rispetto della menzionata condizione di legittimità di cui all’art. 266 c.p.p., comma 2.

La stessa sentenza ha fissato la nozione di “procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata” (Rv. 266906), precisando che la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso (Rv. 266905); si tratta di una condizione qui indiscutibile dato che si procede per reati di cui all’art. 416-bis c.p. (capo A) e D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74 (capo C).

2.2.2. Siccome negli indicati procedimenti il trojan horse permette la captazione anche nei luoghi di privata dimora e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto, consegue che non è necessaria la preventiva individuazione di tali luoghi. (Omissis).

Ne consegue che devono ritenersi legittime le intercettazioni “tra presenti” eseguite a mezzo di “captatore informatico” installato in un dispositivo portatile, nell’ambito di attività investigativa svolta in relazione a procedimenti per delitti di criminalità organizzata: e ciò a prescindere dalla preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi in cui la captazione deve essere espletata. (*Omissis*).

2.3.1. Le Sezioni Unite Scurato hanno già valutato la compatibilità della conclusione raggiunta con i principi costituzionali: “il legislatore ha operato evidentemente uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto della eccezionale gravità e pericolosità, per la intera collettività, dei (particolari) reati oggetto di attività investigativa per l’acquisizione delle prove: bilanciamento che è sfociato, appunto, nella possibilità di effettuare, previa motivata valutazione del giudice, intercettazioni “tra presenti” in luoghi di privata dimora “a prescindere” dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminose in atto e, quindi, senza alcuna necessità di preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi stessi”.

Proprio il contemperamento di valori ed interessi, operato dal legislatore nell’introdurre il D.L. n. 152 del 1991, art. 13, scongiura il pericolo che le intercettazioni domiciliari, in conseguenza della mobilità del dispositivo sede del captatore, possa entrare in conflitto con i principi costituzionali posti a tutela della segretezza delle comunicazioni, del domicilio e della riservatezza.

Le medesime Sezioni Unite si sono occupate anche della sintonia della vigente normativa, in materia di intercettazioni, con le direttive sovranazionali (in particolare l’art. 8 CEDU), e la conformità della stessa alla relativa giurisprudenza, sì da “escludere la ravvisabilità nell’art. 8 della CEDU, così come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di preclusioni riguardanti le intercettazioni effettuate mediante “captatore informatico” in procedimenti per delitti di criminalità organizzata”.

2.3.2. Rispetto alla normativa vigente, le Sezioni Unite Scurato osservano che “nulla vieta che il giudice autorizzi, con provvedimento congruamente motivato in relazione a tutti i requisiti e presupposti richiesti, intercettazioni “tradizionali” nei confronti di un soggetto estendendo tale attività investigativa ad una pluralità di stanze dell’abitazione della persona intercettata o alle relative pertinenze. La peculiarità – e conseguente problematicità – dell’intercettazione di cui si discute, sta nel fatto che il soggetto intercettato può recarsi, portando con sé l’apparecchio elettronico nel quale è stato installato il “captatore”, nei luoghi di privata dimora di altre persone, così dando luogo ad una pluralità di intercettazioni domiciliari”.

Tale problema, però, non si pone nel caso di delitti di criminalità organizzata, poiché il legislatore ha dato una precisa e significativa indicazione laddove ha espressamente escluso, per le intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora, disposte in procedimenti relativi a tali reati,

il requisito autorizzativo che l’art. 266 c.p.p., comma 2, secondo periodo, richiede per tutte le altre intercettazioni. (*Omissis*). 2.3.4. Lo stesso ricorrente fornisce risposta ai dubbi sollevati sul principio di “non sostituibilità”, laddove richiama le sentenze della Corte Costituzionale n. 135 del 2002 e quella delle Sezioni Unite Prisco (n. 26795 del 2006): il captatore informatico (come la videoregistrazione interessata da quelle pronunce) non è altro che uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologia, attraverso il quale è possibile effettuare una intercettazione ambientale. Dunque non viene in rilievo una “prova atipica”, né un aggiramento delle regole della “prova tipica”, poiché, già prima della entrata in vigore della specifica disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 216 del 2017 (che invece ne estende l’applicabilità, a determinate condizioni, anche ai reati comuni), l’impiego del trojan horse, quale mezzo per eseguire la captazione di conversazioni tra presenti, era regolamentato dagli artt. 266, 267 e 271 c.p.p. – interpretati in senso restrittivo dalle Sezioni Unite Scurato, che hanno bandito tale strumento per tutti i reati comuni, al fine di scongiurare in radice il pericolo di una incontrollabile intrusione nella sfera privata delle persone – con la speciale deroga, nella specie operante, di cui al D.L. n. 152 del 1991, art. 13. A differenza di quanto sostenuto dal ricorrente, la nuova normativa di cui al citato D.Lgs. n. 216 del 2017 non smentisce tale conclusione, ma anzi la conferma laddove disciplina l’utilizzo del captatore informatico nell’ambito dell’art. 266 c.p.p., comma 2, così prendendo atto che il “captatore informatico”, lungi dal costituire un autonomo mezzo di ricerca della prova, è solo una particolare modalità tecnica per effettuare l’intercettazione delle conversazioni tra presenti. 2.3.5. Alla luce delle considerazioni che precedono, va escluso che il captatore informatico possa inquadarsi tra “i metodi o le tecniche” idonee ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall’art. 188 c.p.p. Il trojan horse non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità. Di qui l’infondatezza del primo motivo, che si rivela, peraltro, manifestamente infondato nella parte in cui deduce ulteriori vizi di inutilizzabilità non previsti dalla legge. Al riguardo va rammentato che il vizio di inutilizzabilità risponde ai paradigmi della tassatività e legalità, dal momento che è soltanto la legge a stabilire quali siano – e come si atteggino – i diversi divieti probatori (cfr. Corte Cost. sentenza n. 219 del 2019). (*Omissis*). 4. Consegue il rigetto del ricorso e la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. La cancelleria curerà gli adempimenti di cui all’art. 94 comma 1 ter disp. att. c.p.p.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. – *Omissis*.

Nessuna violazione della libertà di autodeterminazione per mezzo “dell’agente intrusore”

Ruben Calandrelli*

La sentenza della Cassazione 11 novembre 2020, n. 31604 consente di riflettere sull’utilizzo del captatore informatico nelle indagini penali e sugli effetti che dal suo impiego discendono sulla libertà di autodeterminazione del soggetto captato.

Premessa

Chiunque interviene nel “procedimento penale” ha “la libertà di conservare la propria personalità psichica, la libertà di ragionare con la propria testa [...] la libertà di non vedere né ingannata né coartata la propria coscienza, il diritto a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo od inerte, il diritto [...] infine a formare “con motivi propri” le proprie determinazioni”¹.

Con queste parole, Giuliano Vassalli definiva una delle più importanti libertà riconosciute nell’ambito del processo penale vale a dire quella di rendere dichiarazioni frutto della propria introspezione.

L’importanza della “volontarietà narrativa” dei fatti che entrano a far parte del processo penale e che “arricchiscono” il bagaglio delle “rappresentazioni” utili al giudice affinché questi possa decidere della regiudicanda ha, da sempre, affascinato gli studiosi².

Complice di tale interesse è, sicuramente, il rapporto che intercorre tra il diritto alla libertà morale del soggetto e il suo diritto di difesa, laddove il primo rappresenta una condizione indispensabile per il secondo³.

Tuttavia, se è pur vero che la predetta libertà ha trovato espressa consacrazione nel codice di rito del 1988 in seno all’art. 188 c.p.p., è altrettanto vero che l’avvento delle moderne tecnologie e l’ideologia di una ricerca “spasmodica” della verità rischiano di operare un’ingente compressione alla libertà di autodeterminazione⁴ della persona.

La questione

Su questo “crinale”, per nulla scontato, si colloca la sentenza in commento⁵ con la quale la Corte di cas-

sazione torna ad affrontare il tema della inutilizzabilità dei risultati ottenuti mediante l’impiego del captatore informatico, nel corso dello svolgimento dell’attività intercettativa.

In particolare, nel caso *de quo* il ricorrente lamenta “la illegittimità della prova [...] quale conseguenza della modalità “subdola” di acquisizione della stessa attraverso l’induzione del soggetto intercettato alla “autoinstallazione” del *virus*, [...] in violazione del principio di autodeterminazione”⁶.

La peculiarità della decisione è, in tal caso, rappresentata dal fatto che, a dispetto del passato, in cui l’inutilizzabilità veniva invocata per inosservanza del perimetro circoscritto nel decreto autorizzativo del gip, in tal caso il difensore ricorrente adduce la violazione della libertà caratterizzante la formazione della prova, di cui all’art. 188 c.p.p.

Brevi cenni sul captatore informatico

L’indiscutibile interesse che la questione in oggetto svolge nell’ambito delle intercettazioni deve, necessariamente, prendere le mosse da una serie di precisazioni che riguardano la natura e l’utilizzo del captatore informatico nelle indagini penali.

Com’è noto, nell’ultimo ventennio il “balzo in avanti” che i sistemi di comunicazione hanno subito ha influenzato in maniera “totale” ogni momento della nostra quotidianità e di conseguenza i dispositivi “*target*” sono divenuti la fonte dalla quale attingere per ottenere ogni tipo di informazione utile ai fini delle indagini ovvero per l’accertamento del fatto di reato.

In maniera parallela alla predetta evoluzione anche le modalità attraverso le quali si svolge l’attività intercettativa hanno subito una notevole ampliamento⁷.

Non è un caso, infatti, che sia divenuto sempre più

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale. (Contributo alla teoria dei diritti alla personalità)* (1960), in Id., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 306-307.

² In letteratura, il tema della libertà di autodeterminazione del soggetto che rende dichiarazioni nel corso del procedimento penale è stato ampiamente affrontato, v., A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971; M. Bargis, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990; P. Barille, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003; A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000; Di Chiara, *Libertà personale dell’imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 303; P. Ferrua, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell’imputato*, in *Cass. Pen.*, 1990, 652; N. Galantini, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; A. Scafati, *Premesse sulla prova penale*, in

G. Spangher, *Trattato*, II.1, 3 e segg.

³ Cfr., volendo, G. Di Chiara, *L’imputato e il diritto di difesa: il telaio dell’art. 24 Cost. e il “nuovo” catalogo dei diritti dell’“accusato*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 269; G. Montalbano, *La confessione nel diritto vigente*, Napoli, 1958, 121.

⁴ Per un’analisi sul rapporto che intercorre tra l’evoluzione tecnologica e libertà di autodeterminazione, v., G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifica-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 19.

⁵ Per una prima lettura della sentenza, si v. R. Aprati, *Il trojan horse autoinstallato non rientra tra i metodi che ledono la libertà morale dell’indagato*, in *Foro It. (rivista web)*, 6 gennaio 2020, 1 e segg.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2020, n. 31604, P.

⁷ V., quanto in riferimento al progresso tecnologico nel sistema delle intercettazioni, S. Aterno, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Digesto Pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 207; A. Testaguzza, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 759; M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto*

rilevante il ricorso allo strumento del captatore informatico⁸.

L'importanza attribuita a questa modalità "alternativa" di svolgimento delle intercettazioni va rinvenuta nella capacità dello strumento in parola di ottenere un'ampia gamma di informazioni utili all'autorità inquirente, da porre a fondamento delle sue successive determinazioni processuali.

L'idoneità dell'agente intrusore, inoltre, ad ottenere tutto ciò che è utile ai fini delle indagini emerge dalla sua stessa natura strutturale⁹.

Il cd. *trojan* consiste, infatti, in un "malware" che, inoculato occultamente su di un dispositivo c.d. "bersaglio", consente al soggetto captante non solo di registrare le comunicazioni tra presenti, ma – anche – di svolgere una serie di attività definite come "on-line surveillance" e "on-line search"¹⁰ che consentono, rispettivamente, di attivare – da remoto – la fotocamera del dispositivo e/o il microfono e di visualizzare tutto quanto venga digitato sulla tastiera, nonché di copiare e, successivamente, trasmettere tutti i dati contenuti sul sistema "infetto".

Tali potenzialità hanno, quindi, portato la più autorevole dottrina a ritenere che le capacità insite nel *trojan* sommano in se tutte le potenzialità degli altri mezzi di ricerca della prova¹¹.

La disciplina del captatore informatico; le Sezioni unite Scurato

Le caratteristiche, strutturali ed operative, dell'agente intrusore – anche se sinteticamente richiamate – ci consentono di comprendere come uno strumento così "insidioso" avrebbe dovuto essere corredato – sin da subito – da una disciplina altamente dettagliata, in

modo da non comprometterne l'utilizzo a livello processuale.

Tuttavia, è noto come la regolamentazione del captatore sia stata oggetto di una produzione legislativa caratterizzata da una gestazione particolarmente complessa.

Segnatamente, un esplicito riferimento normativo all'istituto si è avuto, inizialmente, con il d.lgs. n. 216 del 2017, attuativo della legge delega n. 103/2017¹², i cui continui rinvii da parte del legislatore hanno, poi, consentito una specifica regolamentazione ad opera della L. n. 3/2019, fino a giungere alla normativa contenuta nel D.L. n. 161/2019 convertito in L. n. 7/2020¹³.

Sotto tale aspetto, va ricordato come, anteriormente, data l'assenza di una precipua disciplina l'ambito di operatività del peculiare strumento investigativo sia stato delineato dalla sentenza delle Sezioni unite Scurato¹⁴.

In particolare, il Supremo consesso, chiamato a valutare se "anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p. [...] sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un "captatore informatico"¹⁵ ha provveduto a ricondurre l'attività intercettativa in parola nel "genus" delle cd. "intercettazioni ambientali"¹⁶ regolate agli artt. 266, 267 e 271 c.p.p.

In particolare, il Collegio Riunito ha ritenuto, in primo luogo, che essendo la disciplina delle intercettazioni "confinata" nelle disposizioni sopra menzionate, il requisito di cui all'art. 266, 2° comma, c.p.p. (che, com'è noto, anche per le intercettazioni tra presenti si incentra sul "fondato motivo di ritenere che" nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. "si stia svolgendo" l'attività criminosa) si pone quale condizione indi-

vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 1163; M. Trogu, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, 102.

⁸ Per un quadro d'insieme delle caratteristiche del nuovo strumento investigativo, cfr., R. Brighi, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Torino, 2018, 211 e segg.

⁹ Le numerose funzioni del captatore informatico sono ben definite da F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della in Italia*, in *Riv. Bras. Diritto Proc. Pen.*, 2017, f. 2, 483.

¹⁰ Per una chiara distinzione tra le due attività menzionate, v., M. Griffo, *Una proposta costituzionale per arginare lo strapotere del captatore*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, f. 2, 24 e segg.

¹¹ Cfr., P. Bronzo, *L'impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, f. 17, 339.

¹² In merito alla delega operata dal legislatore, con la L. n. 103/2017, in materia di intercettazioni, si v., S. Buzzelli, *Le nuove intercettazioni tra selettività arbitraria e ridimensionamento delle garanzie difensive*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 214 e segg.; C. Conti, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur. It.*, 2018, 1754 e segg.; L. Filippi, *Attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in *Il penalista*, 2018; G. Giostra-R. Orlandi, *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018; F. Giunchedi, *Appunti su alcune criticità della nuova*

disciplina delle intercettazioni, in *Arch. Pen.*, 2018, 513 e segg.; O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018, 683 e segg.; F. Vergine, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra sorda*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018.

¹³ Per quanto riguarda il travagliato iter che ha preceduto l'entrata in vigore della L. n. 7/2020 v., per tutti, A. Marandola, *Intercettazioni: le nuove forme e modalità. L'archivio digitale*, in A. Diddi-L. Filippi-A. Marandola, *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Legge 20 febbraio 2020, n. 7, Pisa, 2020, 1 e segg.

¹⁴ Cfr., Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato; inoltre per una prima lettura della sentenza delle Sezioni unite cfr., A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. n. Proc. Pen.*, 2017, 76 e segg.; A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. Pen.*, 2016, 2274 e segg.; P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto dei dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 21; L. Giordano, *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, f. 3, 177 e segg.

¹⁵ La questione in oggetto fu sottoposta alle Sezioni unite su impulso della Sesta Sezione della Cassazione penale con ordinanza del 10 marzo 2016, n. 13884.

¹⁶ Cfr., G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 ottobre 2016, 13.

spensabile per l'emanazione del decreto autorizzativo del gip non ammettendo, al riguardo, alcuna eccezione; in secondo luogo ha affermato che la natura "itinerante"¹⁷ del dispositivo, sul quale il *malware* viene inoculato, pone il giudice in condizione di non poter prevedere "aprioristicamente" ("rectius" al momento dell'emanazione del decreto autorizzativo) i luoghi di privata dimora in cui il dispositivo verrà inserito con la, conseguente, impossibilità di dare attuazione alla disciplina concernente le intercettazioni domiciliari tradizionali.

La Corte ha, inoltre, osservato che anche se "astrattamente" è possibile seguire gli spostamenti del dispositivo "bersaglio", con la contestuale interruzione della captazione (in particolare, nel caso in cui il dispositivo venga inserito in un domicilio diverso da quello indicato nel decreto autorizzativo) l'indeterminatezza dei luoghi in cui si svolge l'attività criminosa comporterebbe, comunque, che il giudice provveda ad una loro individuazione "al buio".

Alla luce delle formulate riflessioni l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.) parrebbe, comunque, compromessa. Peraltro, la particolare "insidiosità" del *trojan* comporta il rischio di dare luogo ad una pluralità di intercettazioni tra presenti, nei luoghi di privata dimora, violando – in tal modo – non solo le norme che interessano la materia *de qua*, ma anche quelle sancite a livello costituzionale (art. 14 Cost.) e convenzionale (art. 8 C.e.d.u.) che impongono al mezzo di ricerca in oggetto limiti incentrati sul principio di proporzionalità.

Per questi motivi la cassazione – nella sua più autorevole composizione – ha affermato il principio di diritto secondo cui l'utilizzo del captatore informatico trova operatività "limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata [...] anche nei luoghi di privata dimora ex articolo 614 c.p. pure singolarmente non individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa"¹⁸.

A corredo di tale conclusione, le Sezioni unite indicano, infatti, "come la lotta alla criminalità organizzata, di ogni tipo, ben giustifica un deciso aggiornamento delle tecniche investigative di contrasto e l'ordinamento e i suoi principi "nucleari" offrono tutti gli strumenti necessari per evitare che le nuove tecnologie sfuggano di mano agli operatori e diventino i mezzi di violazione dei valori essenziali della persona umana"¹⁹.

La decisione della Sezione V della Cassazione

Il richiamo agli insegnamenti delle Sezioni unite Scurato appaiono, quindi, imprescindibili per l'inter-

pretazione fornita dalla cassazione che, nella sua composizione semplice, con la decisione in commento, ha preliminarmente rilevato che "al momento dell'esecuzione dell'attività di intercettazione in contestazione non era vigente la specifica disciplina dettata dal legislatore per il c.d. *trojan horse* con il d. lgs. n. 216 del 2017"²⁰.

La V Sezione della cassazione, quindi, dopo aver, abbondantemente, richiamato la decisione da ultima menzionata e conformandosi al principio di diritto in essa contenuto, ha dichiarato il ricorso infondato e ha escluso che "l'uso del captatore informatico possa influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall'art. 188 c.p.p."

Per la Corte, l'agente intrusore non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma – nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni – capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità.

Aderendo all'assunto espresso dalle Sezioni unite, i giudici di legittimità hanno ritenuto, infatti, che il *trojan* altro non è che uno strumento frutto dell'evoluzione tecnologica, in virtù della quale è possibile svolgere – fruttuosamente – le intercettazioni ambientali.

Ne discende che il captatore non rappresenta né un autonomo mezzo di prova, né una prova c.d. "atipica", né – tantomeno – un aggiramento delle prove "tipiche": di conseguenza, il suo utilizzo non rientra tra i metodi e le tecniche idonee ad incidere sulla libertà psichica del soggetto captato.

Inoltre, nel caso in cui dalle intercettazioni tra presenti emergessero comunicazioni "irrilevanti" ovvero "lesive" della dignità personale, nessuna conseguenza, in negativo, ricadrebbe sul decreto autorizzativo trovando, invece, operatività il regime della inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p.

La libertà di autodeterminazione di cui all'art. 188 c.p.p.

Preso atto dell'interpretazione che in materia di utilizzabilità del captatore informatico è stata fornita dalle Sezioni unite Scurato, nonché dell'approdo ermeneutico al quale è giunta la Sezione V della cassazione, non resta che chiedersi se, effettivamente, tale scelta sia condivisibile: sul punto appare possibile affermare che la lettura fornita dai giudici di legittimità risulti inconfutabile.

Tale considerazione trova il suo fondamento, ancor prima che nelle caratteristiche del mezzo intercettizio

¹⁷ Sulla natura "itinerante" del dispositivo bersaglio e le conseguenze dell'installazione del *trojan*, v., L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazioni "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016.

¹⁸ Per quanto concerne il rapporto tra il captatore informatico, le indagini in materia di criminalità organizzata e la tutela della

collettività, cfr., A. Gaito-S. Furfaro, *Le nuove intercettazioni ambulanti: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza della collettività*, in *Arch. pen.*, f. 2, 331.

¹⁹ A. Marandola, *Intercettazioni: le nuove forme e modalità. L'archivio digitale.*, cit., 5.

²⁰ Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2020, cit.

in parola, nella natura del precetto indicato dall'art. 188 c.p.p.

È noto, infatti, che – già nella “Relazione preliminare al codice di procedura penale” del 1988 – la libertà di autodeterminazione veniva individuata come la più ampia garanzia a favore della “genuinità” del dato probatorio, prevedendo, la norma in parola, un espresso divieto di carattere generale, finalizzato a impedire l'utilizzo di modalità e tecniche che avrebbero potuto compromettere la libertà morale del dichiarante, nonché la veridicità delle dichiarazioni da lui rese²¹.

Non a caso, come anticipato in premessa, il ruolo della libertà in oggetto rileva, non solo, come “modalità” di formazione della prova, ma anche per le conseguenze che – dalla sua violazione – discendono sul piano del diritto di difesa.

La “coartazione” della psiche, anche consensuale, inibendo la volontarietà dichiarativa pone il soggetto “interessato” in una illegittima “restrizione” della sua risolutezza collaborativa.

Dunque, al fine di evitare tali “limitazioni”, l'art. 188 c.p.p. stabilisce un divieto probatorio che impedisce di operare ogni manipolazione (*rectius*: violazione) psicologica di un individuo.

Pertanto, non velatamente, l'intento del legislatore è stato quello di rinvenire, nella predetta norma, una duplice tutela del dato probatorio sia sul profilo “etico” che su quello “gnoseologico”²².

In particolare, per quanto concerne il primo profilo il codice del 1988 ha rinunciato all'utilizzo di strumenti che, al fine di ottenere dichiarazioni “veritiere”, si sarebbero potuti tradurre in una possibile ed illegittima compressione dei diritti dell'imputato che, com'è noto, vanta nel processo lo *status* di innocente (artt. 24 e 27, 2° comma, Cost.)²³ nonché, più in generale, dei diritti inviolabili della persona (art. 13 Cost.)²⁴ riconosciuti anche dalle principali convenzioni internazionali (artt. 3, 5 C.e.d.u. e 7 P. int. d. civ. e pol.)²⁵.

Ed ancora, la volontà della legge di negare, fortemente, il ricorso alle “modalità” e alle “tecniche” idonee ad influire sulla libertà di autodeterminazione del

dichiarante assume rilievo anche – e come detto – con riferimento al secondo profilo concernente il dato gnoseologico.

Su quest'ultimo versante, è vero che il ricorso a modalità come la narcolessia, l'ipnosi, la macchina della verità (per citarne alcune) potrebbero anche assicurare che il soggetto dichiari ciò che sa, ma non è detto che ciò che sa sia vero²⁶.

Non è arbitrario, infatti, affermare che l'idea dell'utilizzo delle tecniche menzionate possa compromettere i processi cognitivi necessari al recupero, nella mente, di informazioni “esatte”²⁷.

Per queste ragioni, il legislatore ha inteso escludere ogni ricorso a quegli strumenti che rendono la dichiarazione un atto non più libero, ma il frutto di un condizionamento psicologico scaturente dall'utilizzo di tecniche che, se pur astrattamente idonee ad ottenere informazioni “veritiere”, appaiono “moralmente” inaccettabili²⁸.

Conclusioni

Per concludere, sulla base delle considerazioni richiamate non v'è dubbio che possa affermarsi che l'utilizzo del captatore informatico non possa, in alcun modo, essere annoverato tra i metodi e le tecniche che incidono sulla capacità di introspezione.

A sostegno di tale conclusione, infatti, giova rammentare che la cassazione ha rilevato che in materia di intercettazioni non si verifica alcuna violazione del diritto di autodeterminazione del conversante qualora quest'ultimo sia ignaro dell'attività intercettativa svolta nei suoi confronti ovvero quando abbia acconsentito, anche tacitamente, di comunicare²⁹.

Pertanto, l'autoinstallazione – da parte del soggetto captato – del “malware” in parola non incide né sulla libertà morale (posto che l'agente intrusore non limita la possibilità di fare un uso consapevole delle proprie facoltà e di determinarsi liberamente rispetto ai propri stimoli); né, tanto meno, sulla capacità del soggetto captato di ricordare ovvero valutare i fatti.

Non può, quindi, ritenersi condivisibile l'opinione del ricorrente secondo cui l'induzione all'installazione

²¹ Cfr. la *Relazione preliminare al codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ordinario n. 2, 60.

²² Cfr., M. Nobili, *Art. 188*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 396; G. Ubertis, voce “Prova in generale”, in *Digesto Penale*, Torino, 1995, X, 319; F.R. Dinacci, *Le regole generali delle prove*, in AA.VV., *Procedura Penale. Teoria e pratica del processo* diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, I, 2015, Torino, 771.

²³ G. Montalbano, *La confessione nel diritto vigente*, cit., 121.

²⁴ Cfr., P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111 e segg.; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 142; si v., anche, Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Foro It.*, 1996, II, 473.

²⁵ Il tema della tutela del diritto alla libertà di autodeterminazione del dichiarante e il suo rapporto con le principali libertà garantite a livello Costituzionale e sovranazionale è stato, ampiamente, affrontato da M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia pena-*

le, Milano, 1969, 65 e segg.; Id., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 112-114; L. Scamparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 3 e segg.; inoltre, sul tema si segnalano, anche, le autorevoli pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: C. eur. dir. uomo, Sez. I, 11 luglio 2000, Dikme c. Turchia, par. 74 e segg.; C. eur. dir. uomo, grande cam., 27 giugno 2000, Salman c. Turchia, par. 115; C. eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, Selmouni c. Francia, par. 98 e segg.

²⁶ S. O' Mara, *Why torture doesn't work, Perché la tortura non funziona?*, *La neuroscienza dell'interrogatorio*, Harvard Univ. Pr., 2015, 107 e segg.-149 e segg.

²⁷ Garofoli, *Art. 188*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, Milano, 2008, 668.

²⁸ F.M. Grifanti, *Sub. art. 188 c.p.p.*, in G. Illuminati-L. Giuliani (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2020, 736.

²⁹ Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 1994, n. 6633, Giannola.

del *trojan* comporti una “incursione” nella libertà psichica dell’intercettato.

Tale considerazione è priva di ogni fondamento logico giacché è la stessa “inoculazione in segreto”, del *virus* in parola, a garantire il rispetto della libertà in oggetto.

In altri termini, se chi viene occultamente indotto ad installare il *trojan* non è a conoscenza della presenza del *malware* sul proprio dispositivo, per quale motivo dovrebbe limitarsi ovvero sentirsi condizionato nelle proprie dichiarazioni?

Il soggetto captato, infatti, nell’inconsapevolezza di essere sottoposto ad intercettazioni non dovrebbe avere alcun timore nel rendere dichiarazioni frutto della propria introspezione.

Inoltre, l’inidoneità del captatore informatico di operare una limitazione delle capacità psichiche del soggetto intercettato, tali da compromettere la veridicità delle dichiarazioni rese nel corso di una comunicazione, può desumersi – anche – dall’imperscrutabilità dei sistemi informatici (*personal computer, tablet, smartphone, ecc.*) che rappresenta, allo stato, uno dei principali obiettivi delle multinazionali nell’ambito delle telecomunicazioni.

Non è un caso che gli attuali dispositivi hanno, ormai, da tempo adottato delle caratteristiche volte a tutelare, maggiormente, la riservatezza degli interlocu-

tori prevedendo, soprattutto le applicazioni di messaggistica (*WhatsApp, Telegram, ecc.*)³⁰, il ricorso alla c.d. crittografia “*end to end*”³¹ che consente solo alle persone che stanno comunicando di prendere visione del contenuto delle loro conversazioni.

Tuttavia, va detto che le predette crittografie non rappresentano un limite per le intercettazioni ambientali, posto che l’agente intrusore è in grado di oltrepassare le “barriere” informatiche che si pongono a tutela della riservatezza della comunicazione di un individuo.

Il richiamo alla crittografia “*end to end*” è, infatti, utile per comprendere che la sua presenza sui moderni dispositivi, combinata con la inconsapevolezza del soggetto captato di aver “autoinstallato” il captatore fa sì che le sue dichiarazioni non possano essere, in alcun modo, il frutto di “pressioni” dovute all’utilizzo di modalità che si pongono in contrasto con le garanzie di cui all’art. 188 c.p.p.

In conclusione, quindi, l’interpretazione fornita dalla cassazione è assolutamente condivisibile, posto che il *trojan*, operando come “tipico” mezzo di ricerca della prova, appare privo di ogni caratteristica che, sul piano processuale, possa compromettere la spontaneità e la veridicità delle dichiarazioni rese dal soggetto captato.

■ Riesame cautelare

Cassazione penale, Sez. un., 29 settembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27104 – Pres. Fumu – Rel. Zaza – P.M. Pietro (conf.) – Ric. C.V. *Conferma Ord. Tribunale di Taranto, 20 giugno 2019.*

Misure cautelari personali – Riesame – Annullamento con rinvio – Giudizio di rinvio – Termine decisione – Decorrenza

Le Sezioni Unite hanno affermato che, nel giudizio di rinvio conseguente all’annullamento di un’ordinanza che abbia disposto o confermato una misura cautelare personale, trovano applicazione le previsioni dell’art. 309, commi 5° e 10°, c.p.p., con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale.

Omissis. – Considerato in diritto.

La questione rimessa alle Sezioni Unite è posta nei seguenti termini: “Se, in tema di misure cautelari personali,

nel caso di giudizio di rinvio a seguito di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura, il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, previsto per la decisione dall’art. 311 c.p.p., comma 5 bis, decorra dalla data dell’arrivo alla cancelleria del tribunale o alla cancelleria della sezione del riesame del fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente e gli atti allegati, ovvero dalla data in cui il tribunale riceva nuovamente dall’autorità giudiziaria procedente gli atti ad essa richiesti a norma dell’art. 309 c.p.p., comma 5”. (*Omissis*).

2. Sul tema oggetto del quesito appena indicato, come pure rilevato nell’ordinanza di rimessione, si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

2.1. Si tratta di un contrasto di recente insorgenza, in quanto esplicitamente posto in essere da una delle ultime pronunce della Corte Suprema con le quali la questione è stata affrontata (Sez. 1, n. 23707 del 29/01/2018, Battaglia, Rv. 273114), pur essendo detta pronuncia espressiva di un indirizzo implicitamente presupposto, come si vedrà in seguito, da altra decisione avente direttamente ad oggetto l’altro quesito in discussione (Sez. 1, n. 42473 del 17/03/2016, Stabile, Rv. 268103). Secondo tale orientamento, il

³⁰ Cfr., C. Frediani, *Guerre di rete*, Bari, 2018, 90 e segg.

³¹ L’anglicismo “*end to end*” identifica quella particolare chiave di crittografia utilizzata per proteggere i dati degli utenti nelle comunicazioni tramite l’utilizzo dei sistemi web. In particolare, il sistema *end to end* consente l’inserimento dei dati concernenti la comunicazione in un apposito schermo crittografico in modo da garantire che solo il mittente ed il destinatario della conversazione siano, effettivamente, in grado di conoscere il contenuto della

comunicazione. In definitiva, le crittografie in parola sono dei potenti strumenti che consentono di tutelare le conversazioni che intercorrono tra due o più soggetti da possibili “intrusori esterni” (c.d. “*backer*”) che qualora tentassero di accedere nelle trasmissioni di comunicazioni di altri soggetti visualizzerebbero una schermata composta da caratteri incomprensibili e indecifrabili. Si v., C. Pfleeger-S. L. Pfleeger, *Sicurezza in informatica*, Milano, 2004, 486 e segg.

termine per la decisione sulla richiesta di riesame, nella fase del giudizio di rinvio a seguito di annullamento del precedente provvedimento impugnato, decorre dal momento in cui perviene al tribunale il fascicolo trasmesso dalla Corte di cassazione con la sentenza rescindente. (*Omissis*).

2.2. La posizione assunta con la sentenza Battaglia si inseriva, come si è accennato, quale dato di discontinuità rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale fino a quel momento orientato nel senso della necessità, per la decorrenza del termine previsto per la decisione della fase di rinvio del giudizio di riesame, della ricezione da parte del tribunale degli atti nuovamente richiesti all'autorità giudiziaria precedente. Si osservava in particolare, a questo proposito (Sez. 2, n. 15695 del 08/01/2016, Lombardo, Rv. 266729), che anche tale decisione presuppone la disponibilità di tutti gli atti presentati a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare personale, e necessita altresì della possibilità di esaminare gli elementi eventualmente sopravvenuti rispetto a tale richiesta. (*Omissis*).

(*Omissis*).

Ne deriva che, essendo parte integrante di detta sequenza l'avviso all'autorità procedente perché la stessa trasmetta al tribunale gli atti presentati a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare e quelli eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini, previsto dall'art. 309, comma 5, tale passaggio procedurale deve essere seguito anche nel giudizio di rinvio; conclusione, questa, peraltro rafforzata dal fatto che questo incombente è specificamente funzionale ad assicurare la disponibilità di tutto il materiale utile per la decisione in materia cautelare. Ma ne segue altresì che la ricezione di questi atti segna anche in sede di rinvio, come previsto dall'art. 309, comma 10 per il giudizio ordinario, la decorrenza del termine per la decisione; e che è pertanto a questa ricezione, e non a quella degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione, che l'art. 311, comma 5-bis fa riferimento in tal senso. (*Omissis*).

6. Sull'ulteriore quesito nel quale si articola la questione rimessa alle Sezioni Unite, concernente l'individuazione della cancelleria la cui ricezione degli atti determina l'inizio della decorrenza dei termini di cui sopra, va preliminarmente rilevato che lo stesso, alla luce della soluzione del quesito precedentemente esaminato, viene ad inquadrarsi in una prospettiva diversa da quella nella quale era collocato nell'ordinanza di rimessione. Per un verso infatti, ove specificamente riferito alla ricezione degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione a seguito di annullamento della prima ordinanza pronunciata sulla richiesta di riesame, detto quesito perde indubbiamente rilevanza nel momento in cui tale ricezione non determina, per quanto detto, la decorrenza dei termini per la decisione in sede di rinvio. Ma per altro, tuttavia, il punto in discussione ha incidenza sull'intera sequenza dei passaggi procedurali nei quali la ricezione di determinati atti presso il tribunale competente

per il riesame dà luogo alla previsione di termini tassativi per i passaggi successivi.

(*Omissis*). La sequenza procedurale, in altre parole, deve essere caratterizzata da cadenze segnate da tempi certi, che consentano di giungere ad una sollecita definizione; e nella successione di tali cadenze non possono inserirsi momenti di stasi dovuti ad esigenze burocratiche. A questi criteri si ispiravano del resto le Sezioni Unite, pur nell'ambito della superata interpretazione nel senso della decorrenza del termine per la trasmissione degli atti dall'avviso della presentazione della richiesta di riesame ricevuto dall'autorità procedente, ove precisavano che vi è inosservanza del termine per il solo fatto che gli atti non pervengano tempestivamente al tribunale, a nulla rilevando che il loro invio sia avvenuto entro la scadenza del termine (Sez. U, n. 13 del 17/12/1997, Schilacci, Rv. 209034). Orbene, il transito degli atti dalla cancelleria centrale del tribunale, ove gli stessi siano materialmente pervenuti, alla cancelleria della sezione del riesame, costituisce per l'appunto uno dei passaggi burocratici interni all'ufficio giudiziario i cui tempi di espletamento non possono prolungare, secondo i principi appena enunciati, la sequenza del procedimento di impugnazione in materia cautelare. Tanto essendo valido per gli atti introduttivi sia della procedura ordinaria di riesame che per quella di rinvio, quanto in particolare a quest'ultima la ricezione del fascicolo trasmesso dalla Corte di cassazione dà pertanto inizio al giudizio di rinvio dal momento in cui gli atti stessi pervengono alla cancelleria del tribunale, essendo irrilevante il tempo impiegato per il successivo passaggio del fascicolo alla cancelleria della sezione del riesame; e da quel momento comincia a decorrere il termine di cinque giorni entro il quale l'autorità procedente, all'uopo avvisata, deve provvedere alla trasmissione degli atti richiesti.

8. Deve pertanto essere affermato il seguente principio di diritto: "Nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale, il procedimento di riesame si svolge seguendo le stesse cadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall'art. 309 c.p.p., commi 5 e 10, con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale".

9. Alla luce del principio appena formulato, il motivo dedotto sul rigetto dell'eccezione di inefficacia della misura cautelare è infondato.

(*Omissis*).

14. Il ricorso deve in conclusione essere rigettato, seguedone la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. – *Omissis*.

I termini e lo statuto probatorio del giudizio di rinvio in materia *de libertate*

Lorenzo Algeri*

Le Sezioni unite hanno stabilito che nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale il procedimento di riesame si svolge seguendo le stesse cadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall'art. 309, commi 5° e 10°, c.p.p., per cui l'inizio della decorrenza dei termini per la

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

decisione del riesame in sede di rinvio e per il deposito della relativa ordinanza, va fissato nel momento in cui pervengono al tribunale gli atti nuovamente richiesti all'autorità giudiziaria che procede. Quest'ultima trasmette al tribunale gli atti presentati a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare e quelli eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini, consentendo così al giudice del rinvio un pieno esame del materiale probatorio disponibile al momento in cui il giudizio si svolge.

Il caso e la questione di diritto

La Sesta sezione penale della cassazione è stata chiamata ad esaminare un caso nel quale il ricorrente lamentava che il Tribunale avesse erroneamente rigettato l'eccezione di inefficacia sopravvenuta della misura cautelare per intempestiva decisione dopo la sentenza di annullamento con rinvio da parte della corte di cassazione di una ordinanza in tema cautelare personale.

In particolare, il ricorrente sosteneva che il termine di dieci giorni per la decisione del Tribunale dovesse decorrere dalla data in cui il fascicolo contenente la sentenza rescindente e gli atti relativi perviene presso la cancelleria generale del Tribunale e non in quella del Tribunale della libertà. Sotto altro profilo, lo stesso ricorrente rilevava che il codice di rito non prevede che, a seguito di annullamento con rinvio, il Tribunale debba richiedere nuovamente gli atti al P.M., né che il termine perentorio di dieci giorni *ex art. 311, comma 5°-bis c.p.p.*, decorra dalla data di una nuova trasmissione degli atti.

Nel caso in esame, il fascicolo della Corte di cassazione risultava pervenuto alla cancelleria centrale del Tribunale di Taranto il 6 giugno 2019 ed a quella della Sezione per il riesame dello stesso Tribunale non oltre il 7 giugno, mentre gli atti richiesti in quest'ultima data alla locale Procura della Repubblica venivano trasmessi il 10 giugno. La decisione di rinvio, intervenuta il 20 giugno, era, pertanto, tempestiva solo rispetto alla seconda delle predette date.

I giudici della Sesta sezione rilevavano l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'individuazione della data dalla quale decorre il termine di dieci giorni per la decisione sulla richiesta di riesame in sede di rinvio.

In particolare secondo un primo orientamento, il termine decorrerebbe dalla data in cui perviene al tribunale il fascicolo inviato dalla Corte di cassazione,

con la sentenza di annullamento con rinvio e gli allegati¹.

Diversamente, ad avviso dell'orientamento maggioritario, il momento di decorrenza del termine va individuato nella data in cui il tribunale riceve gli atti trasmessi dall'autorità procedente a seguito della richiesta in tal senso nuovamente formulata ai sensi dell'art. 309, 5° comma, c.p.p.².

Inoltre, emergeva un ulteriore profilo problematico relativo all'identificazione dell'ufficio giudiziario la cui ricezione degli atti determina la decorrenza del termine, anch'esso diversamente risolto dalla giurisprudenza di legittimità con il riferimento alla cancelleria centrale del tribunale³ ovvero a quella della sezione del riesame⁴.

Con decreto del 11 febbraio 2020 il Presidente Aggiunto assegnava il ricorso alle Sezioni Unite penali, ponendo la seguente questione di diritto: "Se, in tema di misure cautelari personali, nel caso di giudizio di rinvio a seguito di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura, il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, previsto per la decisione dall'art. 311, comma 5°-bis c.p.p., decorra dalla data dell'arrivo alla cancelleria del tribunale o alla cancelleria della sezione del riesame del fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente e gli atti allegati, ovvero dalla data in cui il tribunale riceva nuovamente dall'autorità giudiziaria procedente gli atti ad essa richiesti a norma dell'art. 309, comma 5 c.p.p.".

Genesi e ratio della disciplina dei termini del giudizio di rinvio

Per comprendere in modo adeguato l'iter logico con cui le Sezioni unite sono giunte alla soluzione dei quesiti posti dalla Sesta sezione è opportuno richiamare brevemente l'evoluzione normativa relativa ai termini del giudizio di rinvio in materia cautelare.

Come è noto, l'art. 13, L. 47/2015⁵ ha novellato

¹ Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 23707, Battaglia, in *CED*, n. 23707.

² *Ex ultimis*, Cass. pen., Sez. II, 16 luglio 2019, n. 31281, in *Giur. It.*, 12, 2019, 2754 e segg., con nota di R. Calandrelli, "Dies a quo" del termine per la decisione da parte del tribunale del riesame chiamato a pronunciarsi in sede di rinvio, 2758 e segg.

³ Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 2909, Pristeri, in *CED*, n. 232886.

⁴ Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2009, n. 4417, Jahaj, in *CED*, n. 246014.

⁵ Per un commento alle modifiche apportate dall'art. 13 della legge n. 47/2015 all'art. 311 c.p.p. si veda M. Bargis, *Commento all'art. 13 L. 47/2015, Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 21 settembre 2015; P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. Pen.*

Cont., 3 giugno 2015; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, in *Guida Dir.*, 2015, 20, 54; P. Di Stefano, *Le impugnazioni*, in A. Bassi (a cura di), *La cautela nel sistema penale. Misure e mezzi di impugnazione*, Padova, 2016, 442-445; E.N. La Rocca, voce "Misure cautelari (profili innovativi)", in *Digesto Pen.*, Agg., IX, Torino, 2016, 462; P. Maggio, *I controlli*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 117-118; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, 243-248; D. Negri-D. Chinnici, *Introduzione. Una riforma carica di ambizioni, ma troppo cauta negli esiti*, a cura di D. Chinnici, *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, Roma, 2015, 12 e segg.; V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. Relazione dell'Ufficio del Massimario della*

l'art. 311 c.p.p. aggiungendo il comma 5°-bis⁶. Tale disposizione prevede tempistiche stringenti per il giudizio di rinvio conseguente all'annullamento, su ricorso dell'imputato, di un'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva di cui all'art. 309, 9° comma, c.p.p. Infatti, il giudice decide nel termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione e l'ordinanza va depositata in cancelleria nei trenta giorni successivi⁷. Se la decisione o il deposito dell'ordinanza non intervengono entro i termini prescritti, il provvedimento che ha stabilito la misura coercitiva perde efficacia, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'art. 310, 3° comma, c.p.p., e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata⁸.

La regola codificata nel nuovo comma 5°-bis non trova applicazione quando l'annullamento con rinvio riguardi un'ordinanza applicativa di misura cautelare emessa dal tribunale in accoglimento di un appello del pubblico ministero, la cui esecuzione, secondo la regola generale contenuta nell'art. 310, 3° comma, c.p.p., resta sospesa sino a quando la decisione diventa definitiva⁹.

Per quanto riguarda la *ratio* della novella, l'introduzione di termini perentori anche per la definizione del

giudizio di rinvio risponde all'esigenza di definire con la massima celerità la posizione di chi, pur essendosi visto riconoscere la fondatezza delle proprie ragioni dinanzi alla Suprema corte, si trovi tuttavia ancora soggetto alla misura cautelare¹⁰.

In particolare, la riforma del 2015 è intervenuta a colmare la lacuna normativa riguardante i termini per la decisione e per il deposito della motivazione in cancelleria. Qualora fosse stata annullata un'ordinanza del tribunale del riesame che aveva confermato la misura coercitiva, la giurisprudenza riteneva non applicabile al giudizio di rinvio il termine di dieci giorni per la decisione, il cui mancato rispetto comportava la perdita di efficacia dell'ordinanza che aveva disposto la misura, ai sensi dell'allora vigente art. 309, 10° comma, c.p.p.¹¹.

L'orientamento minoritario rigorista

Nella questione rimessa alle Sezioni unite si individuano due quesiti correlati tra loro.

Il primo riguarda la determinazione della cancelleria, cioè quella centrale del tribunale ovvero quella della sezione per il riesame, il cui ricevimento degli atti identifica il momento iniziale della decorrenza del

Corte di Cassazione, n. III/5/2015, 33-35; L. Semeraro, Non solo taglia e incolla (parte seconda), in www.questionegiustizia.it, 4 novembre 2015; G. Spangher, Un restyling per le misure cautelari, in Dir. pen. proc., 2015, 534; Id., Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la legge n. 47 del 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 6 luglio 2015, 5; Id., Le impugnazioni cautelari si rinnovano, in AA.VV., Il nuovo volto della giustizia penale, M. Baccari-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), Padova, 2015, 465 e segg.; Id., Le misure cautelari si rinnovano, in Dir. Pen. Proc., 2015, 529 e segg.; E. Turco, La riforma delle misure cautelari, in Proc. Pen. e Giust., 2015, f. 5, 20 e segg.

⁶ Per un commento sistematico della norma, A. Corbo, *sub art. 311 c.p.p., in Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati, L. Giuliani, Milano, 2020, 1483 e segg.; F. Vergine, *sub art. 311 c.p.p., in Codice di procedura penale commentato* a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2017, 3576 e segg.

⁷ Per l'interpretazione di quest'ultimo termine si veda Cass. pen., Sez. un., 20 luglio 2017, Rezmoves, in CED, n. 47970, ha stabilito che il deposito in cancelleria dell'ordinanza del giudice del rinvio deve avvenire entro trenta giorni dalla decisione, senza la possibilità di applicare il termine più lungo, comunque non eccedente il quarantesimo giorno, previsto dall'art. 309 10° comma. Per un commento alla sentenza, F. Alonzi, *Un richiamo al rigore nell'interpretazione delle norme de libertate*, in Proc. pen. giust., 2, 2018; E.N. La Rocca, *Il punto delle Sezioni Unite sul termine per il deposito della motivazione nel giudizio di rinvio ex art. 311 c.p.p.*, in *www.archiviopenale.it*, 20 ottobre 2017.

⁸ G. Illuminati, *Introduzione, in La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, XXII ritiene che la previsione contenente il divieto di rinnovare l'ordinanza che ha perso efficacia, salve eccezionali esigenze cautelari "ha lo scopo di evitare il fin troppo facile aggiramento dei termini".

⁹ R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., 58; E.N. La Rocca, *Misure cautelari (profili innovativi)*, cit., 495; P. Maggio, *I controlli*, cit., 118; V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, cit., 34, dove si specifica che: "Viene dunque stabilito, anche per il procedimento conseguente ad una decisione di annullamento con rinvio, il principio della perentorietà dei termini e della

conseguente perdita di efficacia della misura, in caso di loro violazione: principio che, ovviamente, non trova applicazione qualora l'annullamento con rinvio abbia riguardato un'ordinanza applicativa di misura cautelare emessa dal tribunale in accoglimento di un appello del p.m., la cui esecuzione – secondo la regola generale posta dall'immutato terzo comma dell'art. 310 – resta sospesa fino a che la decisione non sia divenuta definitiva". Si veda, peraltro, *contra*, per l'estensione dell'istituto *de quo* anche in caso di provvedimenti coercitivi emessi in accoglimento dell'appello del pubblico ministero, M. Bargis, *Commento all'art. 13 L. 47/2015, Le novità nella disciplina del giudizio di rinvio: una replica imperfetta*, cit., 13 e segg.; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., 247 e segg.

¹⁰ V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, cit., 35.

¹¹ Cass. pen., Sez. un., 17 aprile 1996, D'Avino, in Cass. Pen., 1996, 2507: "Nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento di un provvedimento del tribunale del riesame da parte della Corte di cassazione, non è applicabile la disposizione di cui all'art. 309, decimo comma, c.p.p., secondo la quale l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde immediatamente efficacia se la decisione sulla richiesta non interviene entro il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti"; conf. Cass. pen. 23 novembre 1999, Cordì, in CED, n. 215788; Cass. pen. 16 giugno 2003, Bici, in Cass. Pen., 2004, 2940; Cass. pen. 29 maggio 2006, Spagnolo, in CED, n. 234736; Cass. pen., Sez. I, 14 giugno 2013, n. 30344, Kirro Zhura, in CED, n. 256798, che ha anche ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sollevata per la diversità dei regimi adottati. Critica rispetto a tale orientamento P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano 2008, 392 e seg. Secondo E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., 245, "Tale interpretazione si fondava su una inaccettabile esclusione dell'urgenza di provvedere nel giudizio di rinvio, conseguente al fatto che tale giudizio si colloca a valle di due provvedimenti cautelari, il secondo dei quali è stato annullato, ma con rinvio, il che indicherebbe chiaramente come non si versasse in ipotesi per la quale, invece, avrebbe dovuto intervenire la decisione di annullamento senza rinvio, conclusiva in via definitiva del corso del procedimento".

termine per la pronuncia della decisione sulla richiesta di riesame, nel caso in cui la stessa sia assunta a seguito di rinvio dalla Cassazione.

Il secondo quesito è, invece, relativo all'individuazione degli atti dalla cui ricezione decorre detto termine. Si tratta, infatti, di comprendere se il termine decorre dal ricevimento da parte del tribunale degli atti inviati dalla Cassazione insieme alla sentenza rescindente oppure dal ricevimento degli atti trasmessi dall'autorità procedente a seguito della richiesta in tal senso nuovamente formulata ai sensi dell'art. 309, 5° comma, c.p.p.

I due quesiti vanno posti in una sequenza logica per cui la soluzione del secondo rappresenta il presupposto per rispondere anche al primo¹².

Sul punto si è sviluppato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

È emerso, infatti, recentemente un orientamento minoritario, del tutto rigorista, che focalizza la propria attenzione esegetica sul significato letterale della legge e sul versante della celerità del procedimento *de libertate*¹³.

Seguendo questa interpretazione, per determinare la decorrenza del termine di dieci giorni entro il quale deve essere emessa la decisione rileva la data in cui perviene al giudice del rinvio il fascicolo trasmesso dalla cancelleria della Corte di cassazione.

Alla base dell'argomentazione che conduce a questa conclusione vi è la mancanza nella norma che disciplina questa fase del procedimento, ossia l'art. 311, comma 5°-bis, c.p.p., di un espresso riferimento a una nuova richiesta del tribunale di trasmissione degli atti, rivolta all'autorità giudiziaria procedente, corrispondente a quella prevista dall'art. 309, 5° comma, c.p.p., per il giudizio ordinario del procedimento di riesame. Tale mancanza sarebbe espressiva della volontà del legislatore di escludere il momento interlocutorio della richiesta degli atti dalla procedura del giudizio di rinvio.

Inoltre, questa lettura sarebbe coerente con la disposizione dell'art. 623, lett. a), c.p.p., per la quale l'annullamento dell'ordinanza impugnata comporta la trasmissione degli atti al giudice che l'ha pronun-

ciata¹⁴. Questa regola renderebbe pertanto non necessario l'ulteriore inoltrare di una richiesta di trasmissione degli atti, superato in questa fase dalla disponibilità degli atti già assicurata dalla presenza degli stessi nel fascicolo inviato dalla Corte di cassazione.

Peraltro, l'interpretazione più rigorosa della mancata previsione di una nuova richiesta di trasmissione degli atti nella fase del rinvio, nel senso dell'assenza di tale passaggio procedurale, sarebbe conforme al principio affermato dalle Sezioni Unite, con riguardo alla stessa norma di cui all'art. 311, comma 5°-bis c.p.p., sulla necessità di intendere in senso altrettanto rigoroso la previsione in detta norma di un termine specifico per il deposito del provvedimento adottato a seguito del giudizio di rinvio, pari a trenta giorni e da ritenersi non prorogabile fino al quarantacinquesimo giorno, come invece ammesso dall'art. 309, 10° comma, c.p.p. per il deposito del provvedimento di primo grado¹⁵. La celerità dei giudizi di impugnazione cautelare sarebbe, dunque, una caratteristica fondamentale che si concretizza nel rispetto rigoroso dei termini e nell'esclusione di ogni passaggio superfluo non richiamato espressamente dalle norme.

Giudizio di rinvio e criteri valutativi della prova

Le Sezioni unite spostano il *focus* attentivo dalla rigidità testuale delle norme per concentrarsi sulla dimensione probatoria nella quale il giudice del rinvio deve operare la propria valutazione.

Pertanto, il supremo consesso risolve il contrasto optando per la soluzione interpretativa che era già stata adottata dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, secondo cui la decisione presuppone la disponibilità di tutti gli atti presentati a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare personale, e necessita, altresì, della possibilità di esaminare gli elementi eventualmente sopravvenuti rispetto a tale richiesta. Di conseguenza, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di "dieci giorni dalla ricezione degli atti", di cui all'art. 311, comma 5°-bis, c.p.p., deve essere individuato nel momento in cui il tribunale riceve "nuovamente" gli atti dall'autorità procedente¹⁶.

¹² Si veda il punto 1 della decisione in esame: "La verifica degli atti del procedimento conferma infatti che tale decisione, in quanto pronunciata il 20 giugno 2019, dovrebbe considerarsi tempestiva ove si ritenesse la decorrenza del termine dalla data del 10 giugno – allorché pervenivano perché trasmessi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto gli atti alla stessa richiesti a seguito della ricezione della sentenza rescindente e degli altri atti inviati dalla Corte di cassazione – ma al contrario intempestiva ove detto termine fosse considerato decorrente da tale ricezione, nella specie avvenuta il 6 giugno presso la cancelleria centrale del Tribunale ed attestata al 7 giugno dalla cancelleria della Sezione per il riesame".

¹³ Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 23707, Battaglia, in *CED*, n. 23707. In dottrina, F. Alonzi, *Un richiamo al rigore nell'interpretazione delle norme de libertate*, cit., 254; M. Bargis, *Commento all'art. 13*, cit., 9. Ancor prima della riforma alle medesime conclusioni perveniva P. Spagnolo, *Il Tribunale della libertà*, cit., 392, ad avviso della quale il termine di decorrenza per

la decisione "ben potrebbe iniziare dal ricevimento degli atti – inviati dalla Corte di cassazione – da parte del tribunale".

¹⁴ Tra l'altro, l'art. 625 osserva F. Alonzi, *Un richiamo al rigore nell'interpretazione delle norme de libertate*, cit., 254, che "per comprendere a quale momento si riferisce il comma 5°-bis dell'art. 311 c.p.p. si deve necessariamente considerare quanto previsto dal primo comma dell'art. 625 c.p.p. ossia che a seguito di una pronuncia di annullamento di rinvio 'la cancelleria della corte di cassazione trasmette *senza ritardo* gli atti del processo con la copia della sentenza al giudice che deve procedere al nuovo giudizio'".

¹⁵ Cass. pen., Sez. un., 20 luglio 2017, Rezmues, cit.

¹⁶ Cass. pen., Sez. II, 8 gennaio 2016, Lombardo, in *CED*, n. 266729; Cass. pen. Sez. VI, 1° marzo 2017, Speranza, in *CED*, n. 270410; Cass. pen., Sez. II, 15 giugno 2017, Arena, in *CED*, n. 32084; Cass. pen., Sez. II, 19 dicembre 2018, Clarà, in *CED*, n. 275774; Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2018, Marciano, in *CED*, n. 273026; Cass. pen., Sez. II, 18 dicembre 2018, Giglio, in *CED*, n. 277082. Nello stesso senso, in dottrina, G. Colaiacovo, *I tempi*

Nel percorso ermeneutico volto alla esatta individuazione del predetto *dies a quo*, occorre tenere adeguatamente conto non solo della struttura e delle finalità del giudizio di rinvio, ma anche delle implicazioni sistematiche derivanti, sull'assetto del procedimento di riesame che si svolge all'esito della pronuncia rescindente, dalle modifiche introdotte dalla L. n. 47/2015.

È opportuno prendere le mosse dai principi, del tutto consolidati, che questa Suprema Corte ha elaborato in tema di giudizio di rinvio, secondo i quali, nell'ipotesi di annullamento per vizio di motivazione relativo al quadro indiziario, è legittima l'ordinanza del giudice del rinvio che, dopo avere colmato le lacune evidenziate nella sentenza rescindente, pervenga ad una decisione analoga a quella precedentemente annullata sulla base di argomentazioni diverse da quelle censurate in sede di legittimità, nonché integrando e completando quelle già svolte anche sulla base di elementi successivamente emersi o acquisiti¹⁷.

Anche in ambito cautelare, pertanto, trova applicazione il principio secondo cui a seguito di annullamento per vizio di motivazione, il giudice del rinvio è chiamato a compiere un nuovo completo esame del materiale probatorio con i medesimi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, salve le sole limitazioni previste dalla legge consistenti nel non ripetere il percorso logico già censurato, spettandogli il compito esclusivo di ricostruire i dati di fatto risultanti dalle emergenze processuali e di apprezzare il significato e il valore delle relative fonti di prova¹⁸.

Del resto, anche nelle ipotesi di annullamento per violazione di legge, il giudice del rinvio deve ritenersi vincolato unicamente ai principi ed alle questioni di diritto decise con la sentenza di annullamento, con esclusione di ogni altra restrizione derivabile da eventuali passaggi di natura argomentativa contenuti nella motivazione della sentenza di legittimità, soprattutto ove riferibile a questioni di mero fatto attinenti il giudizio di merito¹⁹.

Ad avviso delle Sezioni unite, il comma aggiunto all'art. 311 c.p.p., intervenendo in una situazione pre-

gressa nella quale la fase del rinvio era disciplinata come quella ordinaria dall'art. 309 c.p.p., riduce dunque la sua funzione nel regolare la conclusione di detta fase, ossia quella della decisione, per il solo profilo dell'indicazione della dimensione e della perentorietà dei termini per la pronuncia di tale decisione e per il deposito della relativa motivazione. Con riguardo a tutti i precedenti passaggi procedurali della fase in discussione, la stessa deve quindi ritenersi tuttora ordinata secondo le disposizioni dell'art. 309 c.p.p.

Tale interpretazione è, del resto, coerente con la natura del procedimento incidentale cautelare nel suo complesso²⁰. Si tratta, in effetti, di un procedimento le cui espressioni decisorie sono sorrette da valutazioni necessariamente condizionate dallo stato degli atti, nei momenti nei quali sono assunte, e dai dati di fatto che in questi momenti sono disponibili²¹. Questi dati sono inevitabilmente soggetti a progressive modificazioni in una situazione nella quale il procedimento si svolge parallelamente alla fase delle indagini preliminari. Tali condizioni non vengono meno, evidentemente, con la pronuncia di una sentenza di annullamento in cassazione e permangono dunque anche nel corso del giudizio di rinvio.

In quest'ultima sede, il generale dovere del giudice di rinvio di uniformarsi al principio di diritto stabilito con la sentenza rescindente non preclude, infatti, l'esame di circostanze sopravvenute, idonee ad incidere sul quadro cautelare²². Peraltro, la possibilità di valutare nel giudizio di rinvio elementi sopravvenuti, purché gli stessi vengano introdotti nel contraddittorio delle parti e detta valutazione sia condotta in conformità al principio di diritto posto con la sentenza di annullamento, è coerente con l'analoga posizione assunta dalla giurisprudenza con riguardo all'effetto preclusivo del cosiddetto giudicato cautelare derivante dalla precedente decisione di riesame, ritenuto, negli stessi termini, limitato allo stato degli atti e non ostativo all'esame di elementi nuovi che modificano il quadro cautelare²³.

Occorre, peraltro, tenere presente che in caso di ricorso per cassazione la cancelleria del tribunale sarà

del giudizio di rinvio in materia cautelare (appunti a margine di una sentenza della suprema corte), in *Sistema pen.*, 21 gennaio 2020; A. Gatto, *Le nuove misure cautelari*, Milano, 2017, 430 e segg.; P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Milano 2018, 495; L. Semeraro, *Non solo taglia e incolla*, in *Quest. Giust.*, 4 novembre 2015.

¹⁷ Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2018, Vitellaro, n. 8902.

¹⁸ Cass. pen., Sez. III, 19 maggio 2017, F., n. 34794, in *CED*, n. 271345.

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2013, Di Gregorio, n. 41388, in *CED*, n. 256893.

²⁰ Si veda C. Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 339-350.

²¹ Nel senso che la materia cautelare risulta governata dal principio per cui qualunque provvedimento vale *rebus sic stantibus*, F. Peroni, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 211; G. Pierro, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000, 288; M. Polvani, *Le impugnazioni de libertate. Riesame, appello, ricorso*, II ed., Padova, 1999, 67 e 69. V. anche C. Angeletti, *Il problema dell'integrazione probatoria nel giudizio di appello avver-*

so le misure cautelari, in *Giur. It.*, 1994, 459.

²² Cass. pen., Sez. VI, 28 novembre 2014, De Micco n. 51684, in *CED*, n. 261452; Cass. pen., Sez. IV, 19 maggio 2010, n. 33659, Calò, in *CED*, n. 248344; Cass. pen., Sez. II, 13 febbraio 2019 n. 22015, Ricucci, in *CED*, n. 276652; Cass. pen., Sez. II, 8 settembre 2016, n. 53645, Lucà, in *CED*, n. 268978; Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 8854, Vescovi, in *CED*, n. 266100. In particolare, le Sezioni Unite, pur affermando la ricorrenza di detto obbligo anche con riguardo al giudizio di rinvio nel procedimento cautelare, ne hanno escluso la violazione nel caso in cui il giudice del rinvio rilevi la sopravvenienza del decreto dispositivo del giudizio di merito ai fini delle possibili implicazioni della stessa per la sussistenza dei gravi indizi, così Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2002, Vottari, n. 39915, in *CED*, n. 222603.

²³ Cass. pen., Sez. II, 9 settembre 2015, n. 49188, Masone, in *CED*, n. 265555; Cass. pen., Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 1241, Femia, in *CED*, n. 261724. In proposito, si veda la puntuale disamina del principio di preclusione in materia cautelare di C. Conti, *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 6, 697.

tenuta a trasmettere, secondo la regola generale posta dall'art. 100 disp. att. c.p.p., "gli atti necessari per decidere sull'impugnazione". Di conseguenza, la Corte di cassazione riceve, di regola, dal tribunale del riesame solo una parte degli atti sottoposti alla valutazione del giudice emittente il provvedimento impugnato. Nelle more del giudizio di cassazione, la cancelleria del tribunale del riesame, di solito, restituisce il resto degli atti all'autorità procedente. Dopo la decisione sul ricorso, la Cassazione ritrasmetterà al tribunale questo fascicolo "ridotto".

Ne deriva che il passaggio procedurale consistente nell'avviso all'autorità procedente perché la stessa trasmetta al tribunale gli atti presentati a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare e quelli eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini, previsto dall'art. 309, 5° comma, deve essere seguito anche nel giudizio di rinvio, proprio perché questa richiesta è funzionale ad assicurare la disponibilità di tutto il materiale utile per la decisione in materia cautelare.

La decorrenza di un termine per la decisione è giustificata proprio dalla disponibilità degli atti che consentono di assumere la decisione medesima e che permettono in particolare al giudice quella piena valutazione del materiale del materiale probatorio che è necessaria anche nel giudizio di rinvio. Dunque, gli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria che procede, in quanto tali rappresentativi dello stato attuale delle indagini, garantiscono la possibilità di valutare in modo completo tutti gli elementi di prova disponibili.

Pertanto, le Sezioni unite hanno risolto il quesito relativo all'individuazione degli atti la cui ricezione determina la decorrenza dei termini per la decisione del riesame in sede di rinvio e per il deposito della relativa ordinanza nel senso dell'inizio della decorrenza di detti termini dal momento in cui pervengono al tribunale gli atti nuovamente richiesti all'autorità giudiziaria che procede, secondo la sequenza procedurale prevista dall'art. 309 c.p.p. per l'ordinario giudizio di riesame e con le sanzioni processuali ivi previste.

La ricezione degli atti da parte della cancelleria generale del tribunale

Alla luce della risoluzione della questione precedente, il quesito riguardante l'individuazione della cancelleria perde rilevanza nella misura in cui non determina la decorrenza dei termini per la decisione in sede di rinvio.

Resta, tuttavia, importante individuare esattamente

quale sia il momento iniziale del giudizio di rinvio, posto che proprio l'arrivo in tribunale degli atti inviati dalla cassazione assume la funzione di atto introduttivo della medesima procedura di rinvio.

Sul punto si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sull'identificazione della cancelleria presso la quale giungono gli atti inviati dalla Corte di cassazione.

Un primo orientamento, infatti, faceva iniziare tale decorrenza dalla ricezione della richiesta di riesame da parte della cancelleria centrale del tribunale, e non dal successivo passaggio dell'atto alla cancelleria della sezione del riesame. Secondo tale indirizzo, infatti, non avrebbero alcun rilievo i tempi di smistamento degli atti fra le ripartizioni interne del tribunale, costituendo quest'ultimo un unico ufficio giudiziario²⁴.

Un altro orientamento collocava, invece, l'avvio della procedura nel momento in cui la richiesta di riesame perviene alla cancelleria della sezione del riesame, in quanto competente a decidere sulla stessa²⁵.

Per la soluzione del predetto quesito, le Sezioni unite adottano un criterio opposto rispetto a quello applicato per fornire una risposta alla prima questione.

Infatti, mentre per la risoluzione del primo quesito il ragionamento è stato imperniato sulla salvaguardia della qualità del meccanismo probatorio mettendo in secondo piano la celerità del procedimento che ridurrebbe irrimediabilmente l'ampiezza delle prove da valutare; riguardo al secondo quesito è stata scelta la strategia volta a rendere più scorrevole e veloce possibile la procedura dinamica dei passaggi interni tra gli uffici giudiziari.

Posto così il criterio di ragionamento adottato, vediamo come attraverso quali passaggi logici le Sezioni unite giungono alla conclusione.

Si è osservato, innanzitutto, che la ricezione degli atti inviati dalla Corte di cassazione per la procedura di rinvio ha come effetto immediato l'inizio della decorrenza del termine di cinque giorni previsto dall'art. 309, 5° comma, c.p.p., perché questi ultimi atti pervengano al tribunale, la cui inosservanza è sanzionata con l'inefficacia della misura dal successivo 10° comma.

La giurisprudenza di legittimità in materia di impugnazioni *de libertate* ha individuato il momento iniziale di decorrenza del termine nella presentazione della richiesta di riesame, e non nel successivo recepimento, da parte dell'autorità precedente, dell'avviso di detta presentazione emesso dal presidente del tribunale²⁶.

Dalla giurisprudenza citata deriva un'indicazione generale e sistematica per cui il procedimento di im-

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 2909, Pristeri, in *CED*, n. 232886.

²⁵ Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2009, n. 4417, Jahaj, in *CED*, n. 246014.

²⁶ Cass. pen., Sez. un., 16 dicembre 1998, n. 25, Alagni, in *CED*, n. 212073; Cass. pen., Sez. III, 26 agosto 1999, n. 2756, Diana, in *CED*, n. 214789; Cass. pen., Sez. I, 12 aprile, n. 2925, Caputo, in *CED*, n. 213384; Cass. pen., Sez. I, 11 gennaio 1999, n. 243, Fiorenti, in *CED*, n. 212572; Cass. pen., Sez. II, 6 novembre

1998, n. 6636, Sofia, in *CED*, n. 611965; Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 1998, n. 3045, Liccardo, in *CED*, n. 212204; Cass. pen., Sez. IV, 7 luglio 1998, n. 2295, Caruso, in *CED*, n. 211845. Si veda anche Corte cost., sent. 232 del 1998, che, investita della questione di legittimità dell'art. 309, commi 5° e 10°, c.p.p., nella parte in cui non vi è prevista alcuna sanzione di inefficacia della misura cautelare per la violazione dell'obbligo di immediatezza dell'avviso all'autorità procedente del deposito della richiesta di riesame, aveva ritenuto non fondata la questione a condizione che

pugnazione in materia cautelare, per la sua incidenza sul valore della libertà personale, richiede una celerità di trattazione che esclude la presenza di intervalli temporali non controllabili e non strettamente funzionali alle esigenze giudiziarie. La sequenza procedurale, in altre parole, deve essere caratterizzata da cadenze segnate da tempi certi, che consentano di giungere ad una sollecita definizione; e nella successione di tali cadenze non possono inserirsi momenti di stasi dovuti ad esigenze burocratiche.

Il passaggio del fascicolo dalla cancelleria centrale del tribunale alla cancelleria della sezione del riesame, costituisce per uno dei passaggi burocratici interni all'ufficio giudiziario i cui tempi di espletamento non possono prolungare, secondo i suddetti principi, la sequenza del procedimento di impugnazione in materia cautelare.

Di conseguenza, la ricezione del fascicolo trasmesso dalla Corte di cassazione dà pertanto inizio al giudizio di rinvio dal momento in cui gli atti stessi pervengono alla cancelleria del tribunale, restando irrilevante il tempo impiegato per il successivo passaggio del fascicolo alla cancelleria della sezione del riesame. In particolare, è da quel momento che comincia a decorre il termine di cinque giorni entro il quale l'autorità procedente, dovrà provvedere alla trasmissione degli atti richiesti²⁷.

Conclusioni: ancora qualche ombra sulla celerità del giudizio di rinvio

In conclusione il motivo dedotto dal ricorrente in merito al rigetto dell'eccezione di inefficacia della misura cautelare è infondato.

Il fascicolo inviato dalla Corte di cassazione perveniva infatti alla cancelleria centrale del Tribunale di Taranto il 6 giugno 2019, ed il giorno seguente, essendo stato detto fascicolo trasmesso alla cancelleria della sezione del riesame di quel Tribunale, venivano richiesti alla Procura della Repubblica in sede gli atti che pervenivano alla stessa cancelleria il 10 giugno, quindi entro il termine di cinque giorni dall'arrivo degli atti del giudizio di legittimità. Da tale ultima data decorreva poi il termine per la decisione, che veniva tempestivamente assunta il 20 giugno.

La pronuncia in esame ha il pregio di aver svilup-

pato un modello equilibrato di giudizio di rinvio, riuscendo ad assegnare in via definitiva un'adeguata *potestas decidendi* al tribunale in sede di giudizio di rinvio, senza tralasciare le esigenze di celerità per evitare che almeno i passaggi meramente burocratici da un ufficio all'altro non gravino immotivatamente sul procedimento.

Peraltro, proprio in tema di speditezza il giudizio di rinvio in sede cautelare presenta ancora delle vulnerabilità.

Il rapporto tra tempi del procedimento e garanzie della libertà rappresenta uno dei nervi scoperti del sistema dei controlli cautelari²⁸.

Da questo punto di vista, l'intervento delle Sezioni unite riguarda l'operatività dell'art. 311, comma 5°-bis, c.p.p. che interviene a regolare soltanto il segmento procedimentale che inizia con la ricezione degli atti inviati dalla cassazione alla cancelleria del tribunale. È da questo momento che scattano dei termini che garantiscono la celerità del procedimento.

Le fasi procedurali precedenti, tuttavia, non sono regolate da nessun termine o non sono scandite comunque da termini perentori.

Il termine di cui all'art. 311, 5° comma, c.p.p. secondo il quale la Suprema corte ha trenta giorni di tempo dalla ricezione degli atti per decidere in ordine al ricorso ha carattere meramente ordinatorio. Il tempo per decidere, quello per redigere la motivazione e quello necessario per trasmettere gli atti al tribunale costituiscono tutti segmenti cronologici che possono allungare la durata del procedimento del giudizio di rinvio.

Lo stesso art. 625 c.p.p., prescrive che, in caso di annullamento con rinvio, gli atti devono essere inviati "senza ritardo" e l'art. 617 c.p.p. che fissa in trenta giorni il termine massimo per il deposito della motivazione. Si tratta evidentemente di tutti termini ordinatori.

A fronte di tale assetto normativo, che non permette di giungere a conclusioni diverse in via interpretativa, non resta che auspicare un intervento legislativo di tipo sistematico che introduca termini perentori per la fase che precede la trasmissione degli atti al giudice del rinvio.

le citate disposizioni fossero interpretate nel senso della decorrenza del termine per la trasmissione degli atti, a cura dell'autorità procedente, dalla presentazione della richiesta di riesame.

²⁷ Viene così affermato il seguente principio di diritto: "Nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale, il procedimento di riesame si svolge seguendo le stesse cadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall'art. 309,

commi 5° e 10°, c.p.p., con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale".

²⁸ Il valore della celerità è riconosciuto da tempo anche in sede europea. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, la celerità deve connotare tutti i procedimenti *de libertate*, compreso il giudizio di cassazione (C. eur. Dir. Uomo, Sez. III, sent. 9 giugno 2005, Picaro c. Italia, par. 70).

Percorsi di giurisprudenza

Il controllo individuale del socio nella società a responsabilità limitata

a cura di Tilde Cavaliere

Il diritto individuale di controllo del socio di S.r.l., per la sua pregnanza, ha suscitato, fin dalle sue prime applicazioni concrete, un gran numero di provvedimenti giudiziari, soprattutto in sede cautelare. La rassegna ripercorre l'iter attraverso il quale la giurisprudenza è approdata a soluzioni che via via hanno contribuito a delimitare l'ambito di applicazione di una norma, quale quella di cui all'art. 2476, 2° comma, c.c., che per l'ampiezza della sua formulazione, ha spesso sollevato non pochi dubbi fra gli interpreti.

Premessa

Secondo le intenzioni del legislatore del 2003, la struttura organizzativa della società a responsabilità limitata doveva rispondere alle esigenze di una compagine societaria ristretta, tendenzialmente partecipe alle vicende sociali e caratterizzata al proprio interno da rapporti reciproci di natura fiduciaria. Come ci insegna la migliore dottrina, infatti, pur nell'assetto di fondo tipicamente capitalistico, il regime legale della S.r.l. che emerge dalla riforma presenta elementi di notevole attenuazione rispetto all'archetipo capitalistico puro della società per azioni: attenuazione per il maggior rilievo attribuito alla posizione dei soci. Questo maggior peso già imposto in sede di delega al Governo per la riforma del diritto societario, attraverso la "rilevanza centrale del socio", si manifesta innanzitutto con riferimento alle funzioni di controllo sull'operato degli amministratori (e di reazione all'operato degli stessi).

Segnando uno dei tratti più evidenti di differenziazione rispetto alla S.p.a, l'art. 2476 c.c., attribuisce, infatti, a ciascun socio che non partecipa all'amministrazione, sulla falsariga del sistema prescelto per le società di persone (art. 2261 c.c., con l'unica differenza della possibilità espressa di avvalersi di un professionista di fiducia), un diritto di informazione e di ispezione esteso a tutta la gestione sociale e a tutti i relativi documenti che non riveste una valenza meramente informativa, ma funzionale all'attivazione di altri presidi interni alla società, a carattere sia sanzionatorio sia organizzativo. In esito a tale controllo, infatti, ciascun socio, e non solo il detentore di una quota qualificata, ha il potere di promuovere l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori nonché di chiedere, in caso di gravi irregolarità della gestione, che sia adottato un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori (art. 2476, 3° comma, c.c.). E proprio questo duplice potere, altrettanto individuale, aveva reso, si legge nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003, "sostanzialmente superflua ed in buona parte contraddetta con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle previste dall'art. 2409".

Sotto altro profilo, invece, il controllo è prodromico all'attivazione, su iniziativa del socio congiuntamente con altri, della richiesta *ex art. 2479, 1° comma, c.c.*, di sottoporre determinati argomenti, anche di natura gestoria, alla decisione dei soci.

Ora, il codice organizzativo della S.r.l., in punto di assetto dei controlli, si articola in un sistema ibrido che si fonda sul controllo diretto dei soci in ogni caso, declinato in termini di esercizio di un diritto e non di adempimento di un dovere, privo di natura organica, al quale si affianca un organo di controllo obbligatorio a partire da certi livelli dimensionali. Solo al crescere dell'impresa, infatti, sorge la necessità di avere un organo, sia pure monocratico (sindaco o revisore).

Si è così incisivamente parlato di una "privatizzazione dei controlli" nella S.r.l., riferendosi ad un sistema descritto quale essenzialmente a carattere individuale, organico solo in relazione alle dimensioni dell'impresa e refrattario ai controlli esterni.

In questo quadro, si collocano alcune novità apportate recentemente dal Codice della Crisi che si pongono in controtendenza rispetto all'intento del legislatore del 2003 e che hanno avuto un impatto diretto sulla *governance* della S.r.l.: la restaurazione della denuncia all'autorità giudiziaria *ex art. 2409 c.c.*, che si applica anche in caso di società priva dell'organo di controllo e che ora, coesistendo con il diritto di controllo del socio *uti singulus*, forse ridurrà l'esigenza di ricorrere a tale strumento, anche se i due istituti non si escludono a vicenda; la modificazione dell'art. 2477 c.c. che riguarda l'abbassamento delle soglie dimensionali per la nomina dell'organo sindacale o di controllo; soglie, queste, poi

successivamente rideterminate, a conferma di quell'atteggiamento del legislatore degli ultimi anni volto a rimaneggiare più volte, in modo non certo lineare, la norma *de qua*.

Certo è però che il Codice della crisi d'impresa, se pur intervenendo sull'art. 2477 c.c. e quindi in relazione all'organo di controllo, ha perso l'occasione per sciogliere i dubbi interpretativi che sorgono dinanzi a un dato normativo che appare contraddittorio, ed in particolare, come si vadano a conciliare il primo ed il terzo comma, dato che il primo comma stabilisce che i soci hanno la competenza a decidere la struttura ed i poteri dell'organo di controllo ed il terzo prevede che qualora vi sia un organo di controllo si applicano le disposizioni della società per azioni, senza precisare se si tratti della nomina obbligatoria o della nomina facoltativa.

Ed ancora, la norma sopra citata continua a prevedere l'alternativa tra nomina dell'organo sindacale o la nomina del revisore, mentre il nuovo scenario normativo imporrebbe di verificare, soprattutto nelle S.r.l. di maggiori dimensioni, se la presenza di un semplice revisore esterno possa ritenersi compatibile rispetto ai doveri organizzativi che devono essere adeguati anche a rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale; inoltre, a monte, indurrebbe a chiedersi se un controllo privo di natura organica, fondato sul mero esercizio di un diritto, quale il controllo individuale del socio, e la presenza di un organo istituzionale di controllo solo a partire da certe dimensioni dell'impresa, configurino un sistema idoneo a verificare l'intercettazione tempestiva e la gestione tempestiva della crisi.

Altre ed altrettanto spinose questioni nascono se si volge lo sguardo alla S.r.l-PMI aperta al mercato dei capitali di rischio (ad. es. tramite le piattaforme di *crowdfunding*). Tale variante del tipo è entrata nel nostro ordinamento giuridico grazie ad un altro recente e dirompente intervento del legislatore. Il D.L. n. 50/2017 (come convertito in legge n. 96/2017) ha infatti dettato "norme in deroga" alla disciplina della S.r.l. diritto comune relative sostanzialmente alla struttura finanziaria della Srl-PMI (in tema di caratteristiche della quota, suscettibilità di offerta al pubblico, diritti incorporati in categorie di quote) che comportano una possibile incidenza indiretta sulla struttura organizzativa della società a responsabilità limitata e pongono una serie di interrogativi riguardo all'adeguatezza di un modello, costruito su misura per una società caratterizzata dalla chiusura della compagine sociale ed applicabile ora anche ad una società aperta.

La rilevanza centrale del socio, infatti, si scolora quando il socio-imprenditore deve lasciare spazio al socio-risparmiatore, non avvezzo a coinvolgimenti di tipo gestorio ma attratto dal capitale di rischio per finalità meramente finanziarie, e quindi bisognoso di forme di tutela che dovrebbero esplicarsi in un controllo istituzionale di tipo organico, e non di presidi, quale il diritto individuale di controllo, che si rivelano efficienti se si basano su un sistema legale progettato in termini personalistici e fondato sull'affinità dei soci con l'esercizio dell'impresa.

Ora, dato che la presenza dell'organo demandato istituzionalmente al controllo è ricollegabile solo al crescere delle dimensioni dell'impresa e non alle modalità con le quali si raccoglie il capitale, si potrebbe configurare una S.r.l-PMI aperta che se non raggiunge le dimensioni dell'art. 2477 c.c., non avrebbe la necessità di un controllo di tipo istituzionale organico, a meno che l'autonomia statutaria non si orienti in tal senso aprendo nel contempo alla possibilità, stando almeno alle tesi formulate in dottrina ed accolte dalla prassi notarile, di creare categorie di quote standardizzate con diritto di controllo depotenziato o addirittura escluso. Pare infatti si possa ritenere, conformemente alla *Massima n. 176* del Consiglio notarile di Milano (in www.consiglionotariledimilano.it) che sia "legittima la clausola statutaria della S.r.l.-PMI che preveda limitazione od esclusione, per una o più categorie di quote, della facoltà di informazione e consultazione previste dall'art. 2476, 2° comma, c.c. per il periodo in cui sia in essere, per obbligo legale o per decisione dei soci, la funzione di controllo sulla gestione" (e purché rimanga fermo, sulla falsariga dei minori diritti attribuiti all'azionista, "il diritto alla consultazione del libro soci, ove esistente, e del libro delle decisioni dei soci").

A margine di queste brevi note si può solo osservare come l'evoluzione normativa sopra tratteggiata stia portando la S.r.l. nella direzione opposta rispetto a quella indicata dalla riforma del 2003. Tale mutata prospettiva dovrebbe indurre il legislatore a ripensare, tra l'altro, ad una funzione di controllo che travalicando i confini segnati dalla diversità dei codici organizzativi, da un lato, anche per il tipo capitalistico non azionario, sia idonea ad accogliere in modo efficiente le regole poste dal Codice della crisi che assegnano un ruolo di vertice al sistema dei controlli interni; dall'altro, con riferimento alla variante aperta del tipo, possa conciliarsi con una struttura partecipativa vocata a reperire sul mercato dei capitali le risorse ad essa necessarie. E sotto entrambi i profili la corrente risospinge la S.r.l. verso la disciplina del modello azionario.

Il controllo individuale del socio: la titolarità dei diritti di informazione e di ispezione

Legittimazione
soggettiva

Come noto, l'art. 2476, 2° comma, c.c., recita: "i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione".

Il diritto individuale di controllo, per la sua pregnanza, è stato considerato fin dai primi commentatori "una pillola avvelenata" seminata nella disciplina della S.r.l. ed ha suscitato un grande interesse in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza, dove la copiosità dei provvedimenti giudiziari (la maggior parte dei quali in sede cautelare) testimonia che non sempre si è giunti a soluzioni univoche riguardo a

tutto l'arco dei problemi interpretativi che la norma di cui all'art. 2476, 2° comma, anche a causa della laconicit  della sua formulazione, continua a sollevare.

Innanzitutto si   si   formata un'ampia casistica con riferimento ai soggetti ai quali tale diritto vada riconosciuto.

Il diritto *de quo*   individuale nel senso che spetta in ogni sua manifestazione al singolo socio indipendentemente dalla sua partecipazione al capitale e, secondo la configurazione della giurisprudenza, si tratta di un diritto potestativo (*ex multis*, **Trib. Milano, 25 settembre 2019**, in *Giur. It.*, 2020, 607 con nota di Garesio; **Trib. Roma, 10 luglio 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 13 dicembre 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), strumentale a qualunque prerogativa del socio stesso e non solo all'esercizio dell'azione di responsabilit  (Trib. Milano, 10 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 1419, ove nota di Fregonara). La fase di liquidazione della societ  non fa venir meno n  modifica il contenuto di tale diritto (cfr., *ex multis*, Trib. Napoli, 8 febbraio 2020, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 10 luglio 2017, cit.; Trib. Milano, 28 ottobre 2016, in *Societ *, 2017, 250).

Socio ex amministratore

Il diritto di controllo   limitato ai soli "soci che non partecipano all'amministrazione", tra i quali rientrano coloro che sono stati amministratori in passato, anche con riferimento alla documentazione relativa al periodo in cui ricoprivano tale carica, non essendo possibile configurare un dovere di "conservare copia o memoria della documentazione societaria gi  trattata o esaminata in tale qualit " (cos  da ultimo **Trib. Firenze, 20 gennaio 2020** in *Giur. It.*, 2020, 1418 e segg., ove nota di Fregonara; Trib. Milano, 25 settembre 2019, cit. Sul tema si vedano, in particolare, Trib. Roma, 31, gennaio 2017; e Trib. Roma, 10 luglio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, secondo le quali "l'incompatibilit  logico – giuridica fra il diritto di accesso ai documenti e la carica amministrativa viene meno con la cessazione della carica stessa"; nonch  Trib. Roma, 7 agosto 2017, ancora in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che puntualizza come il diritto *de quo* non sia precluso dall'aver votato a favore dei bilanci di esercizio, o dal non aver impugnato le relative delibere di approvazione).

Legittimato   anche il socio che abbia designato un amministratore (come ha stabilito, in una risalente ordinanza, il tribunale di Taranto 13 luglio 2007, in *Giur. It.*, 2008, 122, con nota di Renna).

  stata inoltre riconosciuta la legittimazione, in quanto "socio non amministratore", ad esercitare il diritto di controllo, al "socio che gestisca in piena autonomia un'unit  produttiva" (nella specie uno tra i vari centri sportivi riferibili alla societ , dato che in tal caso non si tratterebbe di compartecipazione alla gestione dell'intero ente (Trib. Milano, 8 ottobre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Quanto alla portata dell'espressione "soci che non partecipano all'amministrazione", con essa non si debbono intendere i soci amministratori che di fatto non partecipino all'operazione gestoria (e si veda Trib. Milano, 4 maggio 2017 che ha rigettato la richiesta di due ricorrenti che sino dall'atto costitutivo rivestivano la carica di amministratore). Questo non significa che i soci amministratori non debbano controllare, anzi per loro il controllo   un potere-dovere derivante dalla carica che si fonda non gi  sul secondo, bens  sul primo comma dell'art. 2476 c.c. Ci  parrebbe contraddetto, quanto meno fermandosi ad una prima lettura, da una recente sentenza dei giudici di legittimit  che non brilla certo per chiarezza. Si tratta della **Cassazione, 26 gennaio 2018, n. 2038** (in *Giur. It.*, 2018, 1434, con nota di Goitre), la quale – dopo aver rilevato in motivazione come il potere di informazione e di ispezione sia un "diritto-dovere costituente implicito portato delle prerogative della carica di amministratore", con la conseguenza che "qualora sia precluso da altri, in ispecie co-amministratori o componenti del consiglio di amministrazione, i soci che siano amministratori potranno agire a loro tutela, facendo valere anche l'impossibilit  di diligente adempimento dell'incarico gestorio, ove lasciati all'oscuro delle vicende sociali – enuncia il seguente principio di diritto: "competete anche al socio-amministratore di S.r.l. il diritto, previsto dall'art. 2476, 2° comma, c.c., di ricevere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri e i documenti relativi alla gestione societaria compiuta dagli altri amministratori, cui egli non abbia in tutto o in parte partecipato". Tanto pi  che in motivazione i giudici hanno cura di precisare come i diritti di controllo dell'amministratore siano simili "ed ancor pi  intensi" di quelli del puro socio.

Compropriet  della quota

Sempre sotto il profilo soggettivo, in caso di quote in compropriet , va segnalato come la giurisprudenza sia uniforme nel seguire un orientamento che riconosce i diritti *de quibus* a ciascun comproprietario, superando, cos  i limiti della formulazione letterale dell'art. 2468, ult. comma, c.c., il quale prevede che in caso di quote in comunione i diritti debbano essere esercitati tramite il rappresentante comune senza distinguere tra i diversi diritti inerenti alla partecipazione sociale. In particolare, scrivono i giudici, la "struttura prettamente individuale del potere di controllo del socio di S.r.l. sarebbe di per s  incompatibile con una legittimazione esclusiva del rappresentante comune all'esercizio di tale potere, destinato a soddisfare lo stesso interesse del comproprietario ad acquisire informazioni necessarie per impartire le proprie istruzioni al rappresentante comune in ordine alla condotta da tenere rispetto alle vicende sociali" (cos  **Trib. Milano, 19 gennaio 2017**; nello stesso senso cfr. Trib. Milano, 26 settembre 2016, entrambe le sentenze citate si leggono in *Societ *, 2017, 966 e segg., ove nota di Mele; cfr. inoltre Trib. Venezia, 20 giugno 2018, in *www.ilcaso.it*).

- Diritti frazionari sulla quota** In ipotesi di diritti frazionari sulla quota, ai sensi dell'art. 2352 c.c., espressamente richiamato dall'art. 2471-*bis*, salvo che dal titolo o dal provvedimento giudiziario risulti diversamente, i diritti amministrativi diversi da quello di voto, tra i quali si deve ricomprendere quello di controllo, spettano in caso di pegno o di usufrutto, sia al socio che all'usufruttuario o creditore pignoratizio (cfr. Trib. Milano, 26 luglio 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 17 dicembre 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), mentre in ipotesi di sequestro sono esercitati dal custode (Trib. Milano, 15 maggio 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).
- Pignoramento** L'art. 2471 c.c. invece nulla dispone in ordine al soggetto titolare dei diritti sociali inerenti alla quota oggetto di pignoramento. Sul punto, i giudici ambrosiani hanno spesso affermato la spettanza del diritto di voto in capo al socio-debitore la cui partecipazione sia stata oggetto di pignoramento o di sequestro conservativo, sino a che non sia stato nominato un custode (si veda in particolare **Trib. Milano, 9 marzo 2018**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*); soluzione, questa, accolta anche dalla **Massima n. 52/2015 del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato**, (reperibile in *www.consiglionotarilefirenze.it*) che recita: "Ai sensi dell'art. 2471-*bis* e 2352 c.c., nel caso di sequestro (e pignoramento) di quota di S.r.l. il diritto di voto   esercitato dal custode. Tale norma   inderogabile e dunque non   ammissibile l'attribuzione esplicita del diritto di voto a soggetto diverso dal custode, ove questo sia nominato. In difetto tuttavia della nomina di un custode, deve ritenersi che il socio sia comunque legittimato all'esercizio di tale diritto in quanto investito tacitamente del ruolo di custode. Tale legittimazione permane fino quando il sequestro o il pignoramento contenenti la nomina del custode non siano notificati alla societ  a norma dell'art. 2471 c.c.".
- Con particolare riferimento al tema che ci occupa e nel senso che socio non amministratore di una S.r.l. la cui partecipazione sia oggetto di pignoramento possa esercitare i diritti di controllo previsti dall'art. 2476 c.c., si   espresso recentemente il **Trib. Roma, 31 marzo 2020**, in *Giur. It.*, 2020, 2703 con ampia nota di Bertolotti (e in termini v. anche Trib. di Roma, 20 gennaio 2020, in *www.ilcaso.it*) se pur con una pronuncia non coincidente con l'orientamento sopra citato, in quanto afferma che vi sia una legittimazione concorrente del creditore pignorante, attraverso un'argomentazione volta a colmare la lacuna in discorso mediante l'applicazione al pignoramento delle norme sul pegno.
- Socio receduto** Per ci  che riguarda l'ipotesi del socio receduto, come noto, non   incontrovertita in dottrina ed in giurisprudenza la questione relativa alla sorte dei diritti sociali nel periodo, non certo poco significativo, tra l'esercizio del diritto del recesso ed il momento del rimborso della partecipazione; tale incertezza si riflette quindi anche sulla sorte del diritto di controllo del socio di S.r.l., che secondo alcune pronunce potrebbe essere esercitato anche dopo l'esercizio del recesso e fino alla liquidazione, oppure decorsi 180 giorni dal recesso (sul punto cfr. Trib. Pavia, 5 agosto, 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1218, ove nota di Chiloiro; Trib. Milano, 15 aprile 1919, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*); mentre secondo altre non potrebbe essere azionato sin dal momento in cui la dichiarazione di recesso sia pervenuta nella sfera di conoscenza della societ , dato che il recesso del socio   un negozio unilaterale recettizio (Trib. Roma, 3 agosto 2016, in *www.dejure.it*; Trib. Napoli, 22 luglio 2011, in *Giur. di Merito*, 2011, 2692; Trib. Pavia, 25 agosto 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, 1218, con nota di Chiloiro, cit.).
- In particolare, pare significativo che il sopra citato Tribunale di Milano, 15 aprile 2019, nell'affermare il pi  generale principio in base al quale dopo l'esercizio del recesso il socio potrebbe esercitare solo i diritti funzionali alla valorizzazione della quota che deve essergli liquidata, abbia richiamato proprio la pronuncia del tribunale di Pavia che, con riferimento al diritto di controllo, aveva precisato come "nel tempo intercorrente tra il valido esercizio del diritto di recesso e la liquidazione della quota, il socio di S.r.l. recedente resta titolare dei diritti sociali non incompatibili con la dichiarazione di recesso e per l'esercizio dei quali vanti un concreto interesse ad agire, anche relativo al pericolo che dal depauperamento del patrimonio sociale derivi un rischio attuale per l'effettivo rimborso della quota oggetto di recesso".
- Il problema resta comunque aperto, e rimanda a questioni di pi  ampio respiro, quali quelle relative, pi  in generale ed a monte, agli effetti stessi del recesso, cos  come ridisegnato dalla riforma del 2003.
- Socio moroso** Con riferimento ad una controversia che presentava aspetti affini alla tematica di cui sopra, una recente pronuncia della Cassazione ha enunciato il seguente principio: "il socio moroso di societ  a responsabilit  limitata non   ammesso, secondo il disposto dell'art. 2466 c.c., ad esprimere il proprio voto nelle deliberazioni assembleari, ma non perde anche il diritto di controllo sugli affari sociali, ai sensi dell'art. 2476 c.c., 2  comma, sino a che egli resti parte della compagine societaria in esito al procedimento intrapreso dagli amministratori". Il diritto di informazione e di ispezione resta infatti a "presidiare la trasparenza dell'andamento societario, tanto pi  necessario proprio nel momento del conflitto con gli altri soci" (**Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1185**, in *Societ *, 2020, 31 e segg., con nota di Colombo).

Socio escluso

In tema di esclusione del socio, del tutto singolare è la decisione del Tribunale di Genova, 28 aprile, 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, la quale discostandosi dalla diffusa qualificazione giurisprudenziale del diritto di controllo *de quo* quale diritto potestativo, lo riconduce, invece, ad un “diritto di credito esercitabile anche una volta cessato il rapporto con la società, nel termine di prescrizione”.

Secondo il Tribunale Roma, 27 dicembre 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, per ragioni legate alla tutela del diritto di difesa, il diritto di informazione e di consultazione dei libri e documenti sociali va riconosciuto al “soggetto ormai non più socio per esclusione o per altro provvedimento incidente sulla sua qualifica”, che “impugni e contesti proprio il provvedimento, con cui è venuto meno il rapporto sociale”.

Ed ancora, con riferimento all’ambito soggettivo della norma vanno segnalate: Trib. Milano, 24 dicembre 2013, in *Giur. It.*, 2014, 2779, ove nota di Fregonara, che legittima all’esercizio del diritto di accesso ai documenti sociali, il socio onerato di un’opzione di vendita della propria partecipazione contenuta in un patto parasociale; Trib. Roma, 15 gennaio 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che riconosce la legittimazione al diritto *de quo*, al socio anche in mancanza di iscrizione nel libro soci, volontariamente tenuto in virtù di una clausola statutaria (in senso contrario si veda però la *Massima* n. 115/2009 del Consiglio Notarile di Milano, in *www.consiglienotarilemilano.it*); Trib. Milano, 5 dicembre 2017, in *Società* 2018, con nota di Ferrari, che soffermandosi ancora sul profilo della legittimazione del socio derivante dall’iscrizione nel registro delle imprese, ha affermato come la qualità di socio non possa essere contestata con riferimento a vicende di invalidità attinenti al rapporto tra cedente e cessionario.

L’oggetto e l’estensione del diritto di controllo

L’art. 2476, 2° comma ricomprende nel “controllo dei soci” sia il diritto di avere dagli amministratori informazioni sullo svolgimento degli affari sociali, sia quello di consultare, anche tramite professionisti di fiducia, i documenti relativi all’amministrazione, in modo da consentire al socio di acquisire ogni informazione ed ogni documentazione utile alla valutazione della situazione patrimoniale ed economico-finanziaria della società, senza bisogno che preventivamente venga dichiarata la finalità per la quale si intende procedere alla consultazione (Trib. Firenze, 28 gennaio 2020, cit.; Trib. Torino, 20 febbraio 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 13 aprile 2018, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 19 gennaio 2017, cit.; Trib. Torino, 3 luglio 2015, in *Giur. It.*, 2016, 119 e segg., ove nota di Bertolotti). Ed il socio non è neppure tenuto alla preventiva identificazione dei documenti che intenda visionare (Trib. Roma, 15 gennaio 2015, cit.; Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 213, con nota di Guidotti).

Diritto di informazione

Quanto al diritto di informazione, che non è solo finalizzato all’esercizio del voto, ma anche alla vigilanza sull’amministrazione, si deve ritenere che esso abbia uno spettro assai ampio e possa essere fatto valere per tutto il corso dell’esercizio, anche al di fuori dell’occasione assembleare, e che abbia ad oggetto sia il generale andamento della gestione, sia singole operazioni, passate, in corso o prospettiche (**Trib. Milano, 27 marzo, 2014**, in banca dati *Pluris*; Trib. Napoli, 22 luglio 2011, in *Giur. di Merito*, 2011, 2692).

Diritto di consultazione

Parimenti molto lato è il perimetro dell’altro fondamentale strumento di controllo e, cioè, del diritto di consultazione, che trascende l’ambito dei libri sociali per estendersi alle scritture contabili e comunque a tutti i “documenti” ad essi sottostanti “relativi all’amministrazione” (compresi quelli in formato elettronico) ove l’ampia formulazione della norma, nonché una certa sua vaghezza, ha consentito interpretazioni giurisprudenziali volte a fondare la pretesa dei soci di esaminare la corrispondenza, le fatture, la documentazione bancaria, i contratti, gli atti giudiziari e amministrativi; gli accertamenti fiscali; gli elenchi di clienti e fornitori (cfr. in particolare, **Trib. Napoli, 31 luglio 2018**, in *Società*, 2019, 691 e segg., con nota di Mele; Trib. Venezia, 20 giugno 2018, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Roma, 31 luglio 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che ha precisato come il diritto di consultazione si estenda anche al documento informatico; Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 1245 ed in *Giur. Comm.*, 2006, II, 682, alla quale si sono ispirate molte decisioni successive, ove si sottolinea come il tenore letterale della norma appaia “in sé idoneo a ricomprendere ogni documento concernente la gestione della società e non consenta letture riduttive volte a distinguere la documentazione amministrativo-contabile da quella più prettamente commerciale”). In senso più restrittivo, ma con riferimento ad una fattispecie concreta in cui il socio si presentava in potenziale conflitto di interessi con la società, occorre segnalare una pronuncia del Tribunale di Torino, che esclude la possibilità per il socio non amministratore di consultare la documentazione bancaria, con riferimento agli estratti conto dei conti correnti, agli scontrini ed alle ricevute fiscali, salva la specifica indicazione di una loro inerenza ad un concreto fatto di amministrazione (**Trib. Torino, 7 aprile 2017**, in *Giur. Comm.*, 2018, II, 880 e segg., con nota di Cagnasso).

In alcune ordinanze i giudici hanno avuto cura di precisare che il singolo socio ha accesso solamente ai

“documenti” relativi all’amministrazione e non anche ai beni aziendali, con la conseguenza, ad esempio, che non possa vantare alcun diritto di visitare il magazzino (Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit.; Trib. Macerata, 26 settembre 2007, in *www.ilcaso.it*), salvo che tale diritto gli sia assegnato dallo statuto, n  quello di chiedere informazioni ai dipendenti a prescindere dalla volont  della societ  (Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *www.ilcaso.it*. Contra, ammettendo la possibilit  di far domande ai dipendenti, v. Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, cit.).

Si   anche talora affermato che il socio non abbia il potere di chiedere l’elaborazione gestionale dei dati (Trib. Torino, 20 febbraio 2019, cit.; Trib. Milano, 8 maggio 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), in quanto non rientranti nel concetto di “documenti relativi all’amministrazione”, tanto pi  se si tratti di elaborazioni attinenti alla c.d. “contabilit  industriale”, di per s  distinta dalla contabilit  generale e, a differenza di quest’ultima, n  obbligatoria, n  propriamente attinente alla amministrazione, ma piuttosto alla gestione sociale (cos  Trib. Milano, 13 maggio 2017 in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*). Nonostante l’ampiezza della formula usata dal legislatore nell’art. 2476 c.c., infatti, “si deve ritenere che possano rientrare nella dizione legale solo informazioni tratte da elementi gi  costituiti... comprese quelle bancarie, escludendo, per converso, che possano rientrarvi documenti costituenti che implicino attivit  di valutazione o anche solo di elaborazione di dati” (Trib. Torino, 20 febbraio 2019, cit.).

Al socio deve inoltre essere garantito “l’accesso alla sola documentazione esistente, non potendo il diritto di cui all’art. 2476, 2  comma, c.c. estendersi al punto di costringere la societ  alla redazione di documentazione diversa ed ulteriore rispetto a quella di cui dispongono gli organi sociali, n  l’amministratore a relazionare, attestare o certificare alcunch  o compiere attivit  ulteriore rispetto a quella strettamente necessaria per l’accesso ai documenti” (Trib. Milano, 12 marzo 2018, cit.).

Gruppo di societ 

Dubbi sono sorti riguardo all’estensione al gruppo di societ  del diritto di informazione e di ispezione del socio. Sul tema si   acceso in giurisprudenza un vivace dibattito sfociato in alcune ordinanze emesse recentemente a seguito di procedimenti *ex art.* 700 c.p.c., le quali risolvono in senso positivo il problema relativo alla sussistenza del diritto del socio di S.r.l. ad ottenere informazioni sulle societ  controllate, mutando orientamento rispetto ad alcune precedenti pronunce (quali quelle del Tribunale di Bari, 24 maggio 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; e del Tribunale di Milano, 7 giugno 2017, in *www.plurisonline.it*).

Si tratta, in particolare, dell’ordinanza del Tribunale di Milano, 27 settembre 2017 (che si legge in *Giur. It.*, 2018, 118 e segg., con nota di Cagnasso), che accoglie la richiesta del socio ricorrente, titolare del 20% del capitale di una S.r.l., di poter esaminare la documentazione sociale e contabile riguardante la diretta partecipata (peraltro societ  in dissesto), totalitariamente controllata dalla S.r.l. Con un’articolata motivazione, l’ordinanza afferma innanzitutto che “non si tratta di mettere in discussione un generale orientamento volto ad escludere un indiscriminato potere del socio su societ  solo “indirettamente” partecipate (soprattutto laddove dette societ  siano costituite in forma di S.p.a., dunque con esclusione di analogo potere degli azionisti “diretti”, ma piuttosto di definire correttamente il perimetro dei poteri di ispezione del socio di S.r.l. sui “documenti relativi all’amministrazione della societ ” da lui stesso direttamente partecipata”. Il tribunale osserva poi che l’estensione del penetrante potere di controllo di cui al secondo comma dell’art. 2476 c.c., coincide con quella del potere di gestione di cui   titolare l’organo amministrativo della controllante. Secondo tale prospettiva, “deve dunque reputarsi questione “di fatto” (da affrontare nel rispetto degli ordinari oneri di deduzione e prova delle parti) quella della concreta verifica, di volta in volta, dell’effettivo esercizio di poteri di gestione spettanti all’organo amministrativo della controllante nonch  dell’individuazione del materiale informatico necessario e/o concretamente utilizzato allo scopo, naturalmente pur sempre alla luce dei peculiari doveri di diligenza gravanti sugli amministratori...”. Sulla base di tali considerazioni, il tribunale accoglie la richiesta del socio, motivando in base alle circostanze che la societ  controllante   una *holding* pura, il cui oggetto sociale consiste esclusivamente nell’attivit  di gestione delle partecipazioni nelle controllate; che la S.r.l. controllante detiene una partecipazione totalitaria nella S.p.a. partecipata; che si riscontra una quasi totale coincidenza della composizione degli organi amministrativi delle controllate; che quindi “si versa in una fattispecie concreta di gestione accentrata delle attivit  delle partecipate, con piena disponibilit  e concreto utilizzo da parte dell’organo amministrativo della controllante, dell’intera documentazione amministrativa e contabile della partecipata”. Ne consegue che la piena disponibilit  della documentazione da parte degli amministratori della controllante comporta l’estensione alla medesima documentazione del diritto di ispezione del socio. Sulla scia di tale pronuncia si pongono anche due successive ordinanze del Tribunale di Torino – rispettivamente del 20 febbraio 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* e del 5 marzo 2019, in *Foro. It.*, 2019, I, 2194, ove nota di Niccolini – che giungono alle medesime conclusioni, precisandole ulteriormente.

Ancora una volta – partendo dalla considerazione generale in base alla quale si deve escludere che il socio di una S.r.l. possa esercitare in via diretta il diritto di accesso alla documentazione di una societ  della quale non   socio, “trattandosi di opzione estranea alla cornice disegnata dall’art. 2476” (cos  motivando aveva infatti escluso il diritto di ispezione Trib. Milano, 7 giugno, cit.) si giunge ad

affermare come sia del tutto ragionevole che il socio non amministratore di una S.r.l. *holding* pura di partecipazioni di controllo in altre società “abbia il diritto di essere informato (dall’organo amministrativo della controllante di cui è socio) anche di quel che succede “a valle” nelle società controllate, la cui gestione è attività specifica della capogruppo”.

La questione non è dunque quella dell’*esistenza* del diritto di controllo del socio – puntualizzano però i giudici – bensì delle *modalità* del suo esercizio (così **Trib. Torino, 5 marzo 2019**, cit.).

Lungo la linea tracciata dall’orientamento giurisprudenziale che si sta affermando sul tema, si inserisce anche una recente ordinanza del tribunale di Venezia che sostanzialmente applica i principi espressi nelle pronunce sopra richiamate ad una fattispecie in cui la s.r.l. non è una *holding* pura, ma detiene una partecipazione di maggioranza in una S.p.a. Come si legge in motivazione, “la documentazione può fare comprendere al socio della controllante se questa effettivamente anche dirige/coordini la controllata, e come (ciò attiene senz’altro alla amministrazione della s.r.l. controllante), specie quando, come nel presente caso, la parte resistente contesti vigorosamente la presunzione di cui all’art. 2497-*sexies* c.c. L’esercizio concreto di direzione/coordinamento costituisce attività amministrativa della S.r.l. oggetto del diritto di accesso...” Ed ancora “Il diritto di accesso si estende a quella documentazione della controllata che non si trovi concretamente nella disponibilità attuale diretta e propria della controllante, ma che gli amministratori abbiano avuto disponibile per l’esercizio della loro attività, e che sia stata restituita... Tale diritto implica un dovere di rendersi parte diligente presso il terzo per riottenere la disponibilità di tali documenti ed esibirli ai propri soci” (così **Trib. Venezia, 19 settembre 2020**, in *www.ilcaso.it*).

Le modalità di esercizio dei diritti di controllo

Tempi

Il diritto di consultazione deve essere esercitato con la necessaria collaborazione degli organi sociali (o dei professionisti) preposti alla conservazione delle scritture contabili, non potendo il socio procedere autonomamente all’ispezione della documentazione e la buona fede nell’esecuzione del contratto sociale comporta, da un lato, la leale collaborazione degli amministratori che devono agevolare per quanto in loro potere il diritto di consultazione, e, dall’altro, che l’esercizio del diritto da parte del socio non crei intralcio all’attività sociale (v. da ultimo, Trib. Milano, 10 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 1419, cit.).

Per ciò che riguarda i tempi, la giurisprudenza si è orientata ad ammettere che la società debba provvedere a dare risposta al socio ed a consentirgli l’accesso ai documenti in qualsiasi momento (v. recentemente, **Trib. Firenze, 28 gennaio 2020**, cit.), sia pure, con cadenze e modalità concordate con gli organi sociali (Trib. Milano, 12 marzo 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*) o eventualmente previste dallo statuto (Trib. Torino, 24 maggio 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Luoghi

Si è anche affermato che la società abbia l’onere di mettere a disposizione la documentazione richiesta dal socio in “locali a ciò adeguati, se necessario recuperandola presso chi materialmente la detiene” (Trib. Milano, 13 dicembre 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* ed in *Società*, 2018, 796).

L’estrazione di copie

Il tema più dibattuto con riferimento alle modalità di esercizio del diritto di consultazione, riguarda l’estrazione di copie della documentazione visionata (naturalmente a spese dell’interessato). La norma sul punto tace e la giurisprudenza all’indomani della riforma è stata oscillante tra due opposte tesi. La soluzione restrittiva, si basava sul tenore letterale della norma e sottolineava come il silenzio del legislatore sul punto equivalesse ad un diniego, dato che in altre disposizioni (quali ad esempio l’art. 2422, 1° comma, c.c.) tale diritto è previsto espressamente; rilevava inoltre che la possibilità di avvalersi di professionisti di fiducia nella consultazione rendesse superflua la richiesta ottenere copie; sottolineava infine come la copia potesse comunque essere ottenuta attraverso specifici istituti processuali (cfr. Trib. Parma, 25 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 758; Trib. Milano, 30 novembre 2004, cit.; Trib. Chieti, 25 agosto 2005, in *Giur. It.*, 2006, 305).

L’orientamento più liberale, che riconosce al socio il diritto di estrarre copia, è stato accolto ormai anche dalla giurisprudenza più recente sulla base delle seguenti argomentazioni: innanzitutto il diritto di copia appare connaturato all’effettività dell’esercizio del diritto di controllo che sarebbe, altrimenti limitato o comunque imporrebbe modalità di consultazione che, data la complessità della documentazione da esaminare, risulterebbero eccessivamente onerose ovvero non esaustive. Inoltre, la facoltà, concessa dalla norma, di potersi avvalere di un professionista di fiducia, escluderebbe che la documentazione possa essere esaminata solo dal socio; infine l’opinione negativa sul punto comporterebbe l’incongruenza di concedere una minor tutela al socio di S.r.l. rispetto all’azionista per il quale, a norma dell’art. 2422, comma 1° c.c., il diritto di consultazione include anche la facoltà di ottenere, a proprie spese, estratti dei libri consultabili (*ex multis*: **Trib. Roma, 20 gennaio 2020**, in *www.dejure.it*; **Trib. Bologna, 18 giugno 2020**, in *Società*, 2020, 1167 e in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 10 luglio 2017, cit.; Trib. Bologna, 12 ottobre 2017, in *Giur. Comm.*, 2017, II, 1033, con nota di Carletti; **Trib. Milano, 15 giugno 2015**, in *Giur. It.*, 2015, 2145, con nota di Bertolotti; Trib. Verona, 29 agosto 2011, in *www.ilcaso.it*. Fra le più risalenti cfr., in particolare, Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 213).

Segue. I limiti all'esercizio dei diritti di controllo

In giurisprudenza si va consolidando un orientamento secondo il quale il socio ha un diritto tendenzialmente incondizionato di acquisire informazioni nonché di consultare e trarre copia dai documenti visionati; ma che tale diritto vada temperato, in base al principio di buona fede, con le contrapposte esigenze di riservatezza della società.

Tale soluzione costituisce il punto d'approdo dei percorsi argomentativi che via via sono andati affinandosi negli anni attraverso le numerose ordinanze emesse in sede cautelare, volte sì a valorizzare il diritto di controllo del socio, ma nella consapevolezza che l'ampia latitudine di tale diritto, non potesse non evocare una qualche idea di limite che facesse da filtro alle richieste dei soci. Si è così invocato soprattutto il limite generale derivante dai doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di società e talvolta ci si è appellati alla figura dell'abuso del diritto.

Le decisioni più risalenti nel tempo, affermano che l'esigenza di riservatezza aziendale non costituisca "un limite astratto ed intrinseco al diritto di controllo del socio di cui all'art. 2476, bensì concreto ed estrinseco: concreto nel senso dell'effettiva congruenza dell'esercizio del controllo rispetto alla specifica situazione; estrinseco nel senso che il rispetto della riservatezza opera semmai verso l'esterno, con la conseguenza che il socio avrà il diritto di acquisire conoscenza della documentazione riservata, ma non di divulgarla" (così Trib. Milano, 30 novembre 2004, cit. Anche Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, cit., ribadisce come il diritto *de quo* incontri il limite generale derivante dal canone di buona fede e che ciò stia a significare che "il diritto di accedere alle informazioni relative alla gestione sociale debba essere riconosciuto in modo pieno", e che il temperamento con le esigenze sociali riguardi "esclusivamente le modalità di attuazione" di tale diritto. Ciò significa che non possano essere formulate richieste "che manifestino un carattere ingiustificatamente ripetitivo, vessatorio, ostruzionistico od emulativo").

Limiti relativi alle modalità di esercizio dei diritti

Ma anche dalle motivazioni delle decisioni più recenti, emerge spesso come i limiti non riguardino tanto l'oggetto del controllo in sé considerato, quanto piuttosto le modalità di esercizio dei diritti di informazione e consultazione che devono essere conformi a buona fede e correttezza, e non devono tradursi in condotte di carattere abusivo al fine di non recare intralcio alla gestione sociale o recare pregiudizio alla stessa (v. *ex multis*, Trib. Firenze, 28 gennaio 2020, cit.; Trib. Roma, 20 gennaio 2020, cit.; Trib. Bologna, 18 giugno 2020, in *Società*, 2020, 1167; Trib. Milano, 10 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 1419, cit.; Trib. Milano, 13 aprile 2018, in *Società*, 2018, 928; Trib. Milano, 21 dicembre 2017, in *Società*, 2018, 375; Trib. Roma, 31 gennaio, 2017, cit.; Trib. Bologna, 12 ottobre 2017, cit.; Trib. Torino, 3 luglio 2015, cit.; Trib. Milano, 25 novembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Ciò significa sostanzialmente che in linea di principio, tutte le informazioni ed i documenti relativi all'amministrazione siano accessibili al socio, ma che gli amministratori, in ottemperanza ai loro obblighi di corretta amministrazione, possano vagliare l'assenza di correttezza e buona fede nell'agire del socio ed anche verificare la presenza di elementi di fatto che, nella fattispecie concreta, inducano a porre in essere particolari cautele, quali ad esempio il contenimento sensibile dell'istanza di informazione o di consultazione, nei casi in cui vi la diffusione di notizie possa arrecare pregiudizio alla società.

Si è poi puntualizzato come il rifiuto di accesso a determinate informazioni, o il loro contenimento sensibile, opposto dagli amministratori configuri una vera e propria eccezione di dolo, che impone agli amministratori stessi di dimostrare la natura abusiva della richiesta (Trib. Torino, 6 luglio 2015, cit.). Nella giurisprudenza più recente è diventato pertanto centrale il tema del bilanciamento degli opposti interessi, che richiede una valutazione caso per caso e occupa la gran parte delle decisioni in materia.

Mascheramento dei dati sensibili

Innanzitutto meritano di essere segnalate quelle ordinanze che affermano come il diritto alla consultazione della documentazione sociale e alla estrazione delle copie possa trovare "specifica limitazione attraverso l'accorgimento del mascheramento preventivo dei "dati sensibili" presenti nella documentazione, quali, ad esempio, i dati relativi ai nominativi di clienti e fornitori – laddove alle esigenze di controllo "individuale" della gestione sociale, cui è preordinato il diritto del socio *ex art.* 2476, 2° comma, c.c.– si contrappongano non pretestuose esigenze di riservatezza fatte valere dalla società" (così Trib. Milano, 28 novembre 2016, in *Società*, 544, con nota di Attanasio, confermando l'ormai costante orientamento del tribunale meneghino sul punto. Si vedano, fra le altre, Trib. Milano, 22 luglio 2012, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. 15 giugno 2015, in *Giur. It.*, 2015, 2145 e segg., con nota di Bertolotti, cit. Trib. Milano, 13 maggio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 13 aprile 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Nello stesso senso cfr. l'articolata motivazione contenuta nell'ordinanza del Tribunale di Napoli, 31 luglio 2018, in *Società*, 2019, 691 con nota di Mele).

La misura adottata dagli amministratori nei casi sopra esaminati è improntata a correttezza – osservano i giudici – in quanto fondata sulla specifica esigenza di proteggere dati riservati in situazioni in cui era emersa l'eventualità che il socio potesse trasferirli a terzi concorrenti ovvero utilizzarli a vantaggio della propria attività esercitata in concorrenza con quella della società.

Impegno alla riservatezza

Tra gli accorgimenti che gli amministratori possono porre in essere in modo da sventare un “uso potenzialmente pregiudizievole” da parte del socio dei dati ricavabili dalla documentazione sociale, rientra, secondo alcune decisioni, anche la richiesta, da parte della società di un impegno alla riservatezza prima di procedere al controllo.

Ora, posto che è generalmente riconosciuto in capo al socio un obbligo di non divulgare quanto appreso in sede di controllo (v. Trib. Bologna, 1° settembre 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), viene pure affermata la legittimità di subordinare l'esercizio del diritto di consultazione alla preventiva sottoscrizione da parte del socio di un impegno alla riservatezza o comunque di un impegno ad un utilizzo solo endosocietario della documentazione acquisita con esclusione della divulgazione a terzi (**Trib. Milano, 25 settembre 2019**, in *Giur. It.*, 2020, 607 e segg., ove nota di Garesio in questo caso non solo era stato imposto al socio un patto di riservatezza, ma erano anche stati oscurati alcuni dati sensibili; Trib. Milano, 29 settembre 2015, in *Società*, 2016, 699, con nota di Bonavera; Trib. Milano, 24 dicembre 2013, cit.; Trib. Milano, 13 novembre 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. In senso contrario, ma con riferimento ad una fattispecie particolare in cui il socio era un minore, Trib. Milano, 20 marzo 2018, in *Società*, 2018, 656).

Concorrenza sleale

Non si dubita, infine, che gli amministratori possano opporsi alle richieste dei soci qualora accertino che i soci intendano utilizzare le informazioni per fini extrasociali. In particolare, un'ordinanza del Tribunale di Milano circoscrive in concreto il diritto di informativa del socio, limitandolo solo ad alcuni specifici documenti ed informazioni, in una fattispecie in cui il socio aveva già posto in essere atti di concorrenza sleale, *ex art. 2598 c.c.*, per contrarietà a correttezza professionale nei confronti della società, avvalendosi dei dati cui poteva accedere nella sua precedente veste di amministratore delegato; in tal caso consentire la disponibilità di ulteriori informazioni più aggiornate avrebbe consentito al socio stesso di perseverare nella condotta ai danni della società. (**Trib. Milano, 8 maggio 2014**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Ed ancora, “in pendenza di un acceso conflitto tra il socio e la società in riferimento a condotte di concorrenza sleale addebitate dalla seconda al primo e oggetto di accertamento giudiziale”, i giudici milanesi hanno ritenuto di dover limitare il diritto del socio all'accesso “in termini più stringenti rispetto a quelli del mero mascheramento dei dati sensibili” relativi a clienti e fornitori; in particolare circoscrivendo l'ispezione del socio “a quei soli documenti rispetto ai quali lo stesso avesse dimostrato “uno specifico e attuale interesse alla consultazione”. Nel caso di specie, infatti, lo svolgimento di attività concorrenziali non era meramente potenziale, ma concreto ed attuale, essendovi contestazione solamente quanto al carattere sleale dell'attività (**Trib. Milano, 20 luglio 2017**, in *Società*, 2017, 1333, con commento di Ferrari).

In alcune ordinanze i giudici hanno puntualizzato che la scorrettezza e la contrarietà dell'esercizio del diritto alla buona fede si deve dedurre da una richiesta del socio esclusivamente e dolosamente finalizzata a danneggiare la società. Ne consegue che il diritto del socio non soffre di per sé limiti di carattere soggettivo, quali, ad esempio, la qualità di concorrente che richieda la *disclosure* documentale, essendo legittimo il rifiuto degli amministratori solo quando vi sia rischio concreto e non semplice pericolo astratto di divulgazione. In altri termini, “il solo fatto di rivestire, oltre alla posizione di socio anche la veste di concorrente non è sufficiente a far presumere l'abusività della richiesta”, dovendo questa esser valutata “non *ex ante*, bensì a posteriori, allorquando in concreto risulti ingiustificata la lesione dell'altrui interesse a fronte dell'esercizio del diritto, e per il modo del suo esercizio, ovvero in difformità dalla clausola di buona fede” (così Trib. Bologna, 11 dicembre 2012, in *Società*, 2013, 897, ove nota di Raffaele; e si veda anche Trib. Milano, 25 novembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Il socio non è infatti “destinatario di un obbligo di non intraprendere attività concorrenti con quella della società “come previsto per le società di persone *ex art. 2301 c.c.*), ma esso è certamente soggetto al divieto di svolgere attività di concorrenza sleale” (Trib. Napoli, 31 luglio 2018, cit.).

Conflitto di interessi

Con riferimento ad una fattispecie concreta in cui il socio si presentava in potenziale conflitto di interessi con la società e con richieste generiche, un'ordinanza del Tribunale di Torino, dopo aver affermato che non sussistono limiti all'accesso alle informazioni che gli amministratori devono fornire ai soci di una S.r.l., anche “qualora questo si trovi in una situazione di conflitto di interessi” con la società, ritiene che la società possa “senz'altro legittimamente adottare le misure necessarie a contemperare il proprio interesse alla protezione dei dati riservati con l'interesse del socio ad accedere ai documenti ed alle notizie previste dalla legge”. E i giudici, probabilmente, mossi dalla peculiarità della fattispecie concreta, si spingono ad affermare, in contrasto con l'orientamento prevalente, che il socio non possa richiedere di consultare “la documentazione bancaria con riferimento agli estratti conto dei conti correnti, gli scontrini e le ricevute fiscali, salva la specifica indicazione della loro inerenza ad un concreto fatto di gestione”. Infine, restringono ancora i confini delle modalità di esercizio del diritto del socio, affermando che non rientrino tra “le notizie relative allo svolgimento degli affari sociali”, valutazioni e giustificazioni sulle ragioni che hanno indotto la società a porre in essere determinati fatti di gestione ovvero darne una determinata rappresentazione contabile (**Trib. Torino, 7 aprile 2017**, cit.).

Tale impostazione è seguita soprattutto dall'orientamento del Tribunale di Roma in alcune ordinanze ove si legge che "laddove sussista il rischio concreto che il socio, in violazione dei principi di buona fede e correttezza, si avvalga del diritto di informazione e consultazione dei documenti della società per cagionare un pregiudizio, gli amministratori, nel perseguimento dell'interesse sociale, sono tenuti ad opporsi alla richiesta di informazioni del socio, risultando, in caso contrario, responsabili dei danni eventualmente subiti dalla società" (Trib. di Roma, 9 luglio 2009, in *Foro It.*, 2010, 1972). E spesso si ribadisce la sussistenza di un "vero e proprio obbligo degli amministratori di rifiutare informazioni sociali riservate", qualora si accerti che i soci abbiano esercitato i loro diritti "con modalità tali da recare intralcio alla gestione societaria ovvero da svantaggiare la società nei rapporti con imprese concorrenti" (Trib. Roma, 10 luglio 2017, cit. e, da ultimo, **Trib. Roma, 20 gennaio 2020**, cit.). Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Bologna, 1° settembre 2018, in *www.giurisprudenza-delleimprese.it*. affermando che qualora le modalità di esercizio del diritto di controllo "si concretizzino in un'ingerenza nell'attività degli amministratori per finalità di turbativa o laddove la richiesta di informazioni possa cagionare un pregiudizio alla società", sussistendo fondati timori di una possibile divulgazione, allora in tal caso gli amministratori "hanno non solo la facoltà, ma addirittura l'obbligo di non divulgare determinate informazioni".

L'esercizio del diritto di controllo ex art. 700 c.p.c.

Passando ai profili di rito, la giurisprudenza ha ammesso ampiamente la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. a favore del socio cui sia stato rifiutato il diritto di informazione e, soprattutto, quello di consultazione (a partire dalle prime decisioni: Trib. Ivrea, 4 luglio 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, 748; Trib. Catania, 5 marzo 2006 in *Giur. Comm.*, 2007, 920; fino alle più recenti, fra le quali si segnalano: Trib. Bologna, 18 giugno 2020, cit.; Trib. Roma, 20 gennaio 2020, cit.; Trib. Milano, 10 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 1419, con nota di Fregonara, cit.; Trib. Napoli, 31 luglio 2018, cit.; Trib. Torino, 6 luglio 2015, cit.). Se il controllo del socio è funzionale all'esercizio delle prerogative ad esso spettanti, il *fumus boni iuris* va ravvisato in tutte le circostanze e situazioni in cui il socio si veda costretto ad agire in via d'urgenza per cautelare tale diritto (Trib. Napoli, 31 luglio 2018, cit.). I giudici in tutti i provvedimenti esaminati hanno cura di precisare che il *periculum in mora* sussista *in re ipsa* dato che al socio viene impedito di esercitare i diritti sociali che gli competono. "Il diritto al controllo ispettivo risulta infatti per sua natura vanificato se assoggettato al tempo di un giudizio di cognizione". In particolare l'urgenza di provvedere può identificarsi "con l'ingiustificato procrastinarsi della (im)possibilità del suo esercizio poiché detto ritardo, finisce per ledere direttamente il diritto di controllo del socio sull'amministrazione della società e l'esercizio dei poteri connessi, sia all'interno della società che attraverso azioni giudiziarie", quali ad esempio l'impugnazione di bilancio, oppure l'azione di responsabilità o di revoca degli amministratori" (così Trib. Pavia, 1° ottobre 2007, e v., tra le decisioni più recenti, **Trib. Napoli, 31 luglio 2018**, cit.; **Trib. Torino, 20 febbraio, 2019**, cit.).

La derogabilità statutaria del diritto di controllo

S.r.l.-PMI aperta

La norma di cui all'art. 2476, 2° comma come si è già sottolineato, ricalcando l'art. 2261 c.c. applicabile alle società di persone, riconosce un pregnante diritto di controllo in capo ai soci "che non partecipano all'amministrazione" e risponde all'idea propria del legislatore del 2003 secondo la quale tutti i soci della S.r.l. sono partecipi dell'impresa sociale, anche quelli che non amministrano. Ora, come si è già detto, siffatto sistema è stato scosso dalle fondamenta dall'evoluzione normativa degli ultimi anni, tanto da chiedersi se esso, costruito appositamente per una S.r.l. strettamente chiusa nella sua struttura finanziaria, abbia ancora un fondato motivo di applicazione alla S.r.l.-PMI aperta, in cui la compagine societaria risulta oggi arricchita dalla presenza di soci-risparmiatori. L'apertura della compagine sociale ad una "folla" di sottoscrittori, anche mediante i portali di *crowdfunding*, renderebbe poco efficiente l'attribuzione in capo ai "soci investitori" dei penetranti poteri di controllo riconosciuti ai "soci imprenditori" nella S.r.l. di diritto comune, mentre richiederebbe la presenza in ogni caso di un controllo istituzionale organico.

Categorie di quote prive del diritto di controllo

Si è così riproposta la questione relativa alla derogabilità *in peius* del diritto individuale di controllo, e la prassi notarile, sulla scia delle argomentazioni già avanzate da una parte della dottrina con riferimento alla S.r.l. di diritto comune, l'ha risolta positivamente ammettendo la possibilità di prevedere statutariamente l'emissione di categorie standardizzate di quote prive del diritto di controllo o con il suddetto diritto limitato, ma subordinando tale possibilità alla presenza dell'organo istituzionale di controllo, obbligatorio o facoltativo, e fermo restando i minori diritti riconosciuti in capo all'azionista. (così la già citata **Massima n. 176 del Consiglio Notarile di Milano**, e si veda anche la **Massima n. 41 del Consiglio Notarile di Firenze**, in *www.consiglionotarilefirenze.it*. In generale, con riferimento alla S.r.l. ordinaria, nel senso dell'inderogabilità *in minus* del diritto in questione e in linea con l'opinione prevalente, ma non incontroversa fra gli interpreti, v. la risalente pronuncia del **Trib. Bari, 10 maggio 2004**, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 149).

Dottrina e attualità giuridiche

La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale

a cura di Francesco Palazzo*

Querela e strategie deflative, Francesco Palazzo

Il volto sostanziale della querela e la sua disciplina, Irene Scordamaglia

La querela: istituto sospeso tra due codici ma protagonista della procedura, Leonardo Suraci

Querela e strategie deflative

Francesco Palazzo

Sarebbe certamente improvido, oltre che antistorico, sottovalutare i nessi che avvincono sempre più strettamente il diritto penale sostanziale e quello processuale, primariamente sul piano dell'accertamento del reato e della responsabilità: basti pensare a quanto è accaduto, soprattutto ad opera della giurisprudenza, in materia ad esempio di causalità e di dolo eventuale. Anzi, talvolta questa osmosi tra diritto sostanziale e processo è stata considerata un fenomeno foriero di contaminazioni degenerative, quando certe esigenze processuali (ad esempio concernenti i presupposti per le intercettazioni) deformano la necessaria proporzionalità della pena, oppure quando il processo – specie nelle sue fasi iniziali – si carica impropriamente di funzioni e valenze proprie della pena. Il rapporto tra diritto e processo e, soprattutto, il rischio delle contaminazioni degenerative, si fa poi più evidente quando il legislatore opera all'insegna e sotto la pressione delle esigenze efficientistiche e deflative del sistema. Due esempi per tutti: i riti alternativi, con la connessa esigenza di prospettare incentivi all'imputato, si ripercuotono sulla commisurazione della pena, aprendo la strada a pene che potrebbero dirsi "ingiuste" sulla base di criteri penologici e di stretta proporzionalità; la non punibilità per speciale tenuità del fatto ha, almeno al momento della sua introduzione nel sistema, suscitato qualche discussione sulla sua compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Ebbene, l'istituto della querela, come risulta a seguito dei vari interventi riformatori e in specie di quello realizzato con la legge delega n. 103/2017 e il D.Lgs. n. 36/2018, si pone per sua natura come un luogo privilegiato dei più stretti rapporti tra diritto e processo all'insegna dell'esigenza deflativa. Non c'è dubbio che la querela è un istituto bifronte poiché, da un lato (quello sostanziale), affonda le sue radici ultime addirittura nella natura dell'interesse pro-

tetto dalla norma incriminatrice e, dall'altro (quello processuale), è congegnata come una condizione di procedibilità. Il volto processuale di condizione di procedibilità le consente di svolgere egregiamente un ruolo selettivo e deflativo del sistema senza rischiare di profanare il sacro tempio dell'obbligatorietà dell'azione penale. E ciò, in verità, senza nemmeno sconvolgere le basi sostanziali della sua ragion d'essere, almeno fino a che la selezione dei reati da sottoporre alla querela non si spinga oltre limiti di ragionevolezza includendovi fatti dotati anche di un significativo disvalore pubblicistico. E non sembra questo il caso, per la verità, del reato di lesioni stradali gravi (art. 590-bis, 1° comma, c.p.) che il progetto di legge delega AC 2435 intenderebbe assoggettare alla perseguibilità a querela (art. 8, 1° comma).

Nella politica criminale delineata nella scorsa legislatura specialmente dalla L. n. 103/2017 la querela ha assunto un ruolo importante nella strategia deflativa perseguita affannosamente dal legislatore: e ciò non solo in ragione dell'incremento – invero un po' caotico e frammentario – del numero di reati oggi perseguibili a querela. Pur non essendo esente da qualche menda, la nuova disciplina della querela ne comporta infatti la valorizzazione come strumento selettivo degli "affari penali" senza però provocare distorsioni o degenerazioni dell'istituto. La perseguibilità a querela, invero, sembra essere divenuta il tacito riconoscimento di una sorta di sottosistema di tutela rimesso alla volontà delle parti private quando esse si orientino e riescano a chiudere la vicenda sul piano riparativo: s'intende, obiettivamente ed economicamente "riparativo", e non nell'impegnativo senso della *Reparative Justice*. In effetti, l'incremento dei reati perseguibili a querela realizzato con il D.Lgs. n. 36/2018 va letto in rapporto con l'introduzione della nuova causa di estinzione di cui all'art. 162-ter c.p., che – com'è noto – prevede le *condotte riparatorie*. L'ambito applicativo

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

di queste ultime coincide infatti con i reati perseguibili a querela remissibile. La combinazione sinergica dei due istituti comporta un potenziamento della valenza della querela. In effetti, non solo la perseguibilità a querela apre oggi la possibilità di una “risoluzione privata” del conflitto per un maggior numero di reati, ma sottrae questa possibilità di tutela al rischio di pressioni e abusi realizzabili con la minaccia della querela: come si sa, infatti, l’estinzione per avvenuta riparazione viene dichiarata dal giudice quando

egli ritenga adeguata la riparazione, indipendentemente dalla volontà della vittima.

In definitiva, la querela, con la sua insopprimibile duplice natura sostanziale e processuale, è divenuta oggi uno strumento che, muovendo dall’impellenza deflativa, ha assunto il significato sistemico di liberare più decisamente la giustizia penale da contaminazioni di interessi privatistici che possono trovare altrove la loro adeguata soddisfazione.

Il volto sostanziale della querela e la sua disciplina

Irene Scordamaglia

La querela è istituto cardine della giustizia penale. Per il suo porsi al confine tra il diritto penale sostanziale e il diritto penale processuale, svolge una funzione cruciale per gli equilibri del sistema penale in rapporto alle contingenti esigenze di politica criminale, riferite, di volta in volta, alla tutela di peculiari beni giuridici, alla salvaguardia degli interessi delle vittime dei reati e alle istanze di deflazione del processo penale.

Premessa

Gli istituti di diritto penale si differenziano da quelli di diritto processuale penale, perché, mentre i primi, attraverso la predisposizione del meccanismo sanzionatorio, tendono ad orientare il comportamento dei consociati, i secondi, invece, sono funzionali all’accertamento del reato e all’inflizione della relativa sanzione¹. L’illustrata distinzione perde di nitidezza, però, in relazione ad alcuni istituti: tra questi spicca quello della querela, cui è assegnato il compito di consentire l’accertamento di taluni reati, altrimenti impedito. Funzione cruciale, questa, della quale il legislatore ha dimostrato di essere ben conscio, tanto da essersi valso dello strumento disciplinato dagli artt. 120-126 c.p. e dagli artt. 336-340 c.p.p. per assicurare gli equilibri del sistema penale in rapporto alle contingenti esigenze di politica criminale, riferite, di volta in volta, alla tutela di peculiari beni giuridici, alla salvaguardia degli interessi delle vittime dei reati e alle istanze di deflazione del processo penale. Da qui, la necessità di far chiarezza sulla struttura e sul funzionamento di un istituto cardine della giustizia penale, che, proprio per il suo porsi al confine tra il diritto penale sostanziale e il diritto penale processuale, è foriero, nella prassi applicativa, di contrasti interpretativi in relazione alle norme che lo governano, come dimostrato dai recenti, numerosi, interventi del diritto vivente.

Il diritto di querela

Il diritto di querela spetta ad ogni persona offesa da un reato per il quale non si debba procedere di ufficio o dietro richiesta o istanza (art. 120 c.p.) e si estrinseca in una manifestazione di volontà con la quale il titolare chiede che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato (art. 336 c.p.p.).

La natura giuridica della querela.

A dispetto della collocazione di alcune norme che la disciplinano nel codice penale [Libro I, Titolo IV, Capo IV (*Della persona offesa dal reato*), artt. 120-126, e Titolo VI, Capo I (*Della estinzione del reato*), artt. 150-156 (in riferimento alla remissione della querela)], la querela è stata inquadrata da dottrina² e giurisprudenza³ recenti tra le *condizioni di procedibilità*, essendo stata ritenuta non un elemento della struttura del fatto-reato o incidente sulla sua punibilità, ma, piuttosto, un presupposto della procedibilità dell’azione penale⁴. Dunque, nel rimuovere un ostacolo all’esercizio da parte del pubblico ministero dell’azione penale (di regola obbligatoria *ex art. 112 Cost.*), così da tradursi, nel suo esercizio, in un atto di impulso processuale, la querela si delinea come ontologicamente diversa dalla *condizione obiettiva di punibilità* (art. 44 c.p.), il cui avverarsi si riflette, invece, sulla stessa punibilità di un fatto. Tale intrinseca diversità si coglie concretamente nel processo: l’assenza della condizione di procedibilità determina l’invalidità di tutto il processo; l’assenza della

¹ Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 27 e segg.

² (U. Dinacci, voce “Querela”, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 44; Gaito, voce “Procedibilità (condizioni di)” (dir. proc. pen.), in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 804; Gaito, voce “Querela, richiesta, istanza”, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1; Orlandi, voce “Procedibilità (condizioni di)”, in *Digesto Pen.*, X, Torino, 1995, 42; Volpe, “Querela”, in *Digesto Pen.*, X, Torino, 1995, 552; Borasi, *La querela come condizione di procedibilità*, in *Riv. Pen.*, 2010, 4, 360).

³ Cass. pen., Sez. un., 17 settembre 2012, n. 35599; Cass. pen., Sez. un., 29 dicembre 2009, n. 49783, tutte in *CED*.

⁴ Tanto è comprovato dall’inserimento di alcune norme relative all’esercizio del diritto di querela nel codice di procedura penale – Libro V, Titolo III (*Condizioni di procedibilità*) –, così giustificato

nella *Relazione al Progetto preliminare per un nuovo codice di procedura penale*: “È bensì vero che la querela è istituto di ordine chiaramente processuale e che la sistemazione delle disposizioni relative, in parte nel codice penale ed in altra parte nel codice di procedura penale, ha una discutibile giustificazione tecnica e dà luogo, inoltre, a notevoli inconvenienti; ma non è sembrato possibile inserire nel nuovo codice di procedura penale l’intera disciplina dell’istituto, perché diversamente si sarebbero create delle inammissibili duplicazioni normative [...] In definitiva, pur nella convinzione della opportunità di riunire nel codice di procedura penale tutte le disposizioni relative alle condizioni di procedibilità, si è preferito non trattare anche la materia attualmente disciplinata dal codice penale” (Lattanzi-Lupo, *Il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1991, 500).

condizione di punibilità rende invalida, invece, soltanto la sentenza, che ha inflitto illegittimamente una pena⁵.

La qualificazione della querela come condizione che consente l'esercizio dell'azione penale per un fatto-reato, già di per sé esistente e, in astratto, punibile, comporta una serie di conseguenze sul piano applicativo: I.) la circostanza aggravante del nesso teleologico (art. 61, n. 2, c.p.) è configurabile anche quando il reato-fine sia perseguibile a querela di parte e questa non sia stata presentata, poiché la *ratio* dell'aggravamento di pena sta nella maggiore pericolosità della condotta delittuosa finalizzata alla realizzazione di più fatti di reato⁶; II.) il delitto di ricettazione sussiste anche quando il reato presupposto di furto non sia punibile per difetto di querela, atteso che il fatto-reato presupposto è pienamente esistente⁷; III.) il delitto di calunnia, che è reato di pericolo, non è configurabile quando la falsa accusa abbia ad oggetto fattispecie integranti reati procedibili a querela e questa non sia presentata ovvero sia invalida, risultando, in tal caso, la condotta di per sé idonea a determinare l'avvio di un procedimento penale⁸, mentre non influisce sul delitto di calunnia già consumato la circostanza che, per intervento legislativo, il fatto oggetto della incolpazione diventi perseguibile a querela e questa non sia stata proposta⁹.

Parte della giurisprudenza di legittimità, aderendo alla c.d. *teoria della "natura mista"*, sostanziale e processuale, della querela, si è espressa affermando che la sopravvenuta procedibilità a querela di un reato – come accaduto per molte fattispecie di parte speciale per effetto dell'intervento novellatore di cui al D.Lgs. n. 36/2018 –, integrando un'ipotesi di disciplina più favorevole, dev'essere applicata nei procedimenti pendenti, salva l'insuperabile preclusione costituita dalla pronuncia di sentenza irrevocabile, ai sensi dell'art. 2, 4° comma, c.p.¹⁰. In forza del principio per il quale il mutamento nel tempo del regime di procedibilità va risolto ai sensi dell'art. 2 c.p., in tema di delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), si è stabilito che il regime di

irrevocabilità della querela previsto dall'art. 612-*bis*, 4° comma, ultima parte, c.p., introdotto dal D.L. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119, non si applica ai fatti preesistenti, la cui perseguibilità e punibilità erano rimesse alla volontà della persona offesa dal reato¹¹.

Il fondamento politico – criminale

Come reiteratamente evidenziato dal Giudice delle leggi¹², la deroga al principio generale della perseguibilità d'ufficio dei delitti risponde a differenti esigenze e a diversi criteri di politica criminale: fra questi l'opportunità di lasciare la scelta di adire la giustizia penale al titolare del bene giuridico leso, in ipotesi di reati di non allarmante gravità, in considerazione della tenuità dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale, ovvero al soggetto passivo dei reati contro la libertà sessuale, contro la libertà morale e la tranquillità della vita personale (art. 612-*bis* c.p.) o commessi in danno di congiunti (art. 649, 2° comma, c.p.), pur in presenza di un rilevante interesse pubblico al loro accertamento, in considerazione dell'emersione di fatti attinenti alla vita privata dell'offeso o ai suoi rapporti personali con l'imputato. Si tratta di esigenze il cui apprezzamento, in riferimento alle valutazioni circa il regime di procedibilità dei reati che le involgono, spetta, in via esclusiva, alla discrezionalità del legislatore, che la esercita mediante un complesso bilanciamento d'interessi, non sindacabile salva la sua manifesta irrazionalità. *Non irragionevoli*, ad esempio, sono state ritenute le scelte di subordinare la perseguibilità d'ufficio dei delitti contro la libertà sessuale alla *connessione* "con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio" (art. 609-*septies*, 4° comma, n. 4, c.p.), in considerazione dell'inevitabile diffusione della notizia del fatto integrante il delitto perseguibile a querela per effetto dell'accertamento del connesso delitto perseguibile d'ufficio¹³, e di prevedere l'irrevocabilità della querela nei reati

⁵ Gaito, *Procedibilità*, cit., 804.

⁶ Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 52135; Cass. pen., Sez. V, 30 marzo 2015, n. 13546; Cass. pen., Sez. II, 21 agosto 2012, n. 32862; Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2003, n. 36971: tutte in *CED*. In particolare, in tema di lesioni personali, l'aggravante di cui all'art. 576, 1° comma, n. 5.1, c.p. – l'aver commesso il fatto da parte di chi sia l'autore del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. nei confronti della medesima persona offesa – è configurabile anche se sia stata rimessa la querela per il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. (Cass. pen., Sez. V, 19 settembre 2013, n. 38690, in *CED*).

⁷ Cass. pen., Sez. II, 5 luglio 2019, n. 29449; Cass. pen., Sez. II, 10 settembre 2010, n. 33478; Cass. pen., Sez. II, 27 giugno 2006, n. 22555: tutte in *CED*.

⁸ Cass. pen., Sez. VI, 27 giugno 2019, n. 28231; Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2018, n. 335: tutte in *CED*; per Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 2018, n. 22309, in *CED* configura il delitto di calunnia la falsa incolpazione di reati procedibili a querela anche se questa sia stata presentata tardivamente, qualora per l'accertamento dell'insussistenza della causa di procedibilità si renda comunque necessario l'avvio del procedimento penale e lo svolgimento di accertamenti che richiedano apposite indagini.

⁹ Cass. pen., Sez. VI, 17 dicembre 1988 in *CED*.

¹⁰ Cass. pen., Sez. un., 7 settembre 2018, n. 40150, in *CED*; Cass. pen., Sez. II, 13 maggio 2020, n. 14987, in *CED*, in tema di sopravvenuta procedibilità a querela del reato di appropriazione indebita per effetto del D.Lgs. 15 maggio 2018, n. 36; Cass. pen., Sez. V, 21 maggio 2019, n. 22143, in *CED*, secondo cui, a seguito della modifica, introdotta dal D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36, del regime di procedibilità

nei procedimenti in corso per il delitto di minaccia grave che non rientri nelle ipotesi di cui all'art. 339 c.p., l'intervenuta remissione della querela comporta l'obbligo di dichiarare la non procedibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.; Cass. pen., Sez. II, 4 gennaio 2019, n. 225, in *CED*, con nota di A. Natalini, *Prima applicazione del mutato regime di procedibilità*, in *Guida Dir.*, 2019, 9, 73.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 3019; Cass. pen., Sez. V 3 novembre 2015, n. 44390: tutte in *CED*.

¹² Corte cost., sentenza, 27 giugno 1974, n. 216; ordinanza 8 luglio 1987, n. 294; sentenza 14 gennaio 1987, n. 7.

¹³ Vi è contrasto interpretativo sulla questione se la connessione cui allude l'art. 609-*septies*, 4° comma, n. 4 c.p. sia soltanto quella processuale o anche quella investigativa. L'orientamento maggioritario sostiene che, ai fini della perseguibilità d'ufficio dei reati di violenza sessuale, la connessione di cui si discute sia anche quella meramente investigativa di cui all'art. 371, 2° comma, c.p.p. (Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2018, n. 56666 in *CED*; Cass. pen., Sez. III, 11 marzo 2015, n. 10217, in *Foro It.*, 2015, 5, II, 270, con nota di Leineri, *Violenza sessuale, atti sessuali con o in presenza di minorenni, divulgazione di generalità o immagine della persona offesa*; Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 2856 e Cass. pen., Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 2876: tutte in *CED*). L'orientamento minoritario assume, invece, che la procedibilità d'ufficio dei reati di violenza sessuale, per connessione con altro reato procedibile d'ufficio, presuppone l'esistenza di un collegamento secondo la previsione di cui all'art. 12 c.p.p., perché il riferimento a ogni forma "atipica" di connessione si risolve in una interpretazione in '*malam partem*', esclusa in campo penale (Cass. pen., Sez. II, 9 agosto 2011, n. 31604, in *Cass. Pen.*, 2012, 12, IV,

sessuali (art. 609-*septies*, 3° comma, c.p., ante L. n. 66/1996 art. 542, 2° comma, c.p.), la tutela della riservatezza della vittima venendo meno quando, in seguito alla proposizione dell'atto di impulso processuale, il fatto acquista carattere di pubblicità¹⁴.

Con il D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36 (*Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 16°, lett. a) e b), e 17°, L. 23 giugno 2017, n. 103*) – in Gazz. uff. n. 95 del 24 aprile 2018, vigente dal 9 maggio 2018 – si è perseguito lo scopo di ricercare: “Un punto di equilibrio e mediazione tra contrapposte esigenze: quella di evitare che, nel rispetto del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, si determinino meccanismi repressivi automatici che impediscano qualsiasi possibilità di governo effettivo dei fatti realmente offensivi e meritevoli di tutela penale; quella di far emergere l'interesse privato alla punizione del colpevole, onde evitare il rischio che restino impuniti fatti comunque lesivi di beni primari o che resti frustrata l'esigenza di ristoro, anche morale, della vittima del reato e quella di perseguire una logica riduzione dei carichi processuali e una incentivazione delle ipotesi conciliative che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio”¹⁵. Incentivazione dei meccanismi conciliativi che si pone in linea di continuità con l'introduzione nel codice penale, ad opera dell'art. 1, 1° comma, L. n. 103/2017, dell'art. 162-*ter* c.p. “Estinzione del reato per condotte riparatorie”, che conferisce al giudice il potere di dichiarare estinto il reato – “procedibile a querela soggetta a remissione” (art. 152 c.p.), allorché la remissione non abbia avuto luogo –, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del procedimento di primo grado, il danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Nel dare attuazione alla delega, il Governo si è attenuto al principio di estendere la procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'art. 610 c.p., e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio qualora ricorra una delle seguenti condizioni: 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità; 2) siano contestate circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero

le circostanze indicate nell'art. 339 c.p.; 3) nei reati contro il patrimonio, allorché il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

Sul presupposto della “piena fungibilità tra la nozione di malattia e quella di incapacità”, il decreto in disamina ha mantenuto, quindi, la procedibilità di ufficio in relazione a taluni reati (lesioni personali lievi, lesioni personali stradali, lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, omissione di soccorso, stato di incapacità procurato mediante violenza): tanto in ossequio al criterio di delega che imponeva il mantenimento della procedibilità d'ufficio nell'ipotesi in cui “la persona offesa sia incapace per età o per infermità”. La dottrina¹⁶ ha, tuttavia, aspramente criticato la scelta governativa, rilevando come, con il riportato sintagma, il legislatore delegante avesse inteso riferirsi alle sole ipotesi in cui le peculiari condizioni di vulnerabilità della persona offesa fossero preesistenti alla condotta criminosa e di esse il soggetto attivo del reato avesse approfittato per rendere più agevole la commissione del reato.

Le norme di cui agli artt. 623-*ter* e 649-*bis* c.p. prevedono, poi, la conservazione della procedibilità d'ufficio per i reati in esse elencati, normalmente perseguibili a querela di parte, nei casi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale [tra cui, la finalità di terrorismo e di eversione, di cui all'art. 1, D.L. n. 625/1979, di mafia, di cui all'art. 7, D.L. n. 152/1991, o di discriminazione razziale, etnica e religiosa di cui all'art. 3, D.L. n. 122/1993, in conformità al criterio di delega di cui all'art. 1, 16° comma, lett. a), n. 2, L. 23 giugno 2017, n. 103]. Poiché le diverse ipotesi di recidiva previste dall'art. 99, commi 2°, 3° e 4°, c.p. integrano circostanze aggravanti ad effetto speciale, è sorto contrasto giurisprudenziale sulla soluzione della questione se, ove contestate in riferimento ai reati resi procedibili a querela di parte, ne determinino la procedibilità di ufficio: il contrasto è stato risolto, in senso affermativo, dalle Sezioni unite Penali della Suprema Corte, che, con la sentenza n. 3585 del 24 settembre 2020 (dep. il 29 gennaio 2021) hanno affermato il principio di diritto così enunciato: “Il riferimento alle circostanze aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-*bis* c.p., ai fini della procedibilità d'ufficio per i delitti menzionati nella stessa disposizione, comprende anche la recidiva qualificata - aggravata, pluriaggravata e reiterata - di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma, c.p.”¹⁷, a favore della soluzione

4122, con nota di Bendoni, *La procedibilità d'ufficio dei reati di violenza sessuale per ragioni di connessione*. In tema di atti persecutori, la giurisprudenza di legittimità è, invece, unanime nel ritenere che la connessione che lo rende procedibile d'ufficio, ai sensi dell'art. 612-*bis*, 4° comma, c.p. è da intendersi nel senso di necessaria interferenza fattuale ed investigativa tra il reato procedibile d'ufficio e quello di *stalking* (Cass. pen., Sez. V, n. 39758/2017; Cass. pen., Sez. V, n. 14692/2013), purché le indagini sul reato procedibile d'ufficio siano state effettivamente avviate e quand'anche all'esito del giudizio i relativi fatti siano stati diversamente qualificati (Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2017, n. 55807; Cass. pen., Sez. V, 31 agosto 2017, n. 39758; Cass. pen., Sez. I, 23 luglio 2014, n. 32787; Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2013, n. 14692: tutte in CED).

¹⁴ Corte cost., sentenza 27 giugno 1974, n. 216.

¹⁵ Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica

della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati (art. 475-*bis*). Relazione illustrativa, 20 febbraio 2018, reperibile sul sito www.documenti.camera.it.

¹⁶ Gargani, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 5, 579, che ha citato, a sostegno della tesi propugnata, il parere della Commissione Giustizia della Camera all'atto del Governo n. 475 reso in data 6 dicembre 2017.

¹⁷ In CED: in motivazione, la Corte ha precisato che la valutazione di equivalenza o di subvalenza della recidiva qualificata rispetto alle circostanze attenuanti, nell'ambito del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69 c.p., non ne elide la sussistenza né gli effetti prodotti ai fini del regime di procedibilità, sicché non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata.

negativa¹⁸, militava il principio, enunciato dalle Sezioni unite Paolini (sentenza 16 marzo 1987, n. 3152), secondo cui: “La recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d’ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato”¹⁹; in senso contrario²⁰, orientava il principio, enunciato dalle Sezioni unite Calibè (sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738, Calibè), secondo cui: “La recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero”, tanto facendo ritenere che, trattandosi di elemento rientrante nella contestazione del reato unitariamente considerato, non avrebbe potuto non incidere – come per la determinazione del tempo necessario a prescrivere il reato (art. 157, 2° comma, c.p.) e della pena agli effetti dell’applicazione delle misure cautelari personali (art. 278, ultima parte, c.p.p.) – anche sulla determinazione del regime di procedibilità del reato²¹.

Lo spirito della riforma del 2018, che aveva soffiato nel senso della procedibilità a querela di parte di tutte quelle fattispecie nelle quali assumono rilievo interessi e relazioni di carattere strettamente personale, si è sopito con la L. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge “Spazzacorrotti”), che ha ripristinato la procedibilità d’ufficio per i reati contro il patrimonio in presenza di un danno particolarmente rilevante²².

Pressoché unanimi sono state le riserve espresse in dottrina²³ circa la capacità della querela di fungere da criterio selettivo delle scelte legislative ispirate a finalità di deflazione del sistema penale²⁴. Del pari ampiamente condivise sono state le critiche formulate in ordine alla previsione della procedibilità a querela di fattispecie suscettibili di incidere anche su interessi di rilievo pubblicistico o, soprattutto, nelle quali la parte offesa venga a trovarsi in una situazione obiettivamente sbilanciata rispetto all’autore del reato (si pensi alle ipotesi in cui questi rivesta la qualifica di pubblico ufficiale), tanto traducendosi in un sostanziale tradimento dell’obiettivo della riforma: ossia attuare la

deflazione mediante la composizione della conflittualità fra soggetti privati. Non pochi sono stati i dubbi avanzati, infine, circa l’efficacia della riforma, avuto riguardo al collegamento della procedibilità d’ufficio all’incapacità/infermità della persona offesa” e alla “rilevante gravità del danno”, venendo in rilievo concetti estremamente generici, atti a consentire valutazioni ampiamente discrezionali²⁵. Ciò, a volere tenere in disparte i rilievi in punto di *deficit* di coerenza delle scelte legislative effettuate nell’arco di brevissimo tempo: le impellenti esigenze di deflazione del sistema penale mal si conciliano, infatti, come anticipato, con il crescente rigore della riforma del 2019 (legge “Spazzacorrotti”), che, modificando, a talune condizioni, il regime di procedibilità dei reati contro il patrimonio, non ha tenuto in adeguata considerazione proprio la connotazione prettamente privatistica degli interessi in gioco, la quale era stata, invece, posta a fondamento della riforma del 2018²⁶.

La titolarità

Il diritto di querela spetta al soggetto titolare dell’interesse direttamente protetto dalla norma incriminatrice²⁷ e non al soggetto danneggiato dal reato, ossia al terzo che, per avere subito un danno in conseguenza dell’illecito, è legittimato solamente ad esercitare l’azione civile ai sensi dell’art. 2043 c.c.²⁸. Così è titolare del diritto di querela: nel delitto di circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.), nei casi previsti dall’art. 649, 2° comma, c.p., l’incapace stesso, non anche il terzo che abbia subito danni in conseguenza degli atti dispositivi da questi posti in essere²⁹; nel delitto di violazione colposa dei doveri inerenti alla custodia (art. 388-*bis* c.p.), il soggetto in favore del quale è stato disposto il pignoramento, ovvero il sequestro giudiziario o conservativo, in quanto portatore dell’interesse al positivo svolgimento dell’attività esecutiva o cautelare, non l’ufficiale giudiziario³⁰; nel delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice riguardante l’affidamento dei figli (art. 388 c.p.), il genitore interessato all’osservanza

¹⁸ La contestazione della recidiva non esclude la perseguibilità a querela del reato di truffa, in quanto essendo la detta recidiva una circostanza soggettiva inerente esclusivamente alla persona dell’imputato, resta estranea al fatto-reato e non può, quindi, essere compresa nelle circostanze aggravanti che, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 640 c.p., – introdotto con l’art. 98, L. 24 novembre 1981, n. 689 – rendono il reato di truffa procedibile d’ufficio (Cass. pen., Sez. II, 22 gennaio 1987, n. 687, in CED).

¹⁹ Melchionda, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro It.*, 1987, 12, 2, 680; E. Dinacci, *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giust. Pen.*, 1988, 3, 2, 65.

²⁰ Per la tesi secondo cui il delitto di truffa è perseguibile d’ufficio e non a querela allorché sia stata contestata la recidiva che rientra tra le circostanze aggravanti soggettive (Cass. pen., Sez. VI, 29 novembre 1989, n. 16703, in CED).

²¹ Borasi, *Osservazioni sulla (nuova) procedibilità a querela*, in *Riv. Pen.*, 2018, 6, 527.

²² Ubaldini, *Presentato alla camera il nuovo Disegno di Legge in materia di corruzione (c.d. ‘Spazzacorrotti’)*, in *www.penalecontemporaneo.it* (2 ottobre 2018); Chiantini, *Le recenti modifiche al regime di procedibilità dei delitti contro il patrimonio*, in *www.discrimen.it* (3 maggio 2019).

²³ Amato, *Uno sforzo di tipo deflattivo a portata limitata*, in *Guida Dir.*, 2018, 4, 22, Angelini, *La Querela: “strumento” processuale volto a finalità deflative piuttosto che alla tutela della vittima del reato. È questo il traguardo della politica criminale italiana?*, in *Arch. Pen. online*, 2017, 8; Giunta, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso*

un cambio di passo della deflazione in concreto?, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 473 e segg.; Iasevoli, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in *Leg. pen.*, 2017, 12; Masullo, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l’interesse privato alla punizione del colpevole*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 4, 134; Mazza, *Estensione della procedibilità a querela e novità in tema di casellario giudiziale*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge n. 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 257; Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge n. 23 giugno 2017, n. 103* a cura di Scalfati, Torino, 2017.

²⁴ In tal senso già Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, Milano, 1993 e, di recente, Pelissero, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 1.

²⁵ Gargani, *Riforma Orlando*, cit. 579.

²⁶ Pontepino, *La “dubbia” configurabilità dell’appropriazione indebita d’uso*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2021, 1, 87.

²⁷ Cass. pen., Sez. II, 13 dicembre 2018, n. 55945, in CED.

²⁸ Si è, tuttavia, affermato che anche il terzo danneggiato dal delitto di truffa è legittimato a proporre querela nell’ipotesi in cui fosse destinato a divenire intestatario e detentore della cosa oggetto materiale del reato (Cass. pen., Sez. II, 29 ottobre 2019, n. 43910, in CED).

²⁹ Cass. pen., Sez. II, 3 maggio 2013, n. 19180, in CED.

³⁰ Cass. pen., Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 31567, in CED.

del provvedimento e non il minore, in quanto l'interesse tutelato è quello relativo all'esercizio delle prerogative genitoriali³¹; nel delitto di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.), ove integrato dall'inadempimento dell'obbligazione nascente da una polizza fideiussoria, il terzo garantito che abbia azione diretta nei confronti del garante³²; nel delitto di minaccia (art. 612 c.p.), chi subisca una diminuzione della propria libertà morale o psichica, ancorché il destinatario del male ingiusto prefigurato sia un familiare³³; nel delitto di false comunicazioni sociali (art. 2622 c.c.) il socio che ne sia destinatario, in quanto titolare del diritto a ricevere un'informazione corretta ed attinto dal detrimento patrimoniale derivante dall'illecito³⁴.

La legittimazione a proporre querela è stata, però, riconosciuta anche: nel delitto di esercizio arbitrario delle private ragioni con violenza sulla cosa (art. 392 c.p.), a chi eserciti sulla cosa stessa uno *ius possessionis*, espressione di una diretta relazione con quella³⁵; nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.), al soggetto nei cui confronti si eserciti arbitrariamente il preteso diritto³⁶; nel delitto di sottrazione di minori, al tutore e al curatore, con esclusione dei soggetti che ne abbiano la sola vigilanza o custodia³⁷; nel delitto di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), al soggetto avente la materiale disponibilità dell'immobile³⁸; nel delitto di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis c.p.), a chiunque, nel luogo violato, compia abitualmente atti della vita privata³⁹; nel delitto di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), al soggetto, diverso dal proprietario, che, detenendo legittimamente ed autonomamente la cosa, ne abbia fatto consegna a colui che se ne sia appropriato illegittimamente⁴⁰. In particolare, nei delitti contro il patrimonio commessi dal legale rappresentante ai danni della società, la legittimazione alla proposizione della querela è riconosciuta anche al singolo socio⁴¹: così, nel delitto di infedeltà patrimoniale dell'amministratore (art. 2634 c.c.), la detta legittimazione è stata riconosciuta alla società nel suo complesso e, disgiuntamente, al singolo socio, posto che la condotta dell'amministratore infedele è diretta a compromettere gli interessi della società, ma anche, e soprattutto, quelli dei singoli soci che per l'infedele attività dell'amministratore subiscono l'impoverimento del proprio patrimonio⁴².

In tema di furto, le Sezioni unite della Suprema Corte, con la sentenza 30 settembre 2013, n. 40354, Sciuscio,⁴³ hanno enunciato il principio di diritto secondo cui, poiché nel delitto di furto il bene giuridico protetto è individuabile non solo nella proprietà o nei diritti reali personali o di godimento, ma anche nel possesso, inteso come relazione di fatto con la cosa, che non ne richiede la diretta fisica disponibilità e che si configura anche in assenza di un titolo giuridico e, persino, quando essa si costituisce in modo clandestino o illecito, anche al titolare di tale posizione di fatto spetta la qualifica di persona offesa e, di conseguenza, la legittimazione a proporre querela. Ponendo fine ad un annoso contrasto interpretativo sul tema della identificazione della persona offesa nel delitto di furto e, quindi, sulla questione della titolarità o, almeno, della legittimazione a proporre querela⁴⁴, la Corte ha individuato l'interesse protetto nel delitto di furto in una qualificata relazione di fatto con il bene e, conseguentemente, ha designato come soggetto passivo del reato la persona che tale relazione intrattiene. Ha, quindi, colto il tratto essenziale di tale relazione di fatto (il cd. "possesso penalistico") nella signoria sulla cosa che consente di fruirne e disporre in modo indipendente, al di fuori della sfera di vigilanza e controllo di una persona che abbia su di essa un potere giuridico maggiore; e ciò senza che sia necessario un rapporto fisico con il bene (configurandosi il furto della valigia in danno del possessore anche se essa è nelle mani del portabagagli che è, invece, mero detentore) ovvero senza che la detta relazione sia sorretta da base giuridica, assumendo rilievo anche quella clandestina o illecita (costituisce furto pure la sottrazione della refurtiva al ladro). D'altra parte, la possibilità che su una stessa *res* convergano sia situazioni giuridiche soggettive (come quella del proprietario), che situazioni di fatto (quale quella del detentore qualificato), implica che queste facciano capo a diverse persone, le quali, ove ciò si verifichi, sono tutte persone offese e tutte legittimate a proporre querela.

Nell'ambito di tale generale tematica, il diritto vivente ha affrontato e risolto la questione della legittimazione alla proposizione della querela da parte del responsabile dell'esercizio commerciale. Si è affermato, al riguardo, che integra una qualificata relazione di fatto quella del responsabile dell'esercizio commerciale rispetto alle cose ivi poste in vendita, in

³¹ Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2017, n. 46483, in *CED*.

³² Cass. pen., Sez. II, 30 novembre 2016, n. 50996, in *CED*.

³³ Cass. pen., Sez. V, 2 settembre 1983, n. 7339, in *CED*.

³⁴ Cass. pen., Sez. II, 13 ottobre 2011, n. 36924, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1122, con nota di Trucano, *Sulla persona offesa dalle false comunicazioni sociali*; Cass. pen., Sez. V, 14 luglio 2010, n. 27296, in *CED*.

³⁵ Cass. pen., Sez. VI, 11 giugno 2014, n. 24641, in *CED*.

³⁶ Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 2004, n. 21090, in *CED*; Cass. pen., Sez. II, 12 dicembre 2003, n. 47672, in *CED*, secondo cui, in ipotesi di locazione di immobili, la legittimazione a proporre querela spetta al conduttore dell'immobile e al suo convivente.

³⁷ Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 48092, in *CED*.

³⁸ Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2015, n. 5592, in *CED*.

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2003, n. 18058 (secondo cui la legittimazione a proporre querela spetta anche al coniuge della persona fotografata), in *Fam. e Dir.*, 2003, 4, 331, con nota di Foladore, *Bene protetto e soggetti passivi nel reato di interferenze illecite nella vita privata*.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. II, 19 maggio 2016, n. 20776, in *CED* (In tema di appropriazione indebita di un'autovettura in *leasing*).

⁴¹ Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11970, in *CED*.

⁴² Cass. pen., Sez. V, 23 agosto 2016, n. 35384, in *CED*.

⁴³ In *Giur. It.*, 2013, 10, 1988, con nota di Fumu, *Furto aggravato*; in *Cass. Pen.* 2014, 9, 4.1, 2927, con nota di Mazzantini, *Furto in supermercato: persona offesa e aggravante del mezzo fraudolento*; in *Dir. Pen. Proc.* 2014, 2, 178, con nota di Vitelli, *Furto al supermercato e mezzo fraudolento: in rilievo il principio di offensività*.

⁴⁴ All'orientamento fautore della tesi secondo la quale la legittimazione a proporre querela sarebbe spettata *tout court* al titolare dello *ius possessionis* sulla cosa rubata, posto che il possesso tutelabile in sede penale ha un'accezione più ampia di quella civilistica, includendo non solo il possesso *animo domini* ma qualsiasi rapporto di fatto con la cosa esercitato in modo autonomo ed indipendente (Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 1037; Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2010, n. 41592; Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2009, n. 26220: tutte in *CED*), si contrapponeva quello che sosteneva che la detta legittimazione potesse essere riconosciuta ad un soggetto diverso dal proprietario della cosa solo previa verifica, effettuata di volta in volta, degli specifici poteri attribuitigli dal titolare del diritto dominicale (Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 44842; Cass. pen., Sez. II, 9 novembre 2006, n. 37214; Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2005, n. 45329, tutte in *CED*).

quanto contrassegnata dal potere di custodire, gestire, alienare il bene: donde, questi è persona offesa del furto e legittimato alla proposizione della querela. In applicazione di tali principi, la giurisprudenza successiva ha stabilito che, ai fini della procedibilità di un furto commesso all'interno di un supermercato, non solo il responsabile dell'esercizio commerciale, ma anche il capo reparto, nonché qualsiasi addetto alle vendite, come pure il responsabile della sicurezza, rientra nella nozione di persona offesa, come tale legittimata a proporre querela, ove si trovi in una particolare relazione qualificata con il bene che comporti un autonomo potere di custodirlo e venderlo: ciò ancorché non sia munito dei poteri di rappresentanza del proprietario⁴⁵.

La dottrina ha condiviso l'illustrato approdo interpretativo, per essere stato colto il disvalore del furto nella violazione di un bene giuridico che racchiude un caleidoscopio di situazioni soggettive meritevoli di tutela e per essere stata offerta, attraverso l'estensione della legittimazione a proporre la querela ai titolari di posizioni di mero fatto rispetto alla *res*, una soluzione che consente di recuperare l'interesse sostanziale alla repressione del reato⁴⁶.

Delle indicazioni direttive impartite con la sentenza Sciuscio si è fatto uso anche fuori dalla specifica materia interessata dalla pronuncia. In tema di furto commesso su beni facenti parte della massa fallimentare di una società di capitali dichiarata fallita, si è affermato, da parte della giurisprudenza di legittimità, che è legittimato a proporre querela non solo il curatore ma anche l'amministratore della persona giuridica che, seppure privata della disponibilità dei beni, ne mantiene la proprietà e il possesso, "giacché la redazione dell'inventario da parte del curatore fallimentare, attraverso il quale vengono individuati, elencati, descritti e valutati i beni della massa, non comporta la materiale apprensione delle cose da parte del curatore, il quale ne diviene mero detentore, senza alcuna sottrazione 'ope legis' delle stesse al fallito"⁴⁷, e, in tema furto commesso all'interno di uno stabilimento, la legittimazione a proporre querela è stata riconosciuta al custode in quanto titolare di una posizione di detenzione materiale qualificata della cosa⁴⁸. Nel delitto di truffa, il diritto di querela è stato riconosciuto, indipendentemente dalla formale attribuzione del potere di rappresentanza, anche all'addetto di un esercizio commerciale che si sia personalmente occupato, trovandosi al bancone di vendita, della transazione commerciale con cui si è consumato il reato, assumendo egli, in quel frangente, la responsabilità in prima persona dell'attività del negozio e

rivestendo, pertanto, la titolarità di fatto dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice⁴⁹.

Il termine

La norma di cui all'art. 124, 1° comma, c.p. stabilisce che il diritto di querela non può essere esercitato decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato, salvo che la legge disponga altrimenti. La dottrina⁵⁰ ne ha individuato la *ratio* nella duplice necessità di impedire che l'offensore rimanga troppo a lungo in balia dell'offeso e di assicurare al soggetto passivo del reato un congruo lasso di tempo per compiere le proprie valutazioni circa l'opportunità di promuovere un procedimento penale. Un più lungo termine è previsto per il delitto di violenza sessuale (dodici mesi *ex art. 609-septies*, 2° comma, c.p.⁵¹) e per quello di atti persecutori (sei mesi *ex art. 612-bis*, 4° comma, c.p.), allo scopo di concedere alle vittime di fatti riguardanti la sfera di riservatezza di avere un più ampio *spatium deliberandi*.

Il detto termine, che è perentorio e, quindi, stabilito a pena di decadenza, decorre dal momento in cui l'offeso abbia avuto *conoscenza precisa, certa e diretta* del fatto delittuoso, in maniera da possedere tutti gli elementi di valutazione onde determinarsi, di modo che, nel caso di più persone offese, lo stesso decorre *autonomamente* a partire dal momento della *personale*⁵² conoscenza del fatto-reato da parte di ciascuna di esse. Per "notizia del fatto che costituisce il reato" deve intendersi la conoscenza certa del fatto-reato, non solo nella sua materialità, ma anche in riferimento all'identità dell'autore del reato, trattandosi di elemento imprescindibile per le valutazioni della persona offesa: pertanto, se per acquisirne la conoscenza siano necessari accertamenti, il termine *ex art. 124 c.p.* decorre dall'esito di tali indagini⁵³, con la precisazione, tuttavia, che, in ipotesi di '*ignoti identificabili*', che ricorre quando la parte lesa sia già in possesso di elementi oggettivi per l'identificazione dell'autore del reato, occorre avere riguardo al momento in cui la stessa sia in grado di attivarsi per giungere a tale conoscenza, incombindole un onere di accertamento in ordine all'identità del soggetto attivo del reato⁵⁴. La decorrenza del termine per la proposizione della querela è, altresì, differita quando la persona offesa debba compiere accertamenti anche al fine di acquisire la consapevolezza della illiceità penale del fatto, ma tale differimento può protrarsi solo per il tempo strettamente necessario al compimento di tali verifiche, non potendo farsi discendere dalla sua inerzia la produzione di effetti sfavorevoli per l'imputato⁵⁵: ciò tanto più che il contenuto della

⁴⁵ Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 2019, n. 3736; Cass. pen., V, 15 marzo 2018, n. 11968; Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 8094: tutte in *CED*.

⁴⁶ Mazzantini, *Furto in supermercato: persona offesa e aggravante del mezzo fraudolento*, cit., 2927.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2019, n. 34802, in *CED*; Cass. pen., Sez. V, 9 giugno 2017, n. 28746, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2017, 6, 1022, con nota di Lucariello, *Il diritto di presentare querela nell'interesse della società fallita*.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 55025, in *CED*.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. II, 29 novembre 2016, n. 50725; Cass. pen., Sez. II, 6 settembre 2016, n. 37012: tutte in *CED*.

⁵⁰ U. Dinacci, *Querela*, cit., 56; Gaito, *Querela*, cit., 1040; Saponaro, voce "*Querela*", in *Digesto Pen.*, Agg., III, t. 2, Torino, 2005, 1278; Volpe, voce "*Querela*", cit., 583.

⁵¹ Il termine di dodici mesi – che ha sostituito quello originariamente previsto di sei mesi – è stato inserito dall'art. 13, 4° comma, lett. b), L. 19 luglio 2019, n. 69 (cd. '*Codice Rosso*').

⁵² Le Sezioni unite penali della S.C., con la sentenza 16 marzo 2018, n. 12213, in tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, hanno affermato che il termine per proporre la querela decorre dal momento della conoscenza *personale e diretta* del fatto da parte del creditore.

⁵³ Cass. pen., Sez. II, 11 settembre 2019, n. 37584 e Cass. pen., Sez. V, 11 novembre 2014, n. 46485, entrambe in *CED*.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2009, n. 25986 e Cass. pen., Sez. V, 14 agosto 2008, n. 33466, entrambe in *CED*.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. II, 20 febbraio 2017, n. 7988 e Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2015, n. 17104, entrambe in *CED*.

querela può essere successivamente integrato, a condizione che in essa sia stato sufficientemente specificato, nei suoi elementi costitutivi, il fatto di reato⁵⁶.

Complessa è l'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di querela nei reati di durata, in considerazione della difficoltà di stabilire il *tempus commissi delicti*⁵⁷.

Nel reato permanente, il diritto di presentare querela può essere esercitato dall'inizio della permanenza fino alla decorrenza del termine di tre mesi dal giorno della sua cessazione⁵⁸. Tenuto conto della sua intrinseca struttura unitaria, che fa sì che la sua consumazione si protragga fino al perdurare della condotta antiggiuridica, la querela deve, quindi, considerarsi tempestiva, sia con riferimento al periodo pregresso rispetto alla sua presentazione, sia con riferimento al periodo successivo⁵⁹. Poiché, in particolare, la permanenza si protrae fino alla sentenza di primo grado, salvo che la condotta antiggiuridica non si sia interrotta precedentemente⁶⁰, nell'ipotesi in cui il soggetto commetta fatti aggiuntivi (come accade, ad esempio, in ipotesi di inadempimento degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p.), non è necessario che la parte lesa presenti ulteriore querela, quando nella contestazione del reato permanente sia indicata la sola data del suo accertamento⁶¹.

Nel reato abituale, in cui il fatto incriminato è integrato da una pluralità di condotte che si ripetono nel tempo in maniera significativa e che danno vita ad un'entità dalla struttura complessa, ma unitaria, come tale autonomamente rilevante, occorre distinguere il momento in cui la condotta, sola o unitamente alle precedenti, supera il livello minimo di rilevanza penale – c.d. 'perfezionamento o inizio della consumazione' – da quello in cui le condotte raggiungono la massima espansione unitaria – c.d. 'consumazione o sua fine' –, posto che, ai fini della presentazione della querela, se ad essa può legittimamente farsi luogo sin dal momento in cui è superato il livello minimo di rilevanza penale, il relativo termine finale decorre dall'ultima delle condotte abituali. In ipotesi di reati abituali di evento, come quello di "Atti persecutori" (art. 612-bis c.p.), tale termine decorre dal verificarsi dell'evento stesso⁶², inteso come l'effetto delle condotte abituali nel loro insieme considerate, tanto che, secondo la maggioritaria giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi di "contestazione aperta", il giudizio di penale responsabilità dell'imputato può estendersi, senza necessità di modifica dell'originaria imputazione, an-

che a fatti verificatisi successivamente alla presentazione della denuncia-querela e accertati nel corso del giudizio, non determinandosi, in tal caso, una trasformazione radicale della fattispecie concreta nei suoi elementi essenziali, tale da ingenerare incertezza sull'oggetto dell'imputazione e da pregiudicare il diritto di difesa⁶³. In tal caso, il termine finale di consumazione del reato abituale, si è fatto coincidere con quello della pronuncia della sentenza di primo grado che cristallizza l'accertamento processuale, così da escludersi la violazione del principio del "*ne bis in idem*" in caso di nuova condanna per fatti successivi alla data della prima pronuncia⁶⁴.

Invocando il principio di *unitarietà strutturale* del reato abituale⁶⁵, in tema di procedibilità del delitto di atti persecutori, la Suprema Corte ha stabilito che, nell'ipotesi in cui il presupposto della reiterazione venga integrato da condotte poste in essere oltre i sei mesi previsti dalla norma rispetto alla prima o alle precedenti condotte, la querela estende la sua efficacia pure a tali pregresse condotte, indipendentemente dal decorso del termine di sei mesi per la sua proposizione, previsto dall'art. 612-bis, 4° comma, c.p.⁶⁶, e che, anche nell'ipotesi in cui il detto presupposto venga integrato da condotte poste in essere dopo la proposizione della querela, la condizione di procedibilità si estende anche a queste ultime⁶⁷.

La dottrina⁶⁸ ha criticato gli illustrati approdi della giurisprudenza di legittimità in tema di atti persecutori, sostenendo che si sia fatta un'utilizzazione strumentale della figura del reato abituale per superare le strettoie del principio di legalità e di quello della sottoposizione del presunto autore del reato al rischio di essere perseguito penalmente soltanto per un tempo ragionevole.

Della preservazione dell'individualità di ciascun reato, avvinto ad altri per effetto dell'applicazione dell'istituto della continuazione, va tenuto conto, invece, ai fini dell'esercizio del diritto di querela e del diritto di rinunziarvi. La giurisprudenza di legittimità ha, in tal senso, affermato che, in tema di *reato continuato*, da considerarsi fenomeno unitario solo per i limitati fini previsti espressamente dalla legge, il termine per proporre querela decorre autonomamente dalla data di consumazione di ogni singolo reato ovvero dal momento in cui la persona offesa ne ha avuto conoscenza certa, non dall'ultimo momento consumativo della continuazione⁶⁹: questo perché, pur in presenza di un unico disegno criminoso, ogni episodio delittuoso ha

⁵⁶ Cass. pen., Sez. III, 9 dicembre 2019, n. 49789 e Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2013, n. 29378, entrambe in CED.

⁵⁷ In dottrina, Bisacci, *Incertezze interpretative in tema di decorrenza del termine di presentazione della querela nei reati di durata*, in Cass. Pen., 2011, 5, 1759; Cocco, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2017, 2, 374;

⁵⁸ Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2241, in CED.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. II, 8 maggio 2018, n. 20132 e Sez. II, 23 novembre 2010, n. 41401, entrambe in CED.

⁶⁰ Cass. pen., Sez. un. 17 maggio 1971, Sasso, in CED.

⁶¹ Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 1994, Polizzi e Cass. pen., Sez. VI, 5 settembre 1996, n. 8294, entrambe in CED.

⁶² Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2016, n. 12509; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2015, n. 17082 entrambe in CED.

⁶³ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2020, n. 17350; Cass. pen., Sez. V, 21 maggio 2020, n. 15651, entrambe in CED; *contra* Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2019, n. 45376, in CED, con nota di Catena, *Reati a*

consumazione prolungata e profili problematici nella contestazione c.d. "aperta". Equivoco interpretativo in una recente sentenza della Cassazione, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 6.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. V, 8 maggio 2017, n. 22210, in CED.

⁶⁵ In applicazione di tale principio la S.C., con la sentenza Cass. pen., Sez. V, 22 marzo 2019, n. 12801, in CED, ha anche ritenuto che, quando la condotta di atti persecutori sia realizzata mediante minacce gravi e reiterate, non spiega alcun effetto sulla regola di irrevocabilità della querela la modifica del regime di procedibilità del delitto di minaccia grave (art. 612, 2° comma, c.p.), introdotta dal D.Lgs 10 aprile 2018, n. 36.

⁶⁶ Cass. pen., Sez. V, 16 novembre 2016, n. 48268, in CED.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2018, n. 31996, in CED.

⁶⁸ Solinas, *Stillicidio persecutorio e offensività del delitto di stalking. Anche qualche riflesso ermeneutico distorto, nello speculum della dogmatica del reato abituale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 3, 847;

⁶⁹ Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 2018, n. 54183; Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2015, n. 41275, entrambe in CED.

sue proprie caratteristiche e diversa potenzialità lesiva, con la conseguenza che la persona offesa ha il diritto di determinarsi diversamente con riferimento a ciascuno degli episodi, formulando, eventualmente, solo per taluni, istanza di querela e soprassedendo per altri⁷⁰.

Poiché il termine per la proposizione della querela decorre non dalla data di commissione del reato, ma da quella (eventualmente posteriore) in cui la persona offesa è venuta a conoscenza del fatto costituente l'illecito penale, l'identificazione del momento in cui si verifica la piena cognizione di tutti gli elementi che consentono la valutazione dell'esistenza del reato risente del diverso atteggiarsi di ciascuna figura di illecito anche in considerazione del bene giuridico leso. Così, ad esempio: nel delitto di lesioni colpose determinate da colpa medica, il termine per proporre la querela inizia a decorrere non già dal momento in cui la persona offesa ha avuto consapevolezza della patologia contratta, bensì da quello, eventualmente successivo, in cui la stessa è venuta a conoscenza della possibilità che sulla menzionata patologia abbiano influito errori diagnostici o terapeutici dei sanitari che l'hanno curata⁷¹; nel delitto di diffamazione tramite "internet", che si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione lesiva della reputazione altrui, ai fini della individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine per proporre querela, occorre fare riferimento, in assenza di prova contraria da parte della persona offesa, ad una data contestuale o temporalmente prossima a quella in cui la frase o l'immagine lesiva sono immesse sul *web*, atteso che l'interessato, normalmente, ha notizia del fatto commesso mediante la "rete" accedendo alla stessa direttamente o attraverso altri soggetti i quali in tal modo ne siano venuti a conoscenza⁷²; nel delitto di diffamazione "a formazione progressiva", il termine per proporre querela decorre dal momento in cui il denigrato può avere ed ha cognizione dell'offesa, con la conseguenza che, qualora il messaggio denigratorio risulti intellegibile solo all'esito di una serie di articoli costituenti una sorta di "campagna di stampa" in danno di qualcuno, è solo in quel momento che sorgono le condizioni per la formulazione dell'istanza punitiva e non quando il disegno diffamatorio era *in itinere*⁷³.

Qualora il diritto di querela spetti ad una persona giuridica, il termine per l'utile suo esercizio decorre dal momento in cui la notizia del fatto che costituisce reato, commesso ai suoi danni, giunge a conoscenza del soggetto che, in virtù del nesso di rappresentanza organica – che comporta la riferibilità alla persona giuridica degli atti compiuti dalla persona fisica che legalmente la rappresenta –, possa agire per conto della società⁷⁴. Onde assicurare il rispetto del termine perentorio di cui all'art. 124 c.p., laddove il diritto di querela non appartenga a persona fisica ma a persona giuridica, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che, ai fini della valutazione degli stati soggettivi giuridicamente rilevanti, deve farsi riferimento agli atti negoziali compiuti dalla persona giuridica medesima, il contenuto dei quali, se

espressivo della sussistenza di una determinata conoscenza, di quest'ultima costituisce prova idonea⁷⁵.

A tenore dell'art. 12, D.Lgs. n. 36/2018 (*Disposizioni transitorie in materia di perseguibilità a querela*), infine, per i reati perseguibili a querela in base alle disposizioni del decreto medesimo, commessi prima della data di sua entrata in vigore, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato. Se, invece, è pendente il procedimento, il pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, o il giudice, dopo l'esercizio dell'azione penale, anche, se necessario, previa ricerca anagrafica, informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata.

La rinuncia

Con la rinuncia alla querela, disciplinata dall'art. 124, commi 2°, 3° e 4°, c.p., il titolare del relativo diritto, successivamente al verificarsi del reato, manifesta la volontà di abdicare al suo esercizio, derivandone, a cagione dell'estinzione del corrispondente potere, l'inefficacia dell'atto di impulso processuale successivamente eventualmente presentato. In ragione di tali sue caratteristiche la rinuncia si distingue dalla remissione di querela (art. 152), che presuppone l'avvenuto valido esercizio del diritto di presentare l'*istantia puniendi*.

La rinuncia alla querela può essere espressa o tacita. La rinuncia espressa, per la quale il vigente codice di rito prevede determinate formalità e che non produce effetti se la relativa dichiarazione non è sottoscritta dal rinunciante (art. 339 c.p.p.), è un atto negoziale (perché dispositivo di un diritto personalissimo), unilaterale (perché non necessita di accettazione), recettizio (dovendo essere portato a conoscenza dell'interessato). Onde limitare al massimo ogni margine di opinabilità circa l'apprezzamento dell'effettiva consapevolezza del disponente di restringere la sfera dei propri diritti, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che la dichiarazione di rinuncia al diritto di querela, ove non contenuta in un verbale, non integra rinuncia espressa, per difetto dei requisiti formali previsti dalla legge processuale, e non può nemmeno valere come rinuncia tacita, salvo che ad essa non si accompagnino fatti valutabili, di per sé stessi, come incompatibili con la volontà di sporgere querela: ciò perché una generica e non impegnativa volontà di non procedere nei confronti dell'avversario, non versata scientemente in una dichiarazione formale, appare sicuro indice quantomeno della non serietà dell'intenzione informalmente manifestata⁷⁶.

Per quanto riguarda la rinuncia tacita, i fatti incompatibili con la volontà di querelarsi devono essere non equivoci, obiettivi e concludenti e vanno, di volta in volta, valutati dal giudice di merito con apprezzamento insindacabile in Cassazione⁷⁷; perciò la giurisprudenza di legittimità ha escluso che possa essere interpretata alla stregua di una

⁷⁰ Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 1999, n. 2344, in *CED*.

⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, 11 dicembre 2020, n. 35424, in *CED*.

⁷² Cass. pen., Sez. V, 18 settembre 2015, n. 38099, in *CED*.

⁷³ Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2006, n. 5944, in *CED*.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2018, n. 10978, in *CED*.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 2002, n. 15119; Sez. VI, 30 settembre 1996, n. 8819, entrambe in *CED*.

⁷⁶ Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2012, n. 35564; Sez. III, 3 agosto 1970, n. 557, entrambe in *CED*.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. III, 28 agosto 2019, n. 36475, in *CED*.

rinuncia tacita all'esercizio del diritto di querela la stipula di un contratto di transazione in ordine al danno subito⁷⁸. In tema di delitti contro l'onore, poi, la norma di cui all'art. 597, 2° comma, c.p. stabilisce che, se la persona offesa e l'offensore hanno esercitato la facoltà, prevista nel capoverso dell'art. 596 c.p., di deferire ad un giuri d'onore (art. 177 disp. att. c.p.p.) il giudizio sulla verità del fatto determinato oggetto dell'offesa, la querela si considera tacitamente rinunciata o rimessa.

L'estinzione

La norma di cui all'art. 126 c.p. cristallizza il principio dell'intrasmissibilità agli eredi del diritto di querela, che, in quanto diritto personalissimo, si estingue con la morte della persona offesa. Se, però, la morte interviene dopo la presentazione dell'atto di impulso processuale, questo continua a dispiegare i suoi effetti, che possono essere coltivati dai congiunti del querelante, e il reato non si estingue.

Giusta la possibilità di divaricazione tra titolarità del diritto di querela (spettante a minori ed infermi di mente) e suo esercizio (da parte del rappresentante legale o del curatore speciale), la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'esercizio del diritto di querela ne presuppone l'esistenza in capo al soggetto titolare, di modo che l'estinzione del diritto di querela a seguito della morte della persona offesa fa venir meno la possibilità del suo esercizio da parte di un soggetto diverso, atteso che questi non esercita un diritto proprio ma un diritto altrui⁷⁹.

La disposizione di cui all'art. 597, 3° comma, c.p., dettata per il reato di diffamazione e applicabile ai reati di violenza sessuale in forza del richiamo contenuto nell'art. 609-*septies*, 2° comma, c.p., stabilisce, in deroga all'art. 126 c.p., che: "Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria del defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo aver proposta la querela, la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente, spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato" e la sua *ratio* è stata colta dalla dottrina nella diffusività dell'offesa arrecata dai delitti contro l'onore e la libertà sessuale, suscettibile di riverberarsi anche nell'ambito della famiglia del defunto⁸⁰. Le ipotesi contemplate dalla norma sono due: ove il reato sia reato commesso ai danni di un congiunto poi defunto, il diritto di querela spetta agli aventi causa del *de cuius iure successionis* e può essere da loro esercitato dal momento della morte

del congiunto, sempre che non sia trascorso il termine di legge da quando questi aveva avuto notizia del fatto costituente reato; ove l'offesa, invece, sia arrecata alla memoria di un congiunto defunto, il diritto di querela spetta alle persone enumerate nella disposizione in disamina *iure proprio*, in quanto soggetti passivi del reato, poiché direttamente incisi nella sfera della loro personalità morale strettamente collegata a quella del defunto. L'art. 597, 3° comma, c.p. specifica, poi, che la possibilità, prevista in caso di diffamazione, di deferire il giudizio sulla verità di un fatto determinato – costituente l'oggetto dell'attribuzione offensiva della reputazione del defunto – ad un giuri d'onore spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato anche nel caso in cui il soggetto di cui sia lesa la reputazione sia morto dopo la proposizione della querela.

In ipotesi di dichiarazione di fallimento di un imprenditore, pur restando il fallito soggetto passivo dei reati contro i beni compresi nel fallimento, la titolarità del diritto di querela, in rapporto a tali reati, viene a trasferirsi nell'amministrazione fallimentare, con la conseguenza che la querela è esercitata dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, *ex art. 31, 2° comma, L. fall.*⁸¹.

La remissione di querela

Il codice penale ha dettato la disciplina della remissione di querela (artt. 152-156 c.p.), che è l'atto, unilaterale⁸² ed irrevocabile, con il quale il querelante manifesta la volontà di non persistere nella querela, nel capo (Capo I, Titolo VI) destinato alla regolamentazione delle cause estintive del reato. Tale collocazione sistematica fa propendere per la natura sostanziale dell'istituto⁸³: le Sezioni unite penali della Suprema Corte, nell'enunciare, con la sentenza 27 maggio 2004, n. 24246⁸⁴, il principio di diritto secondo cui la remissione di querela, intervenuta in pendenza del ricorso per cassazione e ritualmente accettata, determina l'estinzione del reato che prevale su eventuali cause di inammissibilità e va rilevata e dichiarata dal giudice di legittimità, purché il ricorso sia stato tempestivamente proposto, hanno evocato, a sostegno della soluzione offerta, l'analogia esistente tra la remissione della querela e l'istituto dell'amnistia: "da quando, a seguito della sentenza n. 175/1971⁸⁵, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 151, 1° comma, c.p., nella parte in cui esclude la rinuncia all'applicazione di quest'ultima"⁸⁶.

Il fondamento politico-criminale della remissione è da individuare nell'opportunità di consentire al querelante,

⁷⁸ Cass. pen., Sez. F, 23 settembre 2013, n. 39184, in *CED*;

⁷⁹ Nel senso che il curatore speciale nominato per l'esercizio del diritto di querela, di cui è titolare la persona offesa minore degli anni quattordici o inferma di mente, non può proporre querela una volta che il relativo diritto si è estinto per morte del titolare, Cass. pen., Sez. II, 13 agosto 2007, n. 32873 e Cass. pen., Sez. II, 23 ottobre 2003, n. 40378, entrambe in *CED*.

⁸⁰ Volpe, *Querela*, cit., 569; Virgilio, *Commento art. 8 l. n. 66/1966*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2002, 314 che allude in termini critici alla tutela dell'"onore familiare".

⁸¹ Volpe, *Querela*, cit., 575.

⁸² In tal senso Battaglini, *La querela*, Torino, 1958, 430; per la natura di negozio giuridico bilaterale della remissione, in ragione della necessità, per il prodursi dei suoi effetti, dell'accettazione da parte del

querelato, U. Dinacci, *Querela*, cit., 60.

⁸³ Romano, sub *art. 152*, in Romano, Grasso, Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 42; Volpe, *Querela*, 587; per la natura processuale della remissione, in ragione dell'analogia con la querela, U. Dinacci, *Querela*, cit., 59; Battaglini, *La querela*, cit., 412; Santoro, *Querela*, cit., 656.

⁸⁴ In *CED*.

⁸⁵ Corte cost., sentenza, 5 luglio 1971, n. 175, con la quale è stato ritenuto costituzionalmente garantito il diritto a rinunciare all'amnistia, perché questa discende da statuizioni di volta in volta emesse dal legislatore sotto l'influsso di considerazioni politiche.

⁸⁶ In tal senso anche Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 414, che definisce la remissione di querela "*un'amnistia ad personam*", la produzione dei cui effetti il querelato può ruscare con la mancata sua accettazione.

in ragione di un miglior vaglio dei propri interessi, di revocare l'atto di impulso processuale in precedenza proposto: facoltà esperibile fino alla pronuncia della sentenza di condanna (ad eccezione dei casi previsti dalla legge, art. 597, 3° comma, c.p.), fatte salve le ipotesi di irrevocabilità della querela espressamente previste dalla legge (artt. 609-*septies* c.p. e art. 612-*bis*, 4° comma, c.p.), se il fatto di atti persecutori è commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612, 2° comma, c.p.). Alla *ratio* illustrata si è ispirata la Corte costituzionale, allorché, con la sentenza n. 151 del 6 giugno 1975, ha ritenuto che la originaria formulazione dell'art. 156 c.p., che sanciva il principio della intrasmissibilità agli eredi del diritto di remissione, estinguendosi lo stesso con la morte del querelante si ponesse, per la sua irragionevolezza, in contrasto con l'art. 3 Cost., comportando, da un lato, l'obbligo per gli eredi di sottostare al pagamento delle spese processuali e dell'eventuale risarcimento del danno e, dall'altro, l'impossibilità di impedire la prosecuzione della azione penale pur nelle ipotesi in cui la stessa persona offesa, a seguito di una diversa valutazione delle circostanze e delle prove, sarebbe stata indotta a rimettere la querela.

La remissione di querela può assumere forma processuale – e come tale è disciplinata dal combinato disposto di cui agli artt. 339 e 340 c.p.p. – o extraprocessuale. Quest'ultima può essere espressa o tacita: la prima deve risultare da atto esplicito e formale, la seconda da fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela, cioè da comportamenti inequivoci, sostanzialmente inconciliabili con la richiesta di punizione. Tale volontà non è desumibile da mere omissioni, quale la mancata comparizione o la mancata costituzione della parte civile, che può derivare da cause indipendenti dalla volontà dell'offeso, da circostanze contingenti e da valutazioni non abdicative e remissorie. Non è ricavabile neppure dall'accettazione del risarcimento dei danni che, apprezzabile quale comportamento preclusivo della costituzione di parte civile, è giustificabile con una diversa motivazione⁸⁷. Ponendo fine ad un risalente contrasto interpretativo, le Sezioni unite penali della Suprema Corte, con la sentenza 21 luglio 2016, n. 31668⁸⁸, hanno stabilito che integra remissione tacita di querela la mancata comparizione alla udienza dibattimentale (nella specie davanti al Giudice di pace) del querelante, previamente ed espressamente avvertito dal giudice che l'eventuale sua assenza sarebbe stata interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela.

L'art. 152, 4° comma, c.p., nel disporre che la remissione non può essere sottoposta a termini e condizioni, pur se non è incompatibile con la rinuncia al diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno, sta a dimostrare la natura negoziale della volontà di remissione, che deve essere attuale e definitiva.

Il tenore della norma di cui all'art. 155, 1° comma, c.p., che stabilisce che la remissione di querela non produce effetto se il querelato l'ha espressamente o tacitamente riacusata, farebbe propendere per la sua natura di negozio unilaterale, in quanto strutturalmente integra e perfetta già con la manifestazione di volontà, ma solo inefficace se non accettata dal querelato⁸⁹, la cui volontà – che, può essere eventualmente protesa verso l'accertamento negativo della sua responsabilità – non converge con la volontà del remittente e non si salda con essa.

Il diritto di querela esercitato da uno soltanto dei titolari ovvero nei confronti di uno soltanto dei correi

La norma di cui all'art. 122 c.p. sancisce il principio della “indivisibilità della querela sotto il profilo attivo” e trova applicazione soltanto nell'ipotesi di *reato unico* con pluralità di persone offese, ciascuna delle quali è titolare di un “eguale ed autonomo diritto di querela”⁹⁰. Essa è integrata da quella di cui all'art. 154 c.p., che stabilisce che, se la querela è stata proposta da più persone, il reato non si estingue se non interviene la remissione di tutti i querelanti e che, se tra più persone offese da un reato taluna soltanto ha proposto querela, la remissione, che questa ha fatto, non pregiudica il diritto di querela delle altre. In ragione dell'autonomia del diritto di querela a ciascuna spettante, se tra più persone offese da un reato taluna soltanto rinuncia al diritto di querelarsi, la relativa abdicazione non incide sul diritto delle altre ad ottenere la persecuzione dell'autore del reato: questo perché – e lo si ricava anche dall'art. 125 c.p. – la rinuncia estingue non tanto il diritto di querela, quanto la facoltà di esercitare il diritto di querela in chi effettua la rinuncia, con la conseguenza che se la persona legittimata alla proposizione della querela sia una sola, la sua rinuncia si risolve nella estinzione del diritto di querela, mentre se legittimati all'esercizio sono due o più, l'estinzione del diritto resta subordinata al verificarsi di tante rinunzie quante sono le persone legittimate⁹¹. Infine, in ossequio alla medesima *ratio*, se più sono le persone offese dal reato, la

⁸⁷ Cass. pen., Sez. V, 6 febbraio 1998, n. 1452, in *CED*; nel senso che: l'acquiescenza della parte civile alla sentenza che ne rigetta la domanda risarcitoria in primo grado non equivale a remissione tacita della querela, Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2019, n. 48239; la revoca della costituzione di parte civile effettuata dalla persona offesa non costituisce una remissione tacita di querela, Cass. pen., Sez. V, 16 maggio 2016, n. 20260; non si ha remissione tacita della querela in caso di rinuncia alla costituzione di parte civile da parte del querelante, Cass. pen., Sez. II, 16 ottobre 2015, n. 41749; l'impegno, assunto in sede civile, all'atto della separazione personale, da parte del coniuge querelante, di rimettere la querela, non equivale a volontà definitiva valida in sede penale e non può, pertanto, essere considerato come manifestazione di volontà tacita di remissione, Cass. pen., Sez. F, 1 settembre 2008, n. 34501; la transazione del danno non costituisce fatto incompatibile con la volontà di presentare querela e, quindi, non integra la remissione tacita di querela, Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 43072; non si ha remissione tacita della

querela nel caso di omessa comparizione dell'offeso dal reato e di mancata costituzione di parte civile nel processo penale, trattandosi di comportamenti omissivi, improduttivi di qualsiasi effetto sulla procedibilità dell'azione penale, nel caso in cui sia richiesta la presentazione della querela, Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2005, n. 5815, tutte in *CED*.

⁸⁸ In *Dir. Pen. e Proc.*, 2017, 5, 613, con nota di Delvecchio, *Remissione tacita per assenza del querelante: non è questo il tempo dei revirement giurisprudenziali*, e in Cass. Pen., 2017, 2, II, 532, con nota di Santangelo, *Un overruling delle Sezioni unite in nome, dell'efficienza del processo e della deflazione giudiziaria*.

⁸⁹ Romano, sub art. 152, in Romano, Grasso, Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 52.

⁹⁰ Cass. pen., Sez. VI, 11 giugno 2014, n. 24641, in *CED*.

⁹¹ Conso, *Capacità* voce “processuale (dir. proc. pen.)”, *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 153.

morte di una non incide sull'esercizio del diritto di querelarsi da parte delle altre.

Dottrina⁹² e giurisprudenza⁹³ hanno evidenziato come la sostanziale unicità del fatto faccia sì che la querela proposta da uno solo dei soggetti passivi sia sufficiente a rimuovere l'ostacolo all'esercizio dell'azione penale ed a rendere il reato perseguibile per tutti, anche per i non-querelanti, che ben possono, così, costituirsi parte civile. Solo la coincidenza, in senso naturalistico, tra unicità di azione e unicità di reato giustifica – stante la sostanziale identità – la prevalenza dell'interesse punitivo dello Stato rispetto all'interesse dei singoli, facendo sì che per la punibilità del reato che offenda più persone sia sufficiente la querela proposta da una sola di esse.

Esula, invece, dal paradigma normativo e dalla *ratio* sottesa all'istituto di cui all'art. 122 c.p. l'ipotesi di un'azione unica concretizzante un concorso di reati in danno di più persone (art. 81 c.p.), perché in tal caso gli illeciti penali mantengono la loro autonomia e sono considerati unitariamente dal legislatore solo *quoad poenam*, venendo in rilievo, cioè, una *fictio iuris* volta a mitigare il trattamento sanzionatorio rispetto a quello che avrebbe dovuto essere altrimenti inflitto, di modo che la procedibilità di ciascun reato è condizionata a un'autonoma querela da parte della rispettiva persona offesa. In tal senso si è affermato che la previsione dell'indivisibilità della querela sotto il profilo attivo non trova applicazione nell'ipotesi in cui una sola azione comporti più lesioni della stessa disposizione penale attingendo distinti soggetti, in quanto tale situazione integra un concorso formale di reati in danno di più persone, ovvero di pluralità di azioni concretizzanti più reati in danno di più persone unificati dal vincolo della continuazione, in cui la *reductio ad unum* è preordinata solo a un più benevolo regime sanzionatorio che non incide sull'autonomia dei singoli reati⁹⁴.

La norma di cui all'art. 123 c.p. stabilisce, invece, il principio dell'“indivisibilità della querela sotto il profilo passivo, per il quale, in ragione dell'unicità del reato concorsuale”, gli effetti dell'atto di impulso processuale si estendono *ope legis* a tutti coloro che l'hanno commesso: se, infatti, la querela è condizione di procedibilità che concerne il fatto di reato, ove più ne siano gli autori, essa produce i suoi effetti indistintamente nei riguardi di tutti, a prescindere da qualsivoglia indicazione della persona offesa⁹⁵. In tal senso orientano, del resto, l'interprete l'art. 124, 4° comma, c.p., secondo cui la rinuncia alla querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato, e l'art. 155, 2° comma, c.p., secondo cui la remissione fatta a favore anche soltanto di uno di coloro che hanno commesso il reato si estende a tutti, non producendo effetti soltanto per chi l'abbia ricusata.

Donde, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, nell'ipotesi in cui il querelante manifesti *contestualmente* la volontà di perseguire alcuni colpevoli e non altri, l'intento

punitivo ha la prevalenza, in quanto esso, in base all'art. 123, permane e si espande, mentre l'implicita rinuncia a perseguire alcuni dei concorrenti risulta inoperante ai sensi dell'art. 339, 2° comma, c.p.p., in quanto da considerarsi sottoposta alla condizione che vengano perseguiti gli altri responsabili⁹⁶.

Presupposto per l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 123 c.p. è, dunque, un concorso nel medesimo reato di persone legate da un vincolo collaborativo consapevole e da univocità di intenti, ai sensi e per gli effetti degli artt. 110 o 113 c.p. Ne viene che, ai fini dell'applicabilità dell'effetto estensivo della querela nel caso di delitti colposi, occorre distinguere la cooperazione nel delitto colposo, prevista dall'art. 113 c.p., dal concorso di azioni od omissioni colpose costituenti cause indipendenti dell'evento, prevista dall'art. 41 c.p.: nella prima ipotesi, infatti, la querela è estensibile ai concorrenti a norma dell'art. 123 c.p., mentre, nella seconda, essa ha efficacia soltanto nei riguardi di colui o di coloro che sono indicati nella stessa come autori dei singoli fatti colposi⁹⁷.

In tema di diffamazione a mezzo stampa, una parte della giurisprudenza di legittimità ha affermato che il giudice può ravvisare a carico del direttore responsabile di un giornale il reato di omissione di controllo, *ex art. 57 c.p.* – pur essendo stata la querela proposta esclusivamente per la diffamazione a mezzo stampa, nei confronti del giornalista e dello stesso direttore – in quanto non compete al querelante dare una qualificazione giuridica del fatto, dovendo egli limitarsi ad esporre lo stesso nella sua materialità, considerato che il diritto di querela concerne unicamente il fatto delittuoso, quale enunciato nella sua essenzialità – da interpretare, non già in base al mero senso letterale delle espressioni usate, ma attraverso l'indagine della effettiva volontà della parte non vincolata a manifestarla con l'uso di formule rituali – e che spetta al giudice e non al privato attribuirne la qualificazione giuridica in ordine alla eventuale sussistenza di un determinato tipo di reato e alle conseguenze che ne derivano⁹⁸: ciò si è spiegato argomentando che la querela proposta “nei confronti di tutti coloro che saranno ritenuti responsabili del reato di diffamazione a mezzo stampa ed ogni altra ipotesi di reato” ritenuta e contenente la richiesta di punizione dei “responsabili individuati”, deve interpretarsi come univocamente indirizzata alla punizione dei colpevoli di tutti i reati consumatisi per il tramite della pubblicazione dell'articolo, senza alcuna limitazione sotto il profilo soggettivo, ossia con riferimento all'autore dell'articolo o al direttore responsabile del quotidiano, e sotto quello oggettivo, ossia con riguardo alla fattispecie di concorso nella diffamazione *ex artt. 595 c.p. e 13, L. n. 47/1948* o a quella di omesso controllo *ex art. 57 c.p.* Altra parte ha sostenuto, invece, che, attesa l'autonomia dell'ipotesi colposa prevista dall'art. 57 c.p. a carico del direttore responsabile per omesso controllo sul contenuto della pubblicazione, deve escludersi che essa sia persegui-

⁹² Volpe, *Querela*, cit., 569.

⁹³ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2018, n. 57027, in *CED*.

⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, 3 novembre 2015, n. 44392; Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 2712, tutte in *CED*.

⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 2014, n. 7473; Cass. pen., Sez. IV, 5 novembre 2009, n. 42479; Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1654, tutte in *CED*.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. V, 1° settembre 1999, n. 10398, in *CED*.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 3584; Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2002, n. 40906, tutte in *CED*.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2011, n. 24381; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 2009, n. 19020; Cass. pen., Sez. V, 4 marzo 2008, n. 10037, tutte in *CED*. In dottrina, sul tema, Chiccone, *Omesso controllo del direttore ed estensibilità della querela*, in *Riv. Pen.*, 2010, 9, 874.

bile allorché il querelante si sia limitato ad indicare tanto l'autore dello scritto quanto il direttore responsabile come correi nel reato di diffamazione in suo danno, occorrendo, invece, che nella querela sia esplicitamente espressa la volontà che il direttore responsabile venga perseguito a titolo di colpa per omesso controllo ovvero che si proceda per qualsiasi ipotesi di reato riscontrabile a suo carico⁹⁹.

Un'ipotesi particolare di estensione della querela è prevista dall'art. 58-bis, 2° comma, c.p., che, nel disciplinare la procedibilità per i reati commessi col mezzo stampa, stabilisce che la querela presentata contro il direttore o il vicedirettore responsabile ha effetto anche nei confronti dell'autore della pubblicazione per il reato da questi commesso, dal momento che l'illecito da ultimo indicato costituisce il presupposto della condotta delittuosa dei primi.

La querela di minori, interdetti e inabilitati

L'art. 120, 2° comma, c.p., tipizzando quanto già desumibile dall'ordinario potere di rappresentanza *ex lege* del minore (artt. 320 e 357 c.c.) riconosciuto al genitore o al tutore, attribuisce loro l'esercizio del diritto di querela nell'interesse del minore infraquattordicenne¹⁰⁰. Per pacifico orientamento nomofilattico, la disposizione prescinde dall'esercizio della potestà genitoriale¹⁰¹, con la conseguenza che il diritto di querela può essere esercitato da uno qualsiasi dei genitori, anche nel caso in cui il minore sia stato affidato ai servizi sociali con collocamento presso una famiglia, sempre che i genitori non siano stati dichiarati decaduti dalla potestà stessa¹⁰². Se poi tra i genitori sorge contrasto sulla presentazione della querela, prevale la volontà di quello dei due che vuole presentarla¹⁰³. In ipotesi, poi, di reato commesso da uno dei genitori nei confronti del figlio infraquattordicenne, è stata ritenuta legittima sia la querela proposta dall'altro genitore, non potendosi riconoscere valenza invalidante all'eventuale interesse personale del minore ad evitare la punizione del genitore colpevole¹⁰⁴, sia quella presentata dallo stesso genitore, cui, in astratto, possa attribuirsi un profilo di responsabilità, a titolo di concorso, per il reato oggetto di denuncia¹⁰⁵.

Per quel che riguarda il minore degli anni quattordici, il suo rappresentante legale, subentrando in maniera necessaria ed esclusiva, può decidere, in piena autonomia, se esercitare il diritto di querela al primo spettante o se rinun-

ciarvi, ovvero se rimettere la querela anche contro un'eventuale volontà contraria del minore (art. 153, 1° comma, c.p.): ciò in quanto la volontà di tale soggetto è sostanzialmente improduttiva di effetti giuridici significativi.

Quanto al minore ultraquattordicenne, l'art. 120, 3° comma, c.p. ha previsto una doppia legittimazione all'esercizio del diritto di querela: in capo allo stesso minore titolare e all'esercente la potestà genitoriale¹⁰⁶. In caso di conflitto tra i soggetti abilitati, ove il dissenso alla presentazione della querela provenga dal genitore, nel silenzio del legislatore, si deve ritenere che prevalga la volontà del minore, siccome portatore dell'interesse giuridico direttamente leso dal fatto illecito e in ossequio al principio del *favor querelae*¹⁰⁷; viceversa, ove la volontà contraria, tacita od espressa, sia riferibile al minore, il genitore è legittimato, comunque, ad esercitare il diritto di querela spettante al figlio, tale potere surrogatorio essendogli riconosciuto per arginare i possibili effetti dannosi derivanti dalla ridotta capacità di determinazione e di agire del minore ultraquattordicenne. In ossequio a tale *ratio legis*, la giurisprudenza di legittimità ha, pertanto, stabilito che la previsione di cui all'art. 120, 3° comma, c.p. non può essere intesa nel senso che i minori ultraquattordicenni possano proporre querela soltanto nel caso in cui i rappresentati non lo abbiano fatto, venendo in rilievo, piuttosto, "diritti distinti ed autonomi"¹⁰⁸.

La disposizione di cui all'art. 125 c.p., dettata per regolare la sorte della 'querela del minore o dell'inabilitato nel caso di rinuncia del rappresentante', integra e completa la disciplina dell'esercizio del diritto di querela da parte dei minori ultraquattordicenni. In effetti, poiché ai sensi dell'art. 124, 2° comma, c.p. il potere di rinuncia spetta alla persona che ha la *capacità di esercitare* il diritto di querela, la rinuncia all'esercizio del diritto stesso è consentita *autonomamente* sia al minore ultraquattordicenne che al suo rappresentante legale, sicché l'atto abdicativo del genitore, del tutore o del curatore non impedisce che il minore – anche quello che abbia compiuto gli anni quattordici entro l'arco dei tre mesi stabiliti dalla legge per l'esercizio del diritto di querela – possa, comunque, esercitare il diritto di querela. Del pari, la rinuncia espressa o tacita da parte del minore ultraquattordicenne non rende inefficace la querela presentata dal rappresentante legale, come si desume dall'art. 120, 3° comma, c.p., per il quale il diritto di querela può venire esercitato dal genitore o dal tutore o dal

⁹⁹ Cass. pen., Sez. V, 2 dicembre 2003, n. 46226; Cass. pen., Sez. F, 24 settembre 2001, n. 34543; Cass. pen., Sez. V, 15 giugno 1999, n. 7741, tutte in *CED*.

¹⁰⁰ In tema la giurisprudenza di legittimità ha chiarito, ai fini della validità della querela presentata dal genitore di minore infraquattordicenne, non è necessario che l'atto contenga un'esplicita formula con la quale il genitore dichiara di presentare l'atto quale esercente la responsabilità genitoriale sul figlio, non essendo tale requisito previsto dall'art. 120, 2° comma, c.p. (Cass. pen., Sez. IV, 15 marzo 2019, n. 11498, in *CED*.) e che la querela, presentata ad un organo di polizia da un minore infraquattordicenne e sottoscritta dal genitore presente al fine di assisterlo, rileva come querela presentata dal genitore ai sensi della disposizione menzionata (Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2008, n. 16776, in *CED*).

¹⁰¹ Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 1995, n. 7595 e Cass. pen., Sez. III, 26 luglio 1988, n. 8374, tutte in *CED*.

¹⁰² Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 48092 e Cass. pen., Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 49063, entrambe in *CED*.

¹⁰³ Cass. civ., Sez. III, 26 luglio 1988, n. 8374, cit. e Conso, *Capa-*

cità processuale, cit., 153.

¹⁰⁴ Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2017, n. 25936 e Cass. pen., Sez. V, 4 agosto 1992, n. 8692, entrambe in *CED*.

¹⁰⁵ Cass. pen., Sez. III, 23 ottobre 2018, n. 48243, in *CED*, in cui la S.C. ha ritenuto valida la querela sporta dalla madre di una minorene, persona offesa di violenza sessuale, ancorché la Corte d'appello avesse disposto la trasmissione di copia degli atti al pubblico ministero per accertare un eventuale concorso della madre stessa ai sensi dell'art. 40, 2° comma, c.p.

¹⁰⁶ Abbati, voce "Condizioni di procedibilità e presupposti processuali", in *Digesto Pen.*, Agg., III, t. 1, Torino, 2005, 194.

¹⁰⁷ Conso, *Capacità processuale*, cit., 153 e segg.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. V, 22 gennaio 2013, n. 3207, in *CED*. In applicazione di tale principio la S.C. (Cass. pen., Sez. V, 28 maggio 2013, n. 23010, in *CED*) ha stabilito che è valida la querela proposta dai genitori della persona offesa, minore ultraquattordicenne, ancorché quest'ultimo non sia mai venuto a conoscenza del fatto lesivo commesso nei suoi confronti, posto che la sua eventuale volontà contraria è "tamquam non esset".

curatore “nonostante ogni contraria dichiarazione di volontà, espressa o tacita, del minore o dell’inabilitato”.

In materia di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice riguardante l’affidamento dei figli (art. 388, 2° comma, c.p.), la giurisprudenza di legittimità ha, però, ritenuto efficace la rinuncia alla proposizione della querela formulata dal genitore, in quanto, con riferimento a tale fattispecie di reato, la legittimazione a proporre querela spetta *iure proprio* al genitore interessato all’osservanza del provvedimento e, dunque, non al minore, in quanto l’interesse tutelato è quello relativo all’esercizio delle prerogative genitoriali¹⁰⁹.

Le disposizioni contenute nell’art. 153, commi 2° e 3°, c.p., nel disciplinare l’esercizio del diritto di remissione di querela da parte dei minori ultraquattordicenni, sono speculari a quella contenuta nell’art. 120, 3° comma, c.p.: stabiliscono, infatti, che i minori riconducibili a tale categoria possono esercitarlo *autonomamente*, anche nel caso in cui la querela sia stata proposta in loro vece dal rappresentante, e che il rappresentante è legittimato a rimettere la querela anche ove proposta dal rappresentato. Se ne discostano, tuttavia, nella parte in cui prevedono che la remissione di querela del minore non ha effetto senza l’approvazione del rappresentante e che quella del rappresentante non produce effetti se il minore manifesta una volontà contraria, la *ratio* di tale differenziazione cogliendosi nel fatto che, mentre la querela, determinando l’intervento attivo della giustizia, non può nuocere agli interessi del minore, la remissione può produrre effetti patrimoniali e morali dannosi¹¹⁰.

In ragione delle implicazioni connesse alla capacità di comprendere il concreto significato di un fatto e, dunque, di determinarsi correttamente in relazione ad esso, è stato previsto uno specifico regime per l’esercizio del diritto di querela da parte di soggetti che siano riconosciuti, in vario grado, infermi di mente. L’art. 120, 2° comma, c.p. stabilisce, così, che, nel caso in cui l’offeso del reato sia una “persona legalmente interdetta” (art. 414 c.c., come sostituito dall’art. 4, L. 9 gennaio 2004, n. 6)¹¹¹, l’esercizio del potere di querela spetta al tutore, mentre, l’art. 120, 3° comma, c.p. dispone che, nel caso in cui l’offeso sia un “inabilitato” (art. 415 c.c.), il diritto di querela possa essere esercitato dallo stesso inabilitato o, in sua vece, dal curatore, nonostante ogni contraria volontà, espressa o tacita, del titolare del diritto. La giurisprudenza di legittimità ha, dal canto suo, chiarito che è valida la querela presentata in proprio dall’infermo di mente, non dichiarato interdetto né inabilitato, in quanto la nomina di un curatore speciale, su istanza del P.M., è necessaria solo nel caso in cui la persona offesa non possa proporre querela a causa della propria infermità¹¹²: sarebbe, infatti, incongruo affermare che la volontà di un soggetto, che pure ha compreso il disvalore sociale di atti da cui risulta danneggiato, una volta

espressa, debba soccombere di fronte all’astratta considerazione che la sua volizione sia legalmente viziata. Parte della dottrina¹¹³ ha, però, criticato tali approdi interpretativi, rilevando come le figure del rappresentante legale o del curatore speciale, lungi dall’aver un ruolo meramente sussidiario, siano funzionali alla migliore realizzazione degli interessi dell’infermo di mente. Al riguardo si è sostenuto che l’esercizio del diritto di querela non presuppone soltanto la consapevolezza da parte della persona offesa del disvalore sociale delle condotte perpetrate nei suoi confronti, ma esige altresì: “Una meditata valutazione sull’opportunità di azionare un eventuale procedimento penale”, che, con riferimento ad una categoria di soggetti particolarmente deboli quali gli infermi di mente, non può prescindere dall’attenta riflessione da parte di un soggetto maturo circa le effettive dinamiche del fatto di reato e le ricadute che l’eventuale instaurazione di un processo penale potrebbe avere sulla loro salute.

Posto che la querela viene inclusa tra gli atti personalissimi, il relativo diritto resta riservato alla persona offesa dal reato anche quando la sua capacità giuridica risulti affievolita e gli sia nominato, un amministratore di sostegno, quale figura prevista dall’art. 3, L. n. 6/2004 con lo scopo di offrire a chi si trovi nell’impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, per effetto di tale specifica funzione, dagli altri istituti posti a tutela degli incapaci, quali l’interdizione e l’inabilitazione – i quali presuppongono l’infermità di mente totale o parziale del destinatario –, non soppressi ma modificati dalla stessa legge, attraverso la riformulazione degli artt. 414 e 417 c.c., che ha conferito ad essi una valenza del tutto residuale. In tal senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità, stabilendo che l’amministratore di sostegno, anche se rappresenta il soggetto amministrato nei limiti segnati dal decreto giudiziale di nomina, non ha un autonomo potere di querela, potendo al massimo sollecitare il giudice tutelare alla nomina di un curatore speciale¹¹⁴, di modo che non ha neppure diritto a ricevere l’avviso di fissazione dell’udienza in camera di consiglio di cui all’art. 409, 2° comma, c.p.p.¹¹⁵. A fondamento si è addotto che l’amministrato non è una persona incapace, tanto vero che l’art. 409 c.c. si esprime affermando che questi “conserva” la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore di sostegno: donde, la capacità di agire della persona con disabilità consta di una semplice “limitazione”, escludendosi solamente quegli atti che, a tenore del decreto di nomina, possono essere compiuti unicamente dall’amministratore di sostegno. È, dunque, valida anche la querela proposta dall’amministratore di sostegno, purché il relativo potere di

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2017, n. 46483, in CED.

¹¹⁰ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950, 552.

¹¹¹ Non è, quindi, riconducibile sotto l’egida della norma di cui all’art. 120, 2° comma, c.p. la figura dell’interdetto legale.

¹¹² Cass. pen., Sez. II, 9 aprile 2019, n. 15589; Sez. III, 1° dicembre 2010, n. 42480, entrambe in CED. In dottrina, adesivamente, Dipaola, *Sulla validità della querela proposta da persona inferma di mente*, in

Cass. Pen., 2003, 2, 578.

¹¹³ Bozheku, *La validità della querela proposta personalmente da persona incapace di intendere e di volere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 11, 1359.

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2015, n. 14071; Sez. IV, 3 agosto 2011, n. 30867, entrambe in CED.

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. II, 19 gennaio 2017, n. 2661, in CED.

proporla nell'interesse dell'amministrato gli sia stato specificamente conferito da giudice tutelare¹¹⁶.

La norma di cui all'art. 121 c.p., letta congiuntamente a quella di cui all'art. 90, 2° comma, c.p.p.¹¹⁷ – secondo la quale: “La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata ‘esercita le facoltà e i diritti’ a essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale” – prevede un “particolare regime di esercizio del diritto di querela da parte di soggetti deboli e vulnerabili”, quali i minori infraquattordicenni, privi di genitori o di tutore, gli infermi di mente non interdetti o inabilitati o i minori infraquattordicenni, gli interdetti e gli inabilitati, il rappresentante legale dei quali versino in una situazione di impossibilità o incompatibilità, mediante la nomina di un “curatore speciale”¹¹⁸. Poiché è investito degli stessi poteri e delle stesse facoltà del rappresentante legale, il curatore per l'esercizio del diritto di querela non solo non è automaticamente tenuto a proporla, ma, qualora vi rinunci, non cagiona alcun pregiudizio al minore o, perché il primo, una volta raggiunti gli anni quattordici, e il secondo, una volta ritornato capace, possono esercitare personalmente il diritto di querela, sempre che non siano spirati i termini di legge per la presentazione del relativo atto.

Quanto all'infermità di mente cui allude l'art. 121 c.p., questa si riferisce esclusivamente ad una incapacità di fatto ad esercitare il diritto di querela, riferibile non soltanto ai soggetti che versino nelle condizioni per essere dichiarati interdetti o inabilitati in dipendenza di una malattia mentale, ma anche ai soggetti che a causa di un qualunque stato

patologico non siano in grado di comprendere l'importanza giuridica e morale della querela e di volere tale atto, tanto derivando dal carattere personalissimo del diritto di querela, che postula una stretta interpretazione dell'art. 121 c.p.¹¹⁹.

Nel diritto vivente è consolidata l'interpretazione secondo la quale “il conflitto di interessi”, che viene in rilievo ai sensi dell'art. 121 c.p., è quello tra il rappresentante legale e la persona rappresentata e non quello tra il rappresentante ed altri soggetti, come l'imputato¹²⁰, e può avere ad oggetto anche diritti non patrimoniali; tanto si deduce dal principio di diritto, pur enunciato con riferimento alla valutazione dell'opportunità di nomina di un curatore speciale al minore ai fini di una eventuale costituzione di parte civile nei confronti dei genitori dello stesso, imputati di un reato commesso ai suoi danni, atteso che la previsione, di cui all'art. 320 c.c., di nomina di un curatore in caso di conflitto patrimoniale deve essere interpretata in senso estensivo e costituzionalmente orientato, in relazione all'art. 30 Cost.¹²¹. Donde, si è affermato che il diritto di querela nell'interesse della persona minore può essere esercitato dal genitore che eserciti la relativa potestà allorché si tratti di far valere i diritti nascenti da un reato commesso in danno dello stesso minore, anche nel caso in cui l'autore dell'illecito sia l'altro genitore, senza necessità della designazione di un curatore speciale¹²²; sicché anche la costituzione di parte civile da parte di un minore, avvenuta a mezzo dell'esercente la potestà genitoriale, non richiede l'autorizzazione del giudice tutelare, in quanto si tratta di un atto non eccedente l'ordinaria amministrazione¹²³.

La querela: istituto sospeso tra due codici ma protagonista della procedura

Leonardo Suraci

La querela costituisce, come è noto, una condizione di procedibilità la quale pone sul tappeto problematiche che coinvolgono sia il diritto penale sostanziale sia la procedura penale. Da qui, infatti, la dislocazione complessiva della disciplina nell'ambito di entrambi i codici. Sul versante processualistico, la figura giuridica pone delicatissime questioni anche perché, non v'è dubbio, essa pone un limite “forte” al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, influenzando negativamente su un potere-dovere del pubblico ministero che comunque si rapporta ad un procedimento penale pendente il quale, però, in attesa del verificarsi della condizione soffre anche di limitazioni sul versante delle facoltà investigative. L'efficacia della sentenza che rileva il difetto di querela e dichiara il “non doversi procedere”, poi, si confronta con un istituto centrale del sistema – il “giudicato”, appunto – sempre più, al giorno d'oggi, messo in discussione. La querela, come può dunque notarsi, è una figura che attraversa, con i suoi effetti, l'intero itinerario procedimentale, segnandone inizio, sviluppi ed esiti.

¹¹⁶ Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2019, n. 18333; Cass. pen., Sez. IV, 10 agosto 2012, n. 32338, entrambe in *CED*.

¹¹⁷ Aimonetto, voce “*Persona offesa dal reato*”, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 318;

¹¹⁸ È evidente che, venendo in rilievo un diritto personalissimo, il curatore speciale non può proporre querela una volta che il relativo diritto si è estinto per morte del titolare (Cass. pen., Sez. II, 13 agosto 2007, n. 32873, in *CED*).

¹¹⁹ Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2017, n. 3085; Cass. pen., Sez.

III, 1° ottobre 1980, n. 10013, entrambe in *CED*.

¹²⁰ Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2014, n. 41828; Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2008, n. 8318, entrambe in *CED*.

¹²¹ Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2004, n. 13977, in *Giur. It.*, 2005, 3, 588.

¹²² Cass. pen., Sez. III, n. 8318/2008.

¹²³ Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2014, n. 18266; Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2008, n. 8318, entrambe in *CED*.

Considerazioni generali

Comodamente – e normativamente – collocata nell’ambito della categoria delle condizioni di procedibilità¹, la querela condivide con le altre figure una situazione di limitata attenzione – e scarsità di direttive – nell’ambito della legge di delega (L. 16 febbraio 1987, n. 81)².

Se ne è fatta conseguire la scelta di riproporre sostanzialmente la precedente disciplina normativa, con la conferma della ripartizione delle norme ad esse afferenti tra codice penale e codice processuale³.

Una soluzione le cui ragioni sono encomiabilmente espresse nella relazione al progetto preliminare del nuovo codice, ove si legge che l’assenza di criteri direttivi che implicassero modifiche si spiegasse anche alla luce del fatto che la disciplina pregressa “non sembra aver dato luogo a inconvenienti rilevanti [per cui] non è sembrato opportuno [...] discostarsi dalle sue linee generali”⁴.

In relazione alla querela, istituto ritenuto dai compilatori “di ordine chiaramente processuale”⁵, si aveva tuttavia modo di rilevare che “la sistemazione delle disposizioni relative, in parte nel codice penale e in altra parte nel codice di procedura penale, ha una discutibile giustificazione tecnica e dà luogo, inoltre, a notevoli inconvenienti pratici; ma non è sembrato possibile inserire nel codice di procedura penale l’intera disciplina dell’istituto, perché diversamente si sarebbero create delle inammissibili duplicazioni normative”⁶.

La ragione principale della ripartizione della materia tra i due codici, comunque considerata inopportuna durante i lavori preparatori, veniva attribuita “al fatto che la remissione della querela [fosse] stata considerata come causa estintiva del reato [...] collocazione [spiegata] con la difficoltà di attribuire alla remissione della querela altra qualifica, data la irretrattabilità dell’azione penale”⁷.

Se l’impostazione normativa non ha subito, dunque, stravolgimenti, il passaggio dal vecchio al nuovo codice “ha implicato dei mutamenti in termini generali sul “fenomeno” condizioni di procedibilità nel processo penale. I cambiamenti, talora di notevole rilievo, hanno riguardato la collocazione e il rapporto tra le condizioni di procedibilità e l’esercizio dell’azione penale”⁸.

Innovazioni, queste ultime, le quali “hanno consentito di evidenziare senza dubbio alcuno il ruolo delle condizioni di procedibilità quali fattori incidenti sull’esercizio dell’azione penale, superando, così, la distinzione che si era soliti operare nella vigenza del codice Rocco tra condizioni di promovibilità e condizioni di perseguibilità”⁹.

Quale condizione di procedibilità, la querela ne recepisce la funzione, trattandosi di strumenti preordinati alla realizzazione di un determinato bilanciamento tra interessi contrapposti, diversamente considerati alla luce delle politiche sulla giustizia elaborate dall’ideologia dominante.

“Specificamente” – si è evidenziato – “si stabilisce che un certo fatto o una data categoria di reati siano perseguibili soltanto al sussistere di talune circostanze perché si pospone la pretesa punitiva dello Stato ad altre esigenze che, di volta in volta, il legislatore vuol far prevalere. Si può trattare di esigenze di carattere privato quale la volontà di evitare lo *strepitus fori*, il pudore della vittima, il suo modo di porsi di fronte all’offesa subita e il disvalore che la stessa ritiene di attribuire all’illecito, ovvero di carattere più generale come l’economia processuale e l’esigenza di razionalizzare tempo e risorse nell’amministrazione della giustizia”¹⁰.

Perseguibilità d’ufficio e querela

La stretta connessione intercorrente tra il regime di procedibilità ed il principio di obbligatorietà dell’azione penale costituisce il fondamento della previsione della procedibilità d’ufficio quale regola generale, mentre la perseguibilità a querela di parte, costituendo una indubbia eccezione alla regola¹¹, non può che costituire l’oggetto di una specifica previsione legislativa¹².

L’art. 50, 2° comma, c.p.p., difatti, statuisce che l’azione penale è esercitata d’ufficio quando non è necessaria la querela, la richiesta, l’istanza o l’autorizzazione a procedere e, nel privilegiare il requisito della officialità del potere d’azione¹³, coglie in maniera piena la caratteristica delle condizioni di procedibilità quali elementi che “si risolvono nella restrizione del principio dell’obbligatorietà dell’azione penale di portata costituzionale”¹⁴.

¹ Esse – evidenzia Gaito, voce “Procedibilità (dir. proc. pen.)”, in *Enc. Dir.*, XXXV, 814 – sono costituite “da fatti giuridici (meri accadimenti materiali ovvero manifestazioni di volontà riconducibili alla sfera di disponibilità di soggetti estranei all’organizzazione giudiziaria) il cui avveramento influisce sulle sorti dell’iniziativa processuale; ogniqualvolta la legge stabilisce che la “punibilità” di un reato sia subordinata al verificarsi di una condizione di procedibilità, la potestà di iniziativa del pubblico ministero diretta ad ottenere dal giudice una decisione sulla *notitia criminis* rimane vincolata al concreto verificarsi dell’evento richiesto”. V., inoltre, Saponaro, voce “Querela”, in *Digesto Pen.*, Agg. III, t. 2, 1278; Marandola, *La notizia di reato, l’iscrizione e l’avvio del procedimento*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, Milano, 2015, 485.

² Montagna, *Condizioni di procedibilità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milano, 2009, 108.

³ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 108.

⁴ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 810.

⁵ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura pen-*

le, cit., 108.

⁶ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 108.

⁷ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 108.

⁸ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 108.

⁹ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 108.

¹⁰ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 108. Ma v., anche, Volpe, voce “Querela”, in *Digesto Pen.*, X, 562. Mette bene in evidenza la funzione politica delle condizioni di procedibilità, in vista del risparmio di energie processuali, Cordero, *Procedura penale*, ed VII, 2003, 408.

¹¹ Lo evidenzia, autorevolmente, Leone, voce “Azione penale”, in *Enc. Dir.*, IV, 856. Ma v., anche, Saponaro, voce “Querela”, cit., 1278.

¹² Tonini, *Manuale di procedura penale*, ed. XX, Milano, 2019, 522. V., inoltre, Cordero, *Procedura penale*, cit., 408: “In dati casi il pubblico ministero non è obbligato ad agire; anzi, deve astenersene finché sopravvengano degli eventi (art. 50²) sulla cui natura la vecchia dottrina disputava: condizioni del processo o della pena?”.

¹³ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 284.

¹⁴ Lo ha sottolineato, fin da subito, Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 1992, Bergamini.

Ed allora, se la mancanza o la irrivalenza della querela¹⁵ – ovviamente, nei casi in cui il requisito è richiesto dalla legge – rappresentano “estremi costitutivi della fattispecie procedimentale determinante il dovere di decidere il merito”¹⁶ e dunque delle ipotesi in cui il pubblico ministero è privato del potere di azione¹⁷ e, quindi, deve richiedere l’archiviazione ai sensi dell’art. 411 c.p.p.¹⁸, l’inquadramento della figura nell’ambito della categoria generale costituita dalle condizioni di procedibilità ha altresì consentito di delimitare, rispetto ad essa – ma soprattutto in relazione ai casi di sua mancanza ovvero di sua irrivalente proposizione – autonomi percorsi processuali finalizzati a determinare la cessazione del procedimento inavvertitamente (invalidamente) pervenuto alla fase processuale, agevolando altresì la fuoriuscita da itinerari fondati su inopportuni richiami al concetto di nullità¹⁹.

La regola generale è delineata dall’art. 129, 1° comma, c.p.p., secondo il quale il giudice, riconoscendo che manca una condizione di procedibilità, deve in ogni stato e grado del processo dichiararlo d’ufficio con sentenza²⁰.

La norma, la cui portata è limitata alla fase squisitamente processuale in quanto, rileva la relazione al progetto preliminare, “[n]ella fase delle indagini preliminari [...] le situazioni previste [dalla disposizione] determinano l’archiviazione per infondatezza della notizia di reato [...] ovvero per gli altri casi previsti”²¹, è ispirata ad esigenze di contenimento di superflui impieghi di risorse processuali e, pur estendendone la portata in virtù del riferimento anche allo “stato” del processo, si coordina con le disposizioni legislative che disciplinano gli esiti terminativi dei singoli segmenti processuali.

Si tratta di esiti che, sebbene riconducibili alla nozione lata di proscioglimento²², non danno luogo ad un fenomeno in senso stretto assolutorio, condensandosi in pronunce

le quali, formalizzando una verifica negativa sulla procedibilità – il processo non sarebbe dovuto iniziare mancando l’atto condizionante l’esercizio dell’azione – producono un effetto processuale destinato a precludere al giudice “ogni possibilità di passare ad una valutazione del merito, imponendogli di pronunciare una *absolutio ab observatione iudicii*”²³.

Difatti, “ogni vicenda processuale implica sempre due accertamenti: l’uno si riferisce all’esistenza e validità del rapporto processuale nella sua instaurazione e nel suo sviluppo, l’altro riguarda la decisione nel merito. Il primo accertamento è strumentale e precede tutto il resto [...] [Se non è] valida – quale ne sia la ragione – la costituzione del rapporto processuale, [sono] inesistenti i poteri di condannare o di assolvere. Sicché, ciò verificandosi, il giudice deve solo riconoscere che gli è precluso di decidere”²⁴.

Pertanto, all’esito dell’udienza preliminare il giudice, ai sensi dell’art. 425, 1° comma, c.p.p., pronuncia sentenza di non luogo a procedere allorché ricorre una causa – e la querela incide sul potere d’azione del pubblico ministero, pregiudicandone l’esercizio allorché manchi – per la quale l’azione penale non doveva essere iniziata²⁵.

Negli stessi casi, il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere in via preliminare, enunciandone la causa nel dispositivo, qualora il difetto di querela sia stato rilevato dopo la pronuncia del decreto di rinvio a giudizio e prima dell’inizio del dibattimento.

Si registra, così, un “epilogo “anomalo” di uno stato processuale che, destinato solitamente a sfociare nel dibattimento, vede, invece, arrestarsi il normale sviluppo della serie procedimentale a un momento precedente il suo inizio”²⁶.

Difatti, l’art. 469 c.p.p. delinea un itinerario semplificato²⁷ – connotato, tra le altre cose, dalla inappellabilità della

¹⁵ Come fa notare Saponaro, voce “Querela”, cit., 1283, il riferimento esclusivo dell’art. 345 c.p.p. alla mancanza di una condizione di procedibilità non sembra circoscrivere l’invalidità del rapporto processuale ai soli casi di carenza della stessa.

¹⁶ Gaito, *Procedibilità*, cit., 814, il quale parla, appunto, di “fatti condizionali”.

¹⁷ Come messo in rilievo da Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 522, le condizioni di procedibilità, tradizionalmente costruite come condizioni per l’esercizio dell’azione penale, sono “atti ai quali la legge subordina l’esercizio dell’azione penale in relazione a determinati reati per i quali non si debba procedere d’ufficio”. V., inoltre, Saponaro, voce “Querela”, cit., 1280, il quale riconduce al difetto di querela la statuizione in capo al giudice di un dovere omissivo; Orlandi, voce “Procedibilità”, in *Digesto Pen.*, X, 43, per il quale l’espressione “designa sinteticamente un complesso di fatti e atti il cui mancato verificarsi impedisce l’instaurazione del processo penale”.

¹⁸ La norma, difatti, richiama l’art. 408 c.p.p. e ne estende l’operatività anche ai casi in cui “risulta che manca una condizione di procedibilità”.

¹⁹ Evidenzia Cordero, *Procedura penale*, cit., 409, come “cosa siano querela, richiesta, istanza ed similia, non dipende dalle opinioni dei codificatori; e qui i dati positivi emergono chiarissimi, nonostante l’approssimativa nomenclatura. Nasce invalido il processo instaurato senza tali requisiti: l’unico epilogo corretto è una sentenza che dichiari ‘non doversi procedere’”. V., inoltre, Orlandi, *Procedibilità*, cit., 52: “L’inosservanza non è qui configurabile come causa di nullità, posto che l’azione penale esercitata in mancanza di una condizione, costituisce pur sempre una domanda idonea a provocare una decisione giudiziale, sia pur nella forma preliminare di una *absolutio ab instantia*. L’opzione è condivisa da Saponaro, voce “Querela”, cit., 1283.

²⁰ Sulla disposizione, esaminata anche in prospettiva storicistica, v.

Fonti, *Immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. II, Milano, 2008, 87; Vergine, voce “Cause di non punibilità (Immediata declaratoria delle)”, in *Digesto Pen.*, Agg. VI, 69.

²¹ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 457. V., su questo fondamentale elemento di differenziazione rispetto al codice precedente, Fonti, *Immediata declaratoria di cause di non punibilità*, cit., 99.

²² Con siffatta espressione, fa notare Papagno, voce “Proscioglimento”, in *Digesto Pen.*, Agg. VI, 420, si fa riferimento al provvedimento che libera l’accusato dall’incombente della sanzione, eliminando ogni pretesa punitiva dell’ordinamento.

²³ Lorusso, *Art. 529 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, ed. V, t. II, Milano, 2017, 2627. Ma v., anche, Cordero, *Procedura penale*, cit., 409; Orlandi, *Procedibilità*, cit., 52, per il quale “l’azione esercitata [...] è invalida (id est, inidonea a produrre i propri effetti), solo se riguardata dal punto di vista della sentenza di merito”.

²⁴ Gaito, *Procedibilità*, cit., 816.

²⁵ D’altra parte, l’art. 529, 2° comma, c.p.p. riconduce chiaramente la mancanza di una condizione di procedibilità alle situazioni normative in cui, in termini generali, l’azione penale non deve essere iniziata. V., nello stesso senso, Lorusso, *Art. 529 c.p.p.*, cit., 2627. Sui rapporti intercorrenti tra la disposizione generale e l’art. 425 c.p.p., ricostruiti in termini di integrazione della prima rispetto al secondo, v. Cass. pen., Sez. un., 21 gennaio 2005, De Rosa.

²⁶ Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, 135.

²⁷ Lo studia con completezza, tra gli altri, Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., 135.

sentenza – il ricorso al quale prescinde dall'operatività della sopra richiamata regola generale²⁸ e consente di evitare l'avvio di una fase dibattimentale del tutto superflua in quanto destinata prevedibilmente a sfociare in una pronuncia di proscioglimento ai sensi degli artt. 129 e 529 c.p.p.²⁹

Norma, quest'ultima, la quale compendia uno dei possibili esiti del giudizio dibattimentale, delineando contenuti e portata della sentenza deliberata “dopo la chiusura del dibattimento” (art. 525 c.p.p.) nel caso in cui risulti l'inesistenza di una condizione di procedibilità (art. 529, 1° comma, c.p.p., il quale contiene un riferimento mediato attraverso la considerazione generale dei casi in cui l'azione penale “non doveva essere iniziata”) ovvero, secondo una regola di equivalenza innovativa rispetto al regime processuale previgente³⁰, la prova dell'esistenza di essa sia “insufficiente” o “contraddittoria” (art. 529, 2° comma, c.p.p.)³¹.

Sulla base di siffatta disposizione – la quale include, sebbene implicitamente, anche l'ipotesi di assoluta mancanza di prova – dovrebbe essere il querelante a fornire la dimostrazione dell'esistenza e della ritualità della querela, con la conseguenza che il fallimento dell'indicato onere probatorio imporrebbe una pronuncia di non doversi procedere³².

La costruzione, la quale si pone in linea con l'impostazione sistematica che inquadra le condizioni di procedibilità nell'ambito dei requisiti costitutivi della fattispecie determinante il potere di decidere il merito e secondo cui, dunque, il giudice “deve [...] necessariamente – e prima di ogni altra attività decisoria – accertare la sussistenza in

concreto dell'elemento condizionale, restando compito delle parti, prospettare, ognuna in relazione al proprio interesse, prove ed argomenti, in funzione stimolante e contentutisticamente integratrice dell'obbligatoria indagine giudiziale”³³, si pone in termini antitetici rispetto al consolidato e risalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale grava l'imputato dell'onere di dimostrare, per esempio, la tardività della querela laddove eccedisca l'improcedibilità dell'azione penale³⁴.

In grado di appello, il giudice che dovesse ravvisare la mancanza o l'irritualità della querela – ovvero, l'insussistenza di una condizione di procedibilità diversa – emette sentenza *ex art.* 605, 1° comma, c.p.p. con la quale, in riforma della precedente decisione, dichiara che l'azione penale non doveva essere iniziata per difetto della condizione (art. 529, 1° comma, c.p.p. in relazione all'art. 598 c.p.p.)³⁵.

La Corte di cassazione, poi, pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio allorché risulti che l'azione penale non doveva essere iniziata per difetto di querela (art. 620, 1° comma, lett. a, c.p.p.)³⁶.

Tuttavia, la Suprema Corte ha puntualizzato che la tardività della querela può essere rilevata in sede di legittimità se risulta dalla sentenza impugnata, ovvero da atti da cui sia desumibile immediatamente ed inequivocabilmente il vizio denunciato, senza necessità di una specifica indagine fattuale che, comportando l'accesso agli atti, non è consentita al giudice di legittimità³⁷.

²⁸ V., infatti, Fonti, *Immediata declaratoria di cause di non punibilità*, cit., 105, la quale esamina con attenzione i rapporti tra gli artt. 469 e 129 c.p.p. Nonché, ancora, Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., 135. In ambito giurisprudenziale v., invece, Cass. pen., Sez. un., 25 gennaio 2002, Angelucci.

²⁹ Le due ipotesi vanno, in ogni caso, tenute distinte dal momento che, come posto in rilievo dalla giurisprudenza, la sentenza che dichiara l'improcedibilità dell'azione penale per difetto di querela, pronunciata in pubblica udienza dopo la costituzione delle parti e la dichiarazione di contumacia dell'imputato, deve considerarsi una sentenza dibattimentale pronunciata ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e, in quanto tale, appellabile. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. II, 17 novembre 2004, Carducci; Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 2003, Morro-
ne.

³⁰ Si legge nella relazione al progetto preliminare che la norma è stata “adeguata” alla più precisa formulazione suggerita dalla nuova legge-delega, che definisce la situazione di dubbio come quella in cui la “prova è insufficiente o contraddittoria”. V., sul punto, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 1167. Sulle possibili ripercussioni della previsione, ispirata al principio del *favor rei*, sulla giurisprudenza tradizionale, ispirata invece al principio del *favor querelae*, v. Volpe, voce “Querela”, cit., 583. Nonché, con estrema chiarezza, Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 792.

³¹ Come sottolinea Cordero, *Procedura penale*, cit., 974, “devono constare i presupposti del “doversi procedere”; quando siano dubbi, l'imputato va prosciolto”. Ma v., anche, Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 792: “Se il giudice ha un ragionevole dubbio sulla esistenza della querela (o sulla tempestività della stessa), la situazione è identica alla mancanza della querela: il giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere”. In ogni caso, la giurisprudenza ha precisato che il giudice deve comunque verificare la sussistenza delle condizioni per il proscioglimento nel merito che, nelle fasi anteriori al dibattimento, devono ritenersi presenti soltanto se emerge *ex actis* la prova evidente dell'innocenza dell'imputato. V., in questi termini, Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2009, Faraon e altri; Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 2004, p.m. in proc. Lena e altri.

³² Rigo, *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti*

al tribunale in composizione monocratica, t. 2, Milano, 2009, 607. Ma v., anche Gaito, *Procedibilità*, cit., 817, per il quale “la perplessità travolge l'intero processo, che non si sa se poteva, o non, avere vita”.

³³ Gaito, *Procedibilità*, cit., 817.

³⁴ V., fra le tante, Cass. pen., Sez. fer., 3 settembre 2004, n. 37455; Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 1999, Batzella, secondo cui poiché il decorso del termine comporta decadenza dal diritto di proporre il relativo atto, l'onere probatorio circa la dedotta tardività compete alla parte che intende paralizzare l'esercizio del menzionato diritto. Secondo Cass. pen., Sez. V, 10 novembre 1998, Poli, qualora venga eccepita la tardività della querela, la prova del difetto di tempestività deve essere fornita da chi la deduce ed un'eventuale situazione di incertezza va integrata in favore del querelante; Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 1995, n. 2088.

³⁵ L'art. 598 c.p.p., come è noto, dispone che in grado d'appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado. Nell'ipotesi inversa, relativa cioè al caso in cui il giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato che l'azione penale non doveva essere iniziata, invece, l'art. 604, 6° comma, c.p.p. stabilisce che il giudice d'appello decide nel merito – evidentemente riformando la sentenza impugnata – disponendo eventualmente la rinnovazione del dibattimento.

³⁶ La Corte di cassazione, in particolare, ha annullato senza rinvio per improcedibilità dell'azione penale per mancanza di querela, in un caso in cui, a seguito dell'abrogazione dell'art. 341 c.p. (art. 18, L. 25 giugno 1999, n. 205), il fatto residuo doveva essere sussunto nell'ambito di una diversa fattispecie, punibile a querela della persona offesa. V., infatti, Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 1999, M.M. Sulla mancanza di interesse dell'imputato ad impugnare la sentenza di improcedibilità per mancanza di querela v., soprattutto, Cass. pen., Sez. VI, 22 dicembre 2015, n. 1068.

³⁷ In questi termini v. Cass. pen., Sez. II, 21 giugno 2016, n. 37383; Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2013, n. 32985; Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2012, n. 3214. Ma v., altresì, Cass. pen., Sez. V Sent., 09/02/2015, n. 19241, secondo la quale la tardività della querela non può essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità, trattandosi di eccezione che comporta accertamenti di fatto che sono devoluti al giudice di merito e che, non essendo stati richiesti tempestivamente, sono preclusi nei successivi gradi di giudizio. La presa di posizione

Formalità della querela

Ai sensi dell'art. 337, 1° comma, c.p.p., la dichiarazione di querela è proposta, con le forme previste dall'art. 333, 2° comma, c.p.p., alle autorità alle quali può essere presentata denuncia ovvero a un agente consolare all'estero.

Essa, se munita di sottoscrizione autentica, può essere anche recapitata da un incaricato o spedita per posta in piego raccomandato.

Poiché tutte le sottoscrizioni di atti previste dalla legge, per il conseguimento di effetti giuridici leciti, devono essere vere e genuine, l'aggettivo "autentica" riferito alla sottoscrizione richiama un *quid pluris*, esprimendo una qualità derivante dall'autenticazione, che ne connota la verità e la provenienza³⁸.

L'espressione contenuta nell'art. 337, 1° comma, c.p.p. – la quale, volendo ritenere diversamente, sarebbe del tutto pleonastica³⁹ – è da intendersi, pertanto, nel senso di sottoscrizione autenticata da soggetto a ciò legittimato⁴⁰, dandosi luogo così ad una ineludibile formalità la quale, prescritta a pena di inefficacia⁴¹ a garanzia della sicura provenienza dell'atto dal titolare del diritto e ritenuta dalla Corte costituzionale alla stregua di una "ragionevole cautela resa necessaria dal mancato contatto tra il querelante e gli uffici deputati alla ricezione dell'atto"⁴², potrebbe essere espletata anche dal difensore.

Come precisato dalla Suprema Corte, in contrasto con impostazioni rigidamente formalistiche⁴³ che non hanno trovato l'avallò delle Sezioni unite⁴⁴, l'autenticazione della firma del querelante da parte di un legale deve ritenersi valida solo nel caso in cui questi sia nominato difensore della parte offesa, a norma degli artt. 101, 1° comma e 96, 2° comma, c.p.p., ovvero si possa desumere la volontà di conferirgli mandato dallo svolgimento di concrete attività difensive nel giudizio o da altre dichiarazioni del querelante rese nell'atto di querela, come l'elezione di domici-

lio presso il difensore che ha autenticato la sottoscrizione⁴⁵.

Seguendo un'impostazione sempre di matrice sostanzialista, un orientamento ulteriore ritiene che la nomina può essere desunta dalla stessa autenticazione e dall'attività contestuale alla sottoscrizione dell'atto di querela posta in essere dal legale⁴⁶.

In relazione a siffatte evenienze, la giurisprudenza ha precisato che la querela sottoscritta con firma autenticata dal difensore non richiede ulteriori formalità per la presentazione o spedizione ad opera di un soggetto diverso dal proponente, che può effettuarla anche se non sia munito di procura speciale⁴⁷.

Tra l'altro, l'autenticazione della sottoscrizione è ritenuta ineludibile condizione di validità⁴⁸ quando la dichiarazione di querela venga proposta da un soggetto privato, sia come singolo, sia come legale rappresentante di un ente o di un'associazione, ma non quando la stessa provenga da un pubblico ufficiale, in considerazione delle annotazioni dell'atto, che avvengono in pubblici registri dei quali è doverosa la tenuta ed alla luce della disciplina della legalizzazione, istituto regolato dalla L. 4 gennaio 1968, n. 15, secondo la quale, fatta eccezione per specifiche ipotesi determinate, non sono soggette a legalizzazione le firme apposte dai pubblici funzionari o pubblici ufficiali sopra gli atti dai medesimi formati⁴⁹.

La disposizione distingue il requisito di forma⁵⁰ dalle modalità di presentazione e, correttamente, è stato ritenuto che la querela munita di sottoscrizione apposta dal proponente e ritualmente autenticata – nel caso esaminato, da funzionario delegato dal sindaco – può essere depositata da un qualsiasi incaricato e non necessariamente dal difensore del querelante, dal momento che per il conferimento di detto incarico non sono previste forme particolari, essendo sufficiente anche quello dato oralmente⁵¹.

Inoltre, la Corte Suprema ha sottolineato che in mancanza di firma autenticata l'istanza punitiva deve ritenersi ine-

appena richiamata è stata espressa, anche, da Cass. pen., Sez. III, 14 ottobre 2010, n. 39188.

³⁸ Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 1993, n. 5069.

³⁹ Volpe, voce "Querela", cit., 571.

⁴⁰ V., in questi termini, Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 1993, n. 2940; Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 1993, n. 3719; Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 1993, n. 5069.

⁴¹ Volpe, "Querela", cit., 571.

⁴² Corte cost., 8 aprile 2004, n. 115. V., in precedenza, Corte cost., 29 giugno 1995, n. 287.

⁴³ V., infatti, Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 2007, n. 34945; Cass. pen., Sez. VI, 3 ottobre 2003, n. 49131; Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 1998, n. 11288; Cass. pen., Sez. V, 21 maggio 1997, n. 7520. V., inoltre, Cass. pen., Sez. IV, 8 luglio 1998, n. 9592, la quale negava finanche la sussistenza di un potere di autentica del difensore rispetto alla dichiarazione di querela.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. un., 11 luglio 2006, n. 26549.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. II, 2 febbraio 2017, n. 9187. V., negli stessi termini, Cass. pen., Sez. V, 18 settembre 2015, n. 41037; Cass. pen., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 13813, con la precisazione che la nomina tacita è desumibile anche dalla presentazione dell'atto all'autorità competente ad opera del legale e che l'autentica del difensore, autorizzato dall'art. 39 disp. att. c.p.p., può ritenersi assolta dal difensore mandatario e depositante, che abbia apposto la sua firma sull'atto di querela di seguito a quella del titolare del diritto; Cass. pen., Sez. II, 16 settembre 2008, n. 38905; Cass. pen., Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 39049. Secondo Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2009, n. 46957 – preceduta da Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 1997, n. 4419 e da Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 1996, n. 5472 – la nomina può

essere desunta dalla stessa autenticazione e dall'attività contestuale alla sottoscrizione dell'atto di querela.

⁴⁶ V., in questi termini, Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2009, n. 46957, a sua volta preceduta da Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 1997, n. 4419 e da Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 1996, n. 5472.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. II, 18 dicembre 2014, n. 6342. L'orientamento si pone in linea con quanto statuito da Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 26268. In precedenza v., lungo la medesima prospettiva, Cass. pen., Sez. VI, 10 febbraio 2009, n. 19805. V., rispetto alla spedizione tramite servizio postale, Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 19469.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. V, 25 novembre 1999, n. 96. La querela senza autenticazione della sottoscrizione è, precisa Cass. pen., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 9371, improduttiva di effetti giuridici.

⁴⁹ V., sul tema, Cass. pen., Sez. VI, 28 gennaio 2003, n. 11907; Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2001, n. 44462; Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2001, n. 22779; Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2000, n. 9444; Cass. pen., Sez. VI, 24 marzo 2000, n. 6252; Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 1999, n. 7842. *Contra*, ma isolata, Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 1998, n. 12339. Nonché, rispetto al legale rappresentante di un ente pubblico, Cass. pen., Sez. VI, 28 novembre 1996, n. 710.

⁵⁰ Il quale, precisa Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 9004, deve ricorrere anche se la persona offesa è avvocato, considerato che non vi è alcuna norma che legittimi l'avvocato all'autenticazione della propria firma, ove agisca come privato cittadino.

⁵¹ Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2010, n. 16564. V., in termini identici, Cass. pen., Sez. II, 9 dicembre 2003, n. 2623; Cass. pen., Sez. V, 14 gennaio 1999, n. 3019.

sistente⁵² con conseguente improcedibilità dell'azione penale⁵³, anche se il rigore della conclusione predetta è temperato dall'attribuzione di rilevanza, ai fini della validità della querela priva di autenticazione, alla circostanza che la stessa sia depositata contestualmente all'atto di nomina del difensore di fiducia della medesima persona offesa con firma autenticata dal legale⁵⁴.

Il rinvio alla disposizione relativa alla denuncia consente di distinguere la dichiarazione scritta da quella orale e, precisa l'art. 337 c.p.p., quando la querela è proposta oralmente, il verbale in cui essa è ricevuta è sottoscritto dal querelante o dal procuratore speciale.

I soggetti legittimati a ricevere la dichiarazione di querela sono individuati nel pubblico ministero e nell'ufficiale di polizia giudiziaria ovvero, con una precisazione che codifica quanto la migliore dottrina riteneva sotto il vigore del codice abrogato⁵⁵, l'agente consolare all'estero.

In relazione al pubblico ministero, esso è da intendersi come ufficio connotato da una complessa organizzazione – costituito, quindi, anche da personale di segreteria che per legge ha compiti di registrazione di atti e di certificazione di attività che si compiono nell'ufficio medesimo – e non come persona fisica, di talché è condivisibile – ritenere diversamente, è stato evidenziato, significherebbe privilegiare un rigorismo formale che è privo di ogni reale carica garantistica⁵⁶ – l'orientamento secondo il quale deve ritenersi ritualmente proposta la querela presentata presso gli uffici della procura della Repubblica e ricevuta da persona ivi addetta, la quale si sia limitata, dopo aver registrato l'atto, ad apporvi la propria sigla senza altre precisazioni, atteso che, in difetto di prova contraria, deve presumersi che l'atto sia stato ricevuto da funzionario competente⁵⁷.

Per quel che riguarda la p.g., invece, la giurisprudenza ha chiarito che è valida la querela ricevuta da un agente, anziché da un ufficiale, purché la presentazione della stessa sia effettuata da un soggetto regolarmente identificato presso un ufficio sottoposto al comando di un ufficiale di polizia giudiziaria, che proceda all'inoltro dell'atto all'autorità competente⁵⁸.

Per contro, non risponde alla formalità prevista dall'art. 337 c.p.p. la querela ricevuta da un agente di p.g. che non stia coadiuvando l'ufficiale ma che lo sostituisca completamente nell'attività a lui riservata, che non sia iscritta nei

registri dell'ufficio e che non sia neppure portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria⁵⁹.

La precisazione normativa ha portato la dottrina a ritenere che l'indicazione dei soggetti legittimati sia tassativa, ragione per la quale le autorità indicate dovrebbero considerarsi le uniche possibili destinatarie della querela⁶⁰.

Tuttavia, la *ratio* della previsione, individuata nell'esigenza di rispettare i requisiti della certezza della provenienza e della presentazione, ha indotto la giurisprudenza a ritenere – si prescinde, naturalmente, dall'indicazione normativa contenuta nell'art. 123 c.p.p. rispetto alle persone detenute – che la querela sia validamente presentata anche se ad un ufficio giudiziario diverso da quello del pubblico ministero⁶¹ ovvero diverso da quello competente a procedere per il reato oggetto della stessa⁶².

La dichiarazione di querela proposta dal legale rappresentante di una persona giuridica, di un ente o di una associazione – soggetti indiscutibilmente titolari del relativo diritto, del quale devono soltanto regolarsi, quindi, le forme di esplicazione in concreto⁶³ – deve contenere, quale requisito ulteriore rispetto all'autenticità della sottoscrizione⁶⁴, l'indicazione specifica della fonte dei poteri di rappresentanza.

La norma tende a coniugare il carattere organizzato degli enti plurisoggettivi – e, dunque, le peculiarità che ne connotano i profili attinenti alla formazione della volontà secondo le dinamiche dell'immedesimazione organica⁶⁵ – con le esigenze di certezza della provenienza dell'atto da chi è titolare di poteri di manifestazione esterna della volontà stessa⁶⁶.

Essa si riferisce all'ipotesi in cui la persona fisica agisce in nome e per conto dell'aggregato collettivo in forza del rapporto organico, in quanto titolare del potere di rappresentanza conferitole, dalla legge o dallo statuto, in virtù della carica ricoperta, per cui al di fuori di questa ipotesi – nella quale la dichiarazione si considera emessa personalmente dalla società per mezzo del suo organo – la querela può essere proposta da altro soggetto, in nome e per conto del querelante, solo in forza di una procura speciale rilasciata ai sensi dell'art. 122 c.p.p.

Sebbene in dottrina si sostenga, sulla base della collocazione della querela nell'ambito della categoria degli atti di straordinaria amministrazione, che organo legittimato a va-

⁵² Cass. pen., Sez. II, 5 dicembre 2014, n. 52601.

⁵³ Cass. pen., Sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 21447.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. V, 28 gennaio 2009, n. 9722.

⁵⁵ Volpe, voce "Querela", cit., 570. Sulla funzione della previsione di superare i dubbi relativi alla possibilità di integrazione analogica dell'art. 6 c.p.p. abr., v. Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 812.

⁵⁶ Dinacci, voce "Querela", in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 56 (nt. 106).

⁵⁷ Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 12349. V., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 15 giugno 2001, n. 31704; Cass. pen., Sez. V, 21 marzo 2000, n. 1697. In dottrina v., invece, Volpe, voce "Querela", cit., 570, il quale enuclea la soluzione favorevole dal combinato disposto degli artt. 109 c.p.p. e 107 disp. att. c.p.p., a fronte di una disciplina che non affronta esplicitamente il problema.

⁵⁸ Cass. pen., Sez. fer., 10 agosto 2017, n. 39592. Negli stessi termini v., altresì, Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2007, n. 15797.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. IV, 20 ottobre 2003, n. 49497.

⁶⁰ Volpe, voce "Querela", cit., 570.

⁶¹ Cass. pen., Sez. IV, 22 marzo 2006, n. 19198, la quale ha ritenuto valida la presentazione al tribunale, in ragione della potestà

certificativa riconosciuta in capo all'ufficio ricevente. Secondo Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2005, n. 43320, è valida la querela presentata al Procuratore nazionale antimafia, ma solo perché quest'ultimo, benché non competente *ratione materiae* per i fatti ivi esposti, è comunque organo legittimato a promuovere l'azione penale e pertanto ad essere destinatario della querela.

⁶² Cass. pen., Sez. IV, 31 marzo 1990, Marcelletti.

⁶³ Volpe, voce "Querela", cit., 576. V., inoltre, Dinacci, voce "Querela", cit., 51.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. II, 10 novembre 2016, n. 51565.

⁶⁵ Sul concetto di organo e sulla sua estensibilità anche agli enti di fatto delle caratteristiche del c.d. rapporto organico v., tra gli altri, Giampieri, voce "Organo della persona giuridica", in *Digesto Civ.*, XIII, 189; Giannini, voce "Organi (teoria generale)", in *Enc. Dir.*, XXXI, 37.

⁶⁶ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 119, la quale sottolinea come la norma tende ad "agevolare il controllo da parte dell'autorità giudiziaria circa la legittimazione processuale del soggetto querelante".

lutare l'opportunità di proporla sia il consiglio di amministrazione o l'assemblea dei soci, in quanto organi legittimati alla formazione della volontà processuale⁶⁷, la giurisprudenza ritiene che certamente il legale rappresentante di una società di capitali è legittimato, in mancanza di uno specifico divieto statutario o assembleare, a sporgere la querela senza necessità di specifico e apposito mandato, in quanto titolare dei poteri di gestione e di rappresentanza per tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale e per le attività funzionali al raggiungimento degli scopi della società⁶⁸.

Sebbene, nell'ambito di prospettive comunque diversificate, si ritenga in dottrina che, *ex art. 337, 3° comma, c.p.p.*, debba quanto meno indicarsi la fonte del potere, non essendo sufficiente l'indicazione del mero possesso della qualità⁶⁹, la giurisprudenza ritiene che l'onere di indicare la fonte specifica dei poteri di rappresentanza sia adempiuto con la mera indicazione della qualifica di amministratore, senza necessità di ulteriori allegazioni, poiché tale indicazione comporta l'implicito riferimento all'art. 2384 c.c., che costituisce la fonte della legittimazione⁷⁰.

Se, tuttavia, l'effettiva titolarità del potere di proporre querela viene formalmente contestata, il giudice è tenuto a procedere alla verifica in concreto della sua sussistenza⁷¹.

La presa di posizione si coordina con l'osservazione secondo cui l'art. 337, 3° comma, c.p.p., ai fini della riferibilità di una querela ad una persona giuridica, si limita a richiedere l'indicazione della fonte dei poteri di rappresentanza da parte del soggetto che la presenta e non già la prova della veridicità delle dichiarazioni di quest'ultimo sul punto, la quale deve presumersi fino a contraria dimostrazione⁷².

È pienamente valida, altresì, la querela presentata dal socio accomandatario di una società in accomandita semplice, legittimato ai sensi dell'art. 2318 c.c., senza che sia necessaria l'indicazione specifica dei poteri di rappresentanza, in quanto conferitigli *ex lege*⁷³.

Il socio di una società in nome collettivo, a sua volta, adempie all'onere di indicazione della fonte dei poteri di rappresentanza della società con la mera indicazione della qualità di socio, perché è principio generale che la società in nome collettivo stia in giudizio per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza, la quale spetta disgiuntamente a ciascuno degli stessi soci per tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, ogni eventuale limitazione dovendo trovare espressa indicazione dell'atto costitutivo⁷⁴.

Il legale rappresentante di un ente può rilasciare procura

in via preventiva *ex art. 37 disp. att. c.p.p.* per l'eventualità in cui si verificano i presupposti della presentazione della querela nell'interesse dell'ente stesso e, secondo il più recente orientamento della Suprema Corte, se la procura non contempla l'indicazione delle tipologie di reato in presenza delle quali attivare la condizione di procedibilità, il relativo potere deve intendersi implicitamente devoluto per tutti i reati desumibili dall'oggetto sociale⁷⁵.

Secondo una diversa impostazione, invece, ai fini della validità della procura speciale rilasciata in via preventiva da una persona giuridica è necessario che la stessa indichi tutti gli elementi utili alla individuazione della volontà del mandante al momento del suo rilascio e, dunque, è necessario che questi precisi quantomeno per quali tipologie di reato intende che venga proposta querela o in quali particolari situazioni il mandatario debba attivarsi⁷⁶.

L'autorità che riceve la querela, precisa l'art. 337, 4° comma, c.p.p., deve provvedere all'attestazione della data e del luogo della presentazione, all'identificazione della persona che la propone e, fatta salva la peculiare dinamica relativa all'ipotesi di procedimenti di competenza del giudice di pace⁷⁷, alla trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero.

Su richiesta della persona che presenta la querela, inoltre, deve rilasciare apposita certificazione della ricezione, anche mediante apposizione di essa in calce alla copia dell'atto⁷⁸.

Il complesso di adempimenti di pertinenza dell'ufficio ricevente – i primi due dei quali costituiscono quella che impropriamente viene definita ratifica⁷⁹ – assolve ad una funzione di garanzia rispetto alla verifica di tempestività dell'atto, all'identità del proponente alla luce soprattutto dell'osservanza delle forme preordinate all'assicurazione della provenienza e, infine, alla veicolazione della querela, dei documenti eventualmente presentati unitamente ad essa e della documentazione redatta dalla p.g. al titolare delle indagini preliminari.

Nonostante l'importanza che ciascun adempimento riveste nell'ambito della procedura, la giurisprudenza ha privilegiato un approccio poco rigoroso e, così, ha in più occasioni ribadito che l'omessa trasmissione della querela all'ufficio del pubblico ministero non ne determina l'invalidità o l'inefficacia, né comporta violazione del diritto di difesa, in quanto detta norma non può essere ricondotta al novero delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato, la cui inosservanza integra una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178, 1° comma, lett. c), c.p.p.⁸⁰.

Ha, inoltre, ricondotto l'esigenza di ratifica alla dichiara-

⁶⁷ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 119.

⁶⁸ V., in questi termini, Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2019, n. 45402; Cass. pen., Sez. VI, 26 aprile 2012, n. 16150.

⁶⁹ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 120. Così appare orientato, inoltre, Saponaro, voce "Querela", cit., 1285.

⁷⁰ Cass. pen., Sez. II, 26 giugno 2019, n. 36119, la quale ha evidenziato, inoltre, che la procura speciale prevista dall'art. 122 c.p.p. è necessaria solo nel caso in cui il potere di rappresentanza abbia fonte negoziale o sia presentata da soggetto terzo che con la società querelante non abbia alcun rapporto organico.

⁷¹ Cass. pen., Sez. II, 4 aprile 2019, n. 29588.

⁷² Cass. pen., Sez. II, 4 marzo 2008, n. 12455.

⁷³ Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 2016, n. 50715.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. II, 14 maggio 2010, n. 33471.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. II, 9 dicembre 2016, n. 1878.

⁷⁶ Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2012, n. 25138.

⁷⁷ L'art. 11, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, difatti, attribuisce alla p.g. la funzione investigativa, con un obbligo di relazione al pubblico ministero che riguarda gli esiti investigativi e deve essere adempiuto entro quattro mesi dalla ricezione della notizia di reato. V., sul tema, Pansini, *La fase delle indagini preliminari, in Il giudice di pace*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 145.

⁷⁸ V., a tale proposito, Cass. pen., Sez. V, 5 marzo 2004, n. 17662, la quale ha escluso che, in assenza di una specifica richiesta, l'autorità debba procedere all'adempimento, previsto dall'art. 107 disp. att. c.p.p. In termini v., poi, Cass. pen., Sez. V, 6 novembre 2000, n. 8617.

⁷⁹ Volpe, voce "Querela", cit., 571. Essa, chiarisce Cass. pen., Sez. V, 14 gennaio 2004, n. 6245, può essere effettuata dall'ufficiale di p.g. anche in un foglio separato.

⁸⁰ V., infatti, Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2020, n. 16470.

zione presentata in forma scritta⁸¹ ed ha chiarito, sia pure in presenza di un diverso orientamento della dottrina⁸², che la mancata o l'incompleta identificazione da parte dell'autorità ricevente del soggetto che presenta la querela – identificazione che, è stato rimarcato, può avvenire in qualsiasi modo, ivi inclusi la conoscenza personale o una precedente identificazione⁸³, e che può essere anche successiva ma comunque entro i termini di cui all'art. 124 c.p.⁸⁴ – non determina l'invalidità dell'atto allorché ne risulti comunque accertata la sicura provenienza sulla base di atti diversi ovvero della successiva costituzione di parte civile⁸⁵.

Lungo la medesima linea di pensiero si pone l'orientamento secondo il quale deve ritenersi valida la querela presentata personalmente dal querelante alla competente autorità, pur in assenza della specificazione delle modalità di accertamento della identità del presentatore nell'attestazione di ricezione di un atto pre-formato di querela, allorché detta attestazione dia atto della identità del proponente e nessun dubbio sia sorto o sia prospettato sulla verità di detta indicazione, in quanto l'art. 337 c.p.p. si limita ad imporre al pubblico ufficiale che riceve la querela di accertare l'identità di colui che la propone e, in tal caso, l'identificazione del querelante deve darsi per avvenuta⁸⁶.

I requisiti di forma della querela

La querela, è stato lodevolmente rimarcato, “se da un lato rimuove un ostacolo al promovimento dell'azione penale, dall'altro non determina in sé l'instaurazione del processo. Senza la querela, il processo non può aver luogo, dovendo il pubblico ministero astenersi dall'agire; tuttavia, presentata la querela, non si ha processo se non in seguito all'esercizio dell'azione penale”⁸⁷.

Distinta dall'azione, essa “[n]asce da una metamorfosi riduttiva dell'azione privata”⁸⁸ e, dunque, costituisce “un atto a forma libera per mezzo del quale si manifesta la

volontà che si proceda in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato”⁸⁹.

Ricondotta nell'ambito della categoria generale degli “atti processuali” in quanto diretta ad incidere sulla costituzione del rapporto processuale⁹⁰, il rilievo della volontà della persona offesa rispetto ai fini dell'atto ne ha giustificato la collocazione, non senza contrasti, nell'ambito della nozione di “negozio giuridico processuale penale”⁹¹.

La definizione poco sopra riportata coincide con la puntuale nozione normativa dell'atto di querela: essa, chiarisce l'art. 336 c.p.p., è proposta mediante dichiarazione nella quale, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, si manifesta la volontà che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato⁹².

Costoro, in ragione del rinvio contenuto nell'art. 337, 1° comma, c.p.p. all'art. 333, 2° comma, c.p.p., devono sottoscrivere la querela proposta in forma scritta, mentre, in caso di proposizione in forma orale, devono sottoscrivere il verbale in cui la dichiarazione è ricevuta.

Occorre distinguere le due ipotesi, inoltre, sul versante della validità, dal momento che solo nel caso all'art. 337, 1° comma, c.p.p. – concernente la querela redatta dall'interessato che sia presentata per iscritto – e non anche nell'ipotesi di cui all'art. 337, 2° comma, c.p.p. – riguardante il caso in cui la dichiarazione di querela sia compiuta in forma orale e consegnata in un processo verbale redatto dall'autorità che la riceve – l'assenza di sottoscrizione comporta l'invalidità della querela e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, mentre tale invalidità non opera nell'ipotesi di cui all'art. 337, 2° comma, c.p.p., trattandosi di omissione ascrivibile al pubblico ufficiale a fronte dell'inequivoca volontà di punizione esternata dal querelante, compiutamente identificato e rispettoso della disciplina concernente la proposizione della querela⁹³.

Ma la giurisprudenza, in relazione alla sottoscrizione, esprime anche una posizione meno rigorista, secondo la quale la presentazione alla polizia giudiziaria dell'atto scrit-

⁸¹ Così, infatti, Cass. pen., Sez. VI, 26 gennaio 2011, n. 4622; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2007, n. 46964; Cass. pen., Sez. IV, 21 marzo 2007, n. 24836.

⁸² V., infatti, Volpe, voce “Querela”, cit., 571.

⁸³ Così, in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2006, n. 30044; Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2002, n. 8142; Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2000, n. 4625; Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2000, n. 2904; Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2000, n. 1173.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2002, n. 41227.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 26268. V., successivamente, Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2019, n. 5446. Nonché, in precedenza, Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2012, n. 9106; Cass. pen., Sez. V, 1° dicembre 2010, n. 10137; Cass. pen., Sez. II, 11 novembre 2010, n. 43712; Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2006, n. 16549; Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2005, n. 15253; Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2004, n. 29660; Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2003, n. 18776. *Contra*, invece, Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 15210; Cass. pen., Sez. V, 7 giugno 2001, n. 32697. Secondo Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2000, n. 13055, non incide sull'efficacia della querela l'omessa sottoscrizione del verbale di ratifica da parte dell'ufficiale di p.g.

⁸⁶ Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 2008, n. 31980.

⁸⁷ Dinacci, voce “Querela”, cit., 39, secondo il quale il ruolo processuale della querela è incontrovertibile: “essa, rimuovendo il riferito “dovere omissivo”, dà l'avvio ad una serie di investigazioni preparatorie di quell'atto (del pubblico ministero) avente come destinatario il giudice”.

⁸⁸ Cordero, *Procedura penale*, cit., 410.

⁸⁹ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 116. V., inoltre, Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 522.

⁹⁰ Dinacci, voce “Querela”, cit., 47, per il quale, quindi, ai fini della sua operatività e validità, la querela deve essere considerata alla luce delle norme processuali. In senso contrario v., invece, Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. II, Milano, 2008, 3, sulla base dell'assunto che gli atti in cui si sostanzia la notizia di reato si collocano al di fuori della sequenza procedimentale penale.

⁹¹ Volpe, voce “Querela”, cit., 565; Saponaro, voce “Querela”, cit., 1282. V., in senso contrario, Dinacci, voce “Querela”, cit., 48, secondo cui il richiamo alla nozione di matrice civilistica costituirebbe “una etichetta nominalistica, priva, cioè, di ogni significazione e immaginata sulla base di esasperate analisi classificatorie”. In giurisprudenza v., invece, Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2003, n. 19827, la quale qualifica l'atto come negozio giuridico. Parla di “atto negoziale di diritto pubblico”, poi, Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 2000, n. 4695.

⁹² I compilatori, nel predisporre la disposizione, avevano puntato ad una maggiore precisione sul versante dei contenuti volendo tuttavia evitare riferimenti alla natura giuridica dell'atto. V., infatti, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 811.

⁹³ Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 576. Secondo Volpe, voce “Querela”, cit., 571, il venire meno della previsione espressa di inefficacia della querela rispetto al codice abrogato non consente di dubitare della sua invalidità in caso di mancata sottoscrizione del verbale. L'indispensabilità della sottoscrizione era stata sottolineata, in termini rigorosi, da Cass. pen., Sez. V, 11 luglio 1994, n. 9704.

to di querela privo di sottoscrizione deve ritenersi equivalente alla presentazione orale della querela stessa e la sua ratifica equivale a una conferma della narrazione dei fatti contenuta nell'atto scritto, sicché la sottoscrizione del verbale di ratifica è equipollente alla sottoscrizione della querela orale⁹⁴.

In relazione alla querela proposta dalla persona analfabeta, dopo avere ribadito che il segno della croce non può in generale considerarsi una firma o una sottoscrizione né può ricollegarsi ad essa alcun effetto giuridico, la Suprema Corte ha fatto salva l'ipotesi di colui che non sia in grado di scrivere e, in tal caso, il pubblico ufficiale al quale l'atto sia presentato per iscritto o oralmente, accertata l'identità della persona, deve farne apposita annotazione ai sensi dell'art. 110, 3° comma, c.p.p.⁹⁵.

Se, dunque, per il principio di "personalità" della querela, la titolarità del diritto spetta alla persona offesa dal reato – a differenza, dunque, della denuncia, che concretandosi in una semplice *notitia criminis* può pervenire da chiunque⁹⁶ – il legislatore prevede la possibilità di manifestare la volontà di procedere – dunque, di distinguere su base volontaria il soggetto titolare del diritto dal soggetto che lo esercita⁹⁷ – mediante procuratore speciale⁹⁸ da designare secondo le forme previste dall'art. 122 c.p.p.⁹⁹.

La Suprema Corte ha precisato che, in siffatta evenienza, la norma appena richiamata, nell'indicare i requisiti di validità della procura, precisa che l'atto non può risolversi in un generico mandato a proporre querela¹⁰⁰, ma deve contenere la determinazione dell'oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce, essendo altresì consentito a norma dell'art. 37 disp. att. c.p.p. che la procura speciale sia rilasciata in via preventiva, nell'eventualità che si verificano i presupposti per il compimento dell'atto al quale la procura di riferisce¹⁰¹.

Il necessario riferimento alla disposizione generale consente poi di dedurre che, qualora la procura speciale sia rilasciata mediante scrittura privata al difensore, la sottoscrizione può essere autenticata dal difensore medesimo ed

essa – ha precisato la Suprema Corte – è validamente effettuata anche dal difensore che non sia stato ancora formalmente ed espressamente nominato, giacché in tal caso, proprio sulla base della stessa autenticazione e dell'attività contestuale alla sottoscrizione dell'istanza di punizione, può desumersi l'esistenza di una nomina tacita¹⁰².

L'atto, sul piano sostanziale, "[h]a due contenuti: N narra un fatto (fin qui niente distingue querela e denuncia), indi chiede che l'autore (identificato o no) sia perseguito penalmente"¹⁰³.

La ricostruzione giurisprudenziale del contenuto della querela, traendo spunto dal fatto che manca un modulo predefinito dal legislatore e, dunque, incentrando l'attenzione sulla manifestazione di una volontà persecutoria dell'autore del fatto, ha generato una sequenza di massime in cui trova ampio spazio il principio del *favor querelae*, tra l'altro espressamente richiamato in varie occasioni¹⁰⁴ in ragione della indispensabilità di un'attività interpretativa dei contenuti degli atti processuali che permetta di "superare le pastoie rigorosamente ed esasperatamente formalistiche, quasi sempre volte a realizzare posizioni di comodo"¹⁰⁵.

Si è così stabilito che, ferma rimanendo la validità della querela il cui contenuto sia determinato *per relationem* ad altri atti specificamente richiamati¹⁰⁶, non compete al querelante dare la qualificazione giuridica del fatto, dovendo egli limitarsi ad esporlo nella sua materialità, atteso che il diritto di querela concerne unicamente il fatto delittuoso, quale enunciato nella sua essenzialità¹⁰⁷.

Inoltre, per il principio secondo cui la querela concerne il fatto e non il colpevole¹⁰⁸, l'inesatta indicazione delle generalità del querelato è irrilevante, essendo sufficiente che l'atto contenga l'inequivoca manifestazione dell'intenzione del querelante affinché si proceda penalmente nei confronti dell'autore del reato, anche se costui sia ignoto o non correttamente identificato¹⁰⁹.

Sul versante volitivo, invece, se da un lato si è ribadita la necessità di distinguere la querela dalla denuncia¹¹⁰, dal-

⁹⁴ Cass. pen., Sez. VI, 24 ottobre 2003, n. 4897. In termini v., in precedenza, Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2002, n. 7375; Cass. pen., Sez. VII, 28 maggio 2002, n. 31646. Nonché, successivamente, Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 2010, n. 17681. Secondo Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 117, "la sottoscrizione è indispensabile e la sua mancanza preclude l'esercizio dell'azione penale".

⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 27975. In ambito dottrinario v., negli stessi termini in relazione alla disciplina previgente, Dinacci, voce "Querela", cit., 55.

⁹⁶ Lo mette in rilievo, soprattutto, Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 2000, n. 4695.

⁹⁷ V., sul punto, Dinacci, voce "Querela", cit., 53; Volpe, voce "Querela", cit., 570.

⁹⁸ Il quale, ha modo di chiarire Cass. pen., Sez. II, 6 ottobre 2009, n. 40981, ha facoltà di sub-delegare un terzo per l'incombente, se detta facoltà è prevista dalla procura speciale.

⁹⁹ Volpe, voce "Querela", cit., 570; Saponaro, voce "Querela", cit., 1286. Come evidenzia Bonessi, *Procuratori speciali*, in *Digesto Pen.*, X, 243, il legislatore, "pur considerando possibile la procura speciale, ne ha sottoposto l'efficacia alla presenza di una numerosa serie di requisiti, sia di natura formale sia, in un certo senso, di tipo sostanziale".

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2016, n. 28807.

¹⁰¹ Cass. pen., Sez. II, 5 maggio 2011, n. 33319. In ambito dottrinario v., nei medesimi termini, Marandola, *La notizia di reato*, cit., 488. Escludono la possibilità di una procura preventiva a querelare, invece, Volpe, voce "Querela", cit., 570; Saponaro, voce "Querela", cit., 1286.

¹⁰² Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 2003, n. 24813. Secondo Cass. pen., Sez. II, 8 luglio 2003, n. 34547, è necessario che la procura sia perfezionata in ogni sua parte, secondo le forme prescritte dall'art. 122 c.p.p. nel momento in cui l'atto viene formalizzato.

¹⁰³ Cordero, *Procedura penale*, cit., 413.

¹⁰⁴ V., tra le altre, Cass. pen., Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5193; Cass. pen., Sez. V, 18 giugno 2015, n. 2293; Cass. pen., Sez. V, 6 dicembre 2013, n. 15691.

¹⁰⁵ Dinacci, voce "Querela", cit., 54.

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. V, 10 ottobre 2019, n. 2472. Concorda con siffatto orientamento, che l'art. 336 c.p.p. non da ragione di mutare, Volpe, voce "Querela", cit., 568. Secondo Dinacci, voce "Querela", cit., 55, l'enunciazione del fatto storico, che non va neppure qualificato giuridicamente, può anche essere implicita o presunta.

¹⁰⁷ Così Cass. pen., Sez. V, 1° luglio 2020, n. 27964. Nonché, anni prima, Cass. pen., Sez. VI, 16 novembre 2010, n. 45547; Cass. pen., Sez. V, 12 giugno 1992, Zatterin. In dottrina v., come già detto, Dinacci, voce "Querela", cit., 55. Nonché, altresì, Marandola, *La notizia di reato*, cit., 491.

¹⁰⁸ Volpe, voce "Querela", cit., 569.

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 2020, n. 13281.

¹¹⁰ Per cui, evidenzia Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2019, n. 50949, la volontà di proporre querela non è desumibile dalla presentazione di un mero atto di denuncia che, anche se accompagnato dalla copia della videoregistrazione dell'azione criminosa e da indicazioni finalizzate al rintraccio del colpevole, sia privo di qualunque espressione indicativa della volontà del denunziante di perseguire il respon-

l'altro si è evidenziato in generale che la volontà del querelante deve essere ricostruita¹¹¹ non già in base al mero senso letterale delle espressioni usate, ma attraverso l'indagine della effettiva volontà della parte non vincolata a manifestarla con l'uso di formule rituali¹¹² e tenuto altresì conto della sua condotta, anche successiva alla presentazione della istanza di punizione, purché, ovviamente ricollegabile alla originaria manifestazione di volontà¹¹³.

Fermo rimanendo, quindi, il rilievo di un intendimento selettivo dell'autore, posto che la querela rende perseguibili tutti i reati ravvisabili nell'esposizione dei fatti a meno che sia espressamente limitata ad uno o ad alcuni di essi¹¹⁴.

Orbene, è stata ritenuta sufficiente manifestazione di volontà di esercitare il diritto di querela, oltre alla formale ratifica di una precedente denuncia¹¹⁵, l'espressa qualificazione formale dell'atto, costituendo il termine "querela" sintesi della manifestazione della volontà che lo Stato proceda penalmente in ordine al fatto di reato in essa descritto¹¹⁶.

Allo stesso modo, la sollecitazione rivolta all'autorità giudiziaria di "voler prendere provvedimenti al più presto" contenuta nell'integrazione di una precedente denuncia, costituendo manifestazione della volontà di punizione dell'autore del reato, conferisce all'atto valore di querela¹¹⁷.

Anche la dichiarazione con la quale la persona offesa, all'atto della denuncia, si costituisce o si riserva di costituirsi parte civile deve essere qualificata come valida manifestazione del diritto di querela¹¹⁸, così come assume rilievo ai fini della validità della querela la manifestazione della

volontà di punizione desumibile dall'espressione, utilizzata dalla persona offesa dopo l'esposizione dei fatti, "sporgo formale querela"¹¹⁹ ovvero dalla formula con cui si richiede che vengano perseguiti i reati ravvisati¹²⁰ o che "sia fatta giustizia"¹²¹ o, ancora, si dichiara di denunciare "ad ogni effetto di legge"¹²².

Infine, l'estensione della già avvenuta costituzione di parte civile alle imputazioni oggetto di contestazione suppletiva, disposta ai sensi dell'art. 516 c.p.p., integra una valida manifestazione del diritto di querela, esprimendo tale atto la volontà della persona offesa di punizione del reo, a condizione che intervenga entro il termine generale previsto dall'art. 124, 1° comma, c.p.p., decorrente dalla data della nuova contestazione¹²³.

Ai fini del corretto svolgimento dell'azione penale, nel caso di reato perseguibile a querela di parte, non è stata ritenuta sufficiente, perché potesse ritenersi realizzata la condizione di procedibilità, la notazione effettuata da parte dei verbalizzanti e contenuta in un verbale di sommarie informazioni, che la querela sia stata presentata, perché la proposizione di istanza punitiva è atto formale che deve essere acquisito agli atti del dibattimento, ai sensi dell'art. 431 c.p.p.¹²⁴.

Il difetto di querela nell'ambito del procedimento

La procedibilità a querela influisce sulla dinamica procedimentale in relazione a diversi profili.

Essa, infatti, costituisce la premessa per l'instaurarsi di

sabile. V., altresì, Cass. pen., Sez. V, 19 novembre 2014, n. 11075, secondo cui la denuncia formalmente presentata per un fatto originariamente qualificato come perseguibile d'ufficio, e poi ritenuto, invece, integrativo di un reato perseguibile a querela, è idonea ad assumere anche valore di querela, sempre che essa non si limiti alla mera esposizione dei fatti, ma esprima la volontà che, indipendentemente dalla loro apparente qualificazione giuridica, si proceda nei confronti del responsabile. V., poi, Cass. pen., Sez. fer., 2 agosto 2012, n. 36001; Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2003, n. 11386; Cass. pen., Sez. VI, 21 settembre 1992, Porcellana.

¹¹¹ Ricostruzione la quale, ha puntualizzato Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2014, n. 10254, si sottrae al sindacato di legittimità se rispondente alle regole della logica e del diritto.

¹¹² Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2011, n. 46994. Negli stessi termini v., contestualmente, Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2011, n. 24381. E, anni addietro, Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 1995, n. 864; Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 1993, n. 210. Ritiene corretta l'impostazione giurisprudenziale, in ambito dottrinale, Volpe, voce "Querela", cit., 565, il quale non manca di ravvisare possibili distorsioni. V., altresì, Dinacci, voce "Querela", cit., 55, evidenziando che "anche qui (in caso di dubbio) bisogna esaminare gli elementi nella loro globalità al fine di identificare l'effetto proprio dell'atto".

¹¹³ Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2003, n. 19827. Richiama i precedenti in questo senso, condividendoli, Cass. pen., Sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150, la quale affronta talune problematiche ermeneutiche poste dall'art. 12, D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36. In senso parzialmente diverso v., però, Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 7532, secondo cui la volontà di proporre querela, pur non dovendo essere manifestata in formule sacramentali, deve essere chiara e inequivocabile e non è desumibile dalla costituzione di parte civile allorché il tenore della denuncia risulti del tutto privo di indicazioni relative alla volontà di perseguire il responsabile del reato, non potendo tale intenzione essere dedotta dal comportamento successivo alla presentazione della denuncia.

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. II, 9 aprile 2009, n. 30128.

¹¹⁵ Secondo Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 1997, n. 11726, è sufficiente che la denuncia di un fatto costituente reato alla p.g. venga

successivamente ratificata, dovendosi dedurre da tale comportamento la implicita volontà di perseguire penalmente l'autore dei fatti denunciati. In senso critico v., però, Volpe, voce "Querela", cit., 566, per il quale la ratifica – ossia l'identificazione del querelante ad opera dell'autorità procedente – dovrebbe comunque integrare e chiarire la volontà della persona offesa di proporre querela.

¹¹⁶ V., infatti, Cass. pen., Sez. IV, 30 gennaio 2020, n. 10789; Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 1710; Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2005, n. 12451; Cass. pen., Sez. V, 28 aprile 2004, n. 26635. Secondo Cass. pen., Sez. IV, 7 novembre 2019, n. 3733, ai fini della validità della querela, la manifestazione della volontà di perseguire l'autore del reato è univocamente desumibile dall'espressa qualificazione dell'atto, formato dalla polizia giudiziaria, come "verbale di denuncia querela", qualora l'atto rechi la dichiarazione, sottoscritta dalla persona offesa "previa lettura e conferma", di sporgere "la presente denuncia-querela". V., negli stessi termini, Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 42994.

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. V, 29 gennaio 2019, n. 18267. Ma v., nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2013, n. 6333.

¹¹⁸ V., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5193; Cass. pen., Sez. V, 6 dicembre 2013, n. 15691. Nello stesso senso, rispetto alla dichiarazione di volersi costituire immediatamente parte civile, v. Cass. pen., Sez. V, 18 giugno 2015, n. 2293; Cass. pen., Sez. II, 3 maggio 2011, n. 19077. Ma v., in senso contrario, Cass. pen., Sez. fer., 2 agosto 2012, n. 36001, secondo la quale la riserva di costituzione di parte civile contenuta in atto dallo stesso proponente qualificato come denuncia non vale a rappresentare la chiara e precisa manifestazione della volontà di perseguire l'autore del fatto denunciato che costituisce, al di là delle formule impiegate, uno dei requisiti essenziali di una valida querela.

¹¹⁹ Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2015, n. 21359.

¹²⁰ Cass. pen., Sez. V, 9 settembre 2015, n. 40148.

¹²¹ Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2012, n. 44968.

¹²² Cass. pen., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 40770.

¹²³ V., in questo senso, Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2020, n. 29546; Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2016, n. 29205.

¹²⁴ Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 836.

segmenti conciliativi nei procedimenti rimessi alla cognizione del tribunale in composizione monocratica o alla competenza del giudice di pace¹²⁵, qualifica la fattispecie introduttiva del procedimento per decreto¹²⁶, legittima la presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 21, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 in alternativa alla proposizione della querela¹²⁷, può comportare la condanna del querelante ai sensi degli artt. 427 e 542 c.p.p.

Il codice di procedura penale, alla luce della natura della querela, prende in considerazione, da un lato, l'ipotesi in cui la condizione di procedibilità, mancante in un determinato frangente del procedimento, possa ancora sopraggiungere; dall'altro, la situazione di sopravvenienza della condizione successivamente alla pronuncia di un provvedimento che, preso atto del relativo difetto, abbia (intanto) determinato la conclusione del procedimento penale.

La querela, come è noto, in linea generale e fatte salve differenti determinazioni legislative, deve essere proposta entro il termine di tre mesi dal giorno in cui la persona offesa ha avuto notizia del fatto che costituisce reato (art. 124 c.p.)¹²⁸ e, sotto questo profilo, la giurisprudenza ha chiarito che la decorrenza del termine si correla al momento in cui il titolare ha conoscenza certa, sulla base di elementi seri, del fatto di reato nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, conoscenza che può essere acquisita in modo completo soltanto se – e nel momento in cui – il soggetto passivo ha avuto la possibilità di avere contezza dell'autore e possa, pertanto, liberamente determinarsi¹²⁹.

Orbene, l'art. 346 c.p.p. dispone che, nella pendenza del termine di proponibilità della querela – ovvero, in generale, in ogni situazione di possibile sopravvenienza di una diversa condizione di procedibilità – il perimetro entro cui l'apparato investigativo pubblico può operare è circoscritto agli atti d'indagine preliminare necessari ad assicurare le fonti di prova e all'attività acquisitiva di prove indifferenti mediante l'incidente probatorio.

La norma, d'altra parte, deve essere letta sia alla luce delle chiarissime indicazioni fornite dalla relazione al progetto preliminare, secondo la quale la disposizione è finalizzata a "consent[ire] eccezionalmente il compimento di atti di indagine preliminare in mancanza di una condizione di procedibilità qualora sussistano ragioni d'urgenza, e sempre che la condizione possa ancora validamente sopravvenire"¹³⁰, sia in considerazione dello scopo che il legislatore ha inteso perseguire, ossia evitare la dispersione di

energie processuali in relazione a vicende il cui sviluppo è legato al (solamente) possibile sopraggiungere di fattori condizionati¹³¹.

La formulazione normativa, la quale fa espresso riferimento ad atti d'indagine preliminare, non consente di dubitare del fatto che il difetto di querela non pregiudica o limita l'obbligo del pubblico ministero di procedere comunque ed immediatamente all'iscrizione della notizia di reato (in ipotesi) soggettivamente qualificata, che sia stata già acquisita, nel registro *ex* art. 335 c.p.p., fatta ovviamente salva la disciplina speciale dettata in tema di decorrenza del termine di durata delle indagini preliminari dall'art. 405, 3° comma, c.p.p. rispetto ai casi di procedibilità a querela di parte¹³².

La circostanza costituita dall'avvenuta iscrizione, sempre allorché si tratti di iscrizione soggettivamente qualificata, consente di escludere che gli eventuali atti d'investigazione compiuti dal difensore siano riconducibili all'ambito di operatività delineato in termini restrittivi dall'art. 391-*nonies* c.p.p.

L'attività investigativa preventiva è, sul piano empirico, costituita dalla medesima attività prevista dall'art. 327-*bis* c.p.p., posta in essere, però, per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Si tratta, dunque, di un'attività correttamente definita "pre-procedimentale"¹³³, ovvero "preparatoria"¹³⁴, in quanto finalizzata a ricercare ed individuare elementi di prova destinati ad essere utilizzati soltanto nell'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Orbene, l'art. 391-*nonies* c.p.p. è chiaro nel qualificare come preventiva esclusivamente l'attività d'indagine strumentale alla tutela di una posizione ancora priva di rilevanza nell'ambito di un procedimento penale.

Rileva, dunque, non soltanto il caso in cui alcuna iscrizione sul registro *ex* art. 335 c.p.p. sia stata effettuata in relazione al fatto al quale si riferisce l'investigazione, ma anche l'ipotesi di iscrizione di una *notizia criminis* soggettivamente non qualificata, ovvero, il caso in cui l'attività d'indagine sia compiuta su mandato di una persona diversa da quella il cui nominativo sia stato iscritto nel registro medesimo¹³⁵.

Le attività investigative che il difensore ed i suoi ausiliari possono compiere in via preventiva sono individuabili facendo riferimento, certamente, al rinvio che l'art. 391-*nonies* c.p.p. opera all'art. 327-*bis* c.p.p. e, dunque, vi sono

¹²⁵ Artt. 555, 3° comma, c.p.p. e 29, 4° comma D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

¹²⁶ Art. 459, 1° comma, c.p.p.

¹²⁷ Quagliarini, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, in *Il giudice di pace*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 233.

¹²⁸ Per esempio, l'art. 609-*septies* c.p.p., modificato dalla L. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. "Codice rosso"), ha previsto un termine di dodici mesi per l'esercizio del diritto di querela in relazione ai delitti di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p.p.).

¹²⁹ V., in questo senso e tra le altre, Cass. pen., Sez. V., 29 dicembre 1999, Carniato.

¹³⁰ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 820.

¹³¹ Norcio, *Art. 346 c.p.p.*, in *in Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, ed. V, t. II, Milano, 2017, 386. V., inoltre, Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 114, per la quale la norma "ha cercato di contemperare due diverse esigenze, vale a dire, da un lato, l'economia processuale e, dall'altro lato, la

non dispersione di elementi probatori utili alla ricostruzione del fatto, una volta che, presentandosi la condizione di procedibilità, si voglia, poi, esercitare l'azione penale".

¹³² L'art. 405, 3° comma, c.p.p., difatti, stabilisce che, nei casi in cui è necessaria la querela, l'istanza ovvero la richiesta di procedimento, il termine di durata delle indagini preliminari decorre dal momento in cui esse pervengono al pubblico ministero. Secondo Orlandi, *Procedibilità*, cit., 51 (nt. 61), invece, l'iscrizione della notizia di reato dovrebbe avvenire soltanto al momento della verifica della condizione di procedibilità.

¹³³ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, 191.

¹³⁴ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 325.

¹³⁵ Così, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. IV, 14 ottobre 2005, Campa. In dottrina v., nei termini medesimi, Ventura, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 51; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 332.

inclusi tutti gli atti preordinati ad acquisire elementi favorevoli alla posizione dell'assistito.

Si tratta, dunque, di attività coincidenti con quelle espletabili nell'ambito delle investigazioni difensive procedimentali e ciò sia sotto il profilo finalistico, sia sul piano dei requisiti di struttura e di forma¹³⁶.

Se, però, siffatte attività coincidono con quelle compendiate dalla disposizione generale, rispetto allo speciale settore oggetto di analisi vige una regola delimitativa di carattere negativo, per la quale è precluso il compimento degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Tornando alle attività del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, non pone problemi particolari l'individuazione dei casi in cui attivare l'incidente probatorio, essendo sufficiente riflettere sulla sua funzione.

Una volta affermatosi, nella configurazione del nuovo modello processuale, il principio della separazione tra la fase delle indagini preliminari – finalizzata all'acquisizione di elementi necessari alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale – e la fase dibattimentale – sede naturale di formazione della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno normativo che consentisse l'acquisizione anticipata di prove suscettibili di dispersione¹³⁷, dal momento che “durante lo scorrere dei mesi e degli anni occupati dalle indagini preliminari col seguito dell'udienza preliminare può venire materialmente meno lo stesso mezzo del quale è necessario muovere per estrarre la prova, quanto risultarne compromessa la sua idoneità rappresentativa”¹³⁸.

I timori e le riserve¹³⁹ che hanno accompagnato l'intro-

duzione dell'istituto¹⁴⁰ sono, dunque, tra gli elementi che stanno alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale¹⁴¹ e della predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità¹⁴².

Nell'ambito di un disegno processuale ispirato al principio della separazione delle fasi, è stato d'altra parte sottolineato anche al fine di ribadire la coerenza sistematica dell'istituto, “l'incidente probatorio trovava posto solo in quanto strumento tanto necessario quanto eccezionale, non potendo non rappresentarsi come eccezionale, rispetto alla scelta di sistema, la formazione della prova prima (e fuori) del dibattimento, nella fase delle indagini preliminari”¹⁴³.

Il legislatore, allora, non si è limitato, nella predisposizione dell'art. 392 c.p.p., a prevedere quale condizione indispensabile di proponibilità del rimedio istruttorio la generica connotazione di non rinviabilità al dibattimento della prova, concetto invece evocato dalla direttiva n. 40 della legge di delega nella prospettiva delimitatrice di un fenomeno – tanto più marcato quanto più estesa si presenta, cronologicamente parlando, la fase propriamente investigativa – di ipotizzabile dispersione probatoria.

Al fine di restringere i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari e rendere per questa via remota la possibilità di abusi sistematici¹⁴⁴, egli ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa¹⁴⁵ catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata¹⁴⁶.

Se i binari lungo i quali fare scorrere l'itinerario acquisi-

¹³⁶ P. Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 48. Anche secondo N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 213, non prevedendo l'art. 391-*nonies* c.p.p. alcunché in ordine alla documentazione ed alla utilizzazione degli atti delle investigazioni difensive preventive, dovrebbero ritenersi applicabili le disposizioni dettate per le investigazioni difensive procedimentali.

¹³⁷ La rigida applicazione del principio della centralità del dibattimento, rileva Scagliola, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, in *Giur. Cost.*, 1991, 2409, può dar luogo a due inconvenienti: “gli elementi probatori effimeri, individuati durante le indagini preliminari, potrebbero andare dispersi, allorché la loro natura ne impedisca la conservazione fino al dibattimento; inoltre si corre il rischio che le prove vengano inquinate nel periodo compreso tra la loro individuazione nelle indagini preliminari e la loro assunzione dibattimentale”. Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo, tra gli altri, Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, 1284. Significativamente, De Roberto, voce “Incidente probatorio”, in *Enc. Giur.*, XVI, 2, evidenzia che “nella netta scansione tra fase delle indagini preliminari e fase del processo, comportante la normale inutilizzabilità a fini della decisione delle acquisizioni della prima fase, deve [...] cogliersi la ragione di fondo dell'incidente probatorio”.

¹³⁸ Molari, *L'incidente probatorio*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, 330.

¹³⁹ Evidenziate, tra i tanti, da Macchia, *L'incidente probatorio*, in *Cass. Pen.*, 1989, 1600. Oltre che, in epoca più recente, da Quagliarini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210. Di “timori e riserve” parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, Piattoli, voce “Incidente probatorio”, in *Digesto Pen.*, Agg. I, 399.

¹⁴⁰ Ritenuto da De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 3, “l'includibile corollario del principio di centralità del dibattimento”.

¹⁴¹ “Se l'incidente fosse molto frequente” – rilevava infatti Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit.,

1285 – “il principio, per cui l'assunzione della prova viene riservata a dibattimento, risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente del dibattimento”. V., anche, Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, 1350, la quale, tra l'altro, pone in evidenza la situazione di disparità in cui si trova la difesa rispetto al pubblico ministero nell'ambito della procedura incidentale. V., altresì, Di Chiara, voce “Incidente probatorio”, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 547; De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 5; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1995. Anche se, alla luce delle numerose interpolazioni subite nel corso degli anni, non manca chi ritiene anacronistico insistere sulla natura eccezionale dell'istituto. V., infatti, Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 1430.

¹⁴² Il timore di un uso preordinato ad ostacolare la segretezza delle indagini è stato, invece, fugato mediante la previsione, contenuta già nella direttiva, della possibilità di dilazionare l'assunzione anticipata della prova richiesta dalla difesa.

¹⁴³ Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 731.

¹⁴⁴ Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 910.

¹⁴⁵ Sottolinea il carattere tassativo dell'elencazione contenuta nell'art. 392 c.p.p., connotato al connotato di eccezionalità dell'incidente probatorio, tra i tanti, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2000, 7.

¹⁴⁶ Il legislatore – nota Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21 – ha voluto evitare che l'assunzione anticipata della prova assumesse ampie proporzioni, perché, se così non fosse stato, il principio secondo cui l'assunzione della prova, in un impianto improntato al principio di accusatorietà, viene riservata al dibattimento sarebbe stato compromesso. “Così operando” –

tivo anticipato di cui all'art. 392 c.p.p. sono sufficientemente delineati anche grazie alla riedizione, nel contesto dell'art. 346 c.p.p., del parametro costituito dal "pericolo nel ritardo" in funzione identificativa del presupposto legittimante – per cui devono ritenersi esclusi dal frangente procedimentale in discorso i casi di ricorso all'incidente probatorio che prescindano dal requisito della indifferibilità¹⁴⁷ – maggiori problemi si pongono rispetto alla definizione degli atti d'indagine preliminare espletabili durante la pendenza del procedimento, avendo dinanzi una norma "per la quale appare chiaro l'intento ispiratore, ma non altrettanto l'individuazione degli atti d'indagine ad essa riconducibili"¹⁴⁸.

I criteri interpretativi di natura storica e teleologica – dalla norma, d'altra parte, è chiaramente enucleabile l'aspirazione a consentire l'assicurazione di fonti di prova sul presupposto della particolare necessità ed urgenza di procedervi¹⁴⁹ – imporrebbero una chiave di lettura oltremodo restrittiva della disposizione, per cui dovrebbero ritenersi consentiti soltanto gli atti di cui agli artt. 348, 2° comma, lett. a) e b), 353, commi 2° e 3°, 354 e 360 c.p.p.¹⁵⁰.

Secondo una diversa impostazione, invece, dovrebbero rientrare tra le attività ammesse "sia attività informali, tese ad identificare e preservare le fonti probatorie mediante un'azione investigativa essenzialmente libera nelle modalità del suo svolgersi (art. 348 c.p.p.) sia attività tipizzate, come quelle singolarmente disciplinate negli artt. 349-354 [c.p.p.]"¹⁵¹.

La giurisprudenza valorizza invece il dato di carattere sistematico costituito dal fatto che la mancanza di una condizione di procedibilità è rilevabile soltanto in sede processuale per ritenere legittimo, per esempio, il sequestro probatorio effettuato nel corso delle indagini preliminari sebbene in mancanza di una condizione di procedibilità¹⁵².

Con una maggiore articolazione sul versante argomentativo, ma sempre seguendo le medesime direttrici, è stato ribadito che dal contesto degli artt. 343 e 344 c.p.p., e soprattutto dal combinato disposto dagli artt. 50 e 129 c.p.p., solo nella fase processuale – e non anche nel corso delle indagini preliminari – può essere dichiarata la mancanza di una condizione di procedibilità, per cui il giudice delle indagini preliminari non può rilevare la mancanza di una condizione di procedibilità dell'azione, se non nel caso in cui tale mancanza renda inammissibile un suo intervento incidentale.

Inoltre, dal momento che l'art. 346 c.p.p. specifica che possono essere compiuti atti di indagine preliminare, nonché, in casi particolari, assunte le prove di cui all'art. 392, il sequestro operato ad iniziativa della polizia giudiziaria rien-

tra, ai sensi dell'art. 354 c.p.p., tra gli atti che possono essere compiuti prima della sopravvenienza di una condizione di procedibilità¹⁵³.

Vi è un generale consenso, invece, nel ritenere precluso sia il ricorso alle misure cautelari di carattere personale, sia l'arresto in flagranza ovvero l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare.

In relazione alle misure cautelari, la Corte di cassazione ha ripetutamente statuito che tra le cause di non punibilità la cui emergenza – in termini di certezza e non di mera possibilità – importa l'inapplicabilità delle misure cautelari, giusto il disposto dell'art. 273, 2° comma, c.p.p., rientra anche il difetto di una condizione di procedibilità, come è dato da argomentare anche da quanto previsto dall'art. 129, 1° comma, c.p.p., il quale, nello stabilire l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, ha riguardo anche alla mancanza di una condizione di procedibilità¹⁵⁴.

Se ne fa conseguire, pertanto, che il giudice, investito del controllo di una ordinanza in materia cautelare, ha il potere-dovere di sindacare anche l'esistenza della condizione di procedibilità eventualmente necessaria, disponendo la caducazione della misura ove accerti la mancanza della condizione in parola¹⁵⁵.

Il medesimo requisito negativo, alla cui interpretazione estensiva offerta dalla giurisprudenza non può non adeguarsi per ragioni di coerenza la materia delle misure precautelari¹⁵⁶, opera in relazione a quest'ultime in considerazione dell'espresso divieto, previsto dall'art. 385 c.p.p., di procedere all'arresto o al fermo – nonché, considerato il richiamo contenuto nell'art. 384-bis, 2° comma, c.p.p., all'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare – quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che esso sia stato compiuto in presenza di una causa di non punibilità.

D'altra parte, gli artt. 380, 3° comma, 381, 3° comma e 384-bis, 2° comma, c.p.p. condizionano l'esecuzione della misura precautelare alla proposizione della querela, la quale può avvenire anche mediante dichiarazione orale resa all'ufficiale o agente di polizia giudiziaria presente nel luogo, di cui si dà atto nel verbale di arresto ovvero di allontanamento.

L'art. 112 disp. att. c.p.p. disciplina in maniera del tutto peculiare i doveri informativi che connotano il tipico rapporto di dipendenza funzionale intercorrente tra la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero.

Mentre, infatti, l'art. 357, 4° comma, c.p.p., in linea generale, obbliga la prima a mettere a disposizione del secondo la documentazione dell'attività d'indagine compiuta ai fini dell'inserimento nel fascicolo delle indagini preliminari

rileva, però, Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., 214 – "il legislatore delegato ha finito per rendere angusto l'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto".

¹⁴⁷ Orlandi, *Procedibilità*, cit., 51.

¹⁴⁸ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 115.

¹⁴⁹ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 115.

¹⁵⁰ Cordero, *Procedura penale*, cit., 421, il quale esclude che possa procedersi ad ispezioni, perquisizioni, intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, identificazione della persona sottoposta alle indagini ed acquisizione di sommarie informazioni dalla stessa o da persone informate sui fatti, individuazione di persone o cose, interrogatori. La chiave di lettura della disposizione è condivisa da Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 115.

¹⁵¹ Orlandi, *Procedibilità*, cit., 51.

¹⁵² Cass. pen., Sez. IV, 30 settembre 2014, n. 43480.

¹⁵³ Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1991, Saidi Ben Abdelaziz.

¹⁵⁴ Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 1994, Tarek.

¹⁵⁵ Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 1994, Tarek. Nello stesso senso v., in seguito, Cass. pen., Sez. I, 24 ottobre 2007, P.A. Nonché, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2016, C.A.

¹⁵⁶ Non a caso, infatti, la relazione al progetto preliminare metteva in evidenza come la disposizione contenuta nell'art. 385 c.p.p. fosse adeguatamente correlata con quella di cui all'art. 273 c.p.p. in tema di misure cautelari. V., a tale proposito, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 899.

(art. 373, 5° comma, c.p.p.), la peculiare situazione che caratterizza il procedimento sì pendente ma in attesa del sopraggiungere della querela grava la polizia giudiziaria di un obbligo comunicativo ridimensionato, essendo circoscritto ad una informativa concernente la tipologia delle attività compiute, da effettuare senza ritardo e, in casi determinati, immediatamente ed in forma orale.

Evidentemente il controllo del pubblico ministero, comunque successivo rispetto al compimento dell'atto, è stato concepito come strumento di verifica del rispetto dei limiti investigativi stabiliti dall'art. 346 c.p.p., e il quadro relazionale è coerente con una vicenda procedimentale nel cui ambito è sbarrata *rebus sic stantibus* la strada verso l'esercizio dell'azione penale.

Mentre una verifica sugli esiti acquisitivi, necessitante della trasmissione della documentazione delle attività compiute, è condizionata ad una valutazione del pubblico ministero medesimo, da esplicitare mediante una esplicita richiesta di trasmissione, magari funzionale ad approfondire proprio l'analisi dei profili afferenti al regime di procedibilità.

Difetto di querela, conclusione del procedimento e sopravvenienza

Se la mancanza non rilevata di una condizione di procedibilità è irrimediabile allorché la sentenza diventi definitiva¹⁵⁷, il provvedimento conclusivo del procedimento con il quale si accerta la mancanza di una condizione di procedibilità – nel caso che ci occupa, il difetto di querela – non preclude, sebbene siano stati in ipotesi esauriti i mezzi di impugnazione, il successivo esercizio dell'azione penale, per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora la condizione mancante sopraggiunga, ossia qualora la querela venga tempestivamente proposta.

Il silenzio della relazione al progetto preliminare sui diversi profili ermeneutici e di rilievo dogmatico della disposizione¹⁵⁸ ha determinato l'avvio di un dibattito circa l'efficacia da attribuire al provvedimento conclusivo del giudizio che accerti il difetto di querela, pur essendo conclusione condivisa quella secondo cui “con la declaratoria in oggetto si realizza un accertamento in negativo circa la presenza di un requisito essenziale per l'esercizio dell'azio-

ne penale che, pur mancando al momento della pronuncia, nulla esclude che si presenti successivamente consentendo lo svolgersi del processo”¹⁵⁹.

Come evidenziato in dottrina, “dove [manchi la] querela [...] sappiamo che l'imputato non venga assolto né condannato; esce “absolutus ab observatione iudicii”; se l'asserito reato esistesse o non, rimane questione insoluta”¹⁶⁰, ragione per la quale le porte all'accertamento di merito, sbarrate dal difetto di querela¹⁶¹, si riaprono allorché la stessa sopraggiunga, legittimando il pubblico ministero ad esercitare – ricorrendo, ovviamente, il presupposto costituito dalla fondatezza della notizia di reato – l'azione penale.

Secondo parte della dottrina, “il provvedimento giurisdizionale con cui si prende atto dell'assenza di un fattore condizionante l'esercizio dell'azione penale costituisce una delle c.d. ‘eccezioni apparenti’ al divieto del *bis in idem* fissato dall'art. 649 c.p.p. [nel senso che] ‘[è] come se il legislatore abbia voluto impedire che un secondo giudice possa apprezzare diversamente quel dovere di procedere escluso nel precedente processo, operando una diversa valutazione circa la presenza delle condizioni incidenti sull'esercizio dell'azione penale’”¹⁶².

Non manca, invece, chi ritiene i provvedimenti di proscioglimento in discorso “per il loro contenuto meramente processuale non ricadono nel divieto del *ne bis in idem*”¹⁶³, nel senso che il legislatore “sembra configurare delle vere e proprie deroghe all'autorità del giudicato”¹⁶⁴.

In ambito giurisprudenziale, poi, è stato anche di recente ribadito che il divieto del *ne bis in idem* non è applicabile alla sentenza con la quale sia dichiarato il difetto di una condizione di procedibilità, stante il disposto dell'art. 345 c.p.p. – per il quale la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere con la quale sia dichiarata la mancanza della querela o di altra condizione di procedibilità non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto contro la medesima persona se in seguito sia proposta querela – richiamato dall'art. 649 c.p.p.¹⁶⁵.

Dunque, la sentenza di non luogo a procedere per difetto di querela, una volta divenuta definitiva, è idonea ad integrare il presupposto del divieto di un secondo giudizio al pari di quella di assoluzione, salvo nel caso della successiva presentazione della querela medesima¹⁶⁶.

Rimane da chiarire quale relazione intercorre tra la so-

¹⁵⁷ Giovene, voce “Giudicato”, in *Digesto Pen.*, V, 427.

¹⁵⁸ La relazione, difatti, si limita a sottolineare che la *ratio* della norma risiede “ovviamente” nella ri-proponibilità dell'azione penale qualora sopravvenga la condizione di procedibilità. V., come di consueto, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 820.

¹⁵⁹ Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 113.

¹⁶⁰ Cordero, *Procedura penale*, cit., 409.

¹⁶¹ In maniera limpida, Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 791, sottolinea che “le sentenze di *non doversi procedere* non contengono un accertamento del fatto storico, bensì si limitano a statuire su aspetti processuali che impediscono tale accertamento. Per siffatto motivo, esse sono comunemente definite come pronunce ‘meramente processuali’”. V., inoltre, Orlandi, *Procedibilità*, cit., 52.

¹⁶² Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., 113. Secondo Gaito, *Procedibilità*, cit., 818, la necessità del sopraggiungere della condizione dimostra come l'ipotesi non esorbiti dall'area applicativa del *ne bis in idem*. V., inoltre, Lozzi, voce “Giudicato (dir. pen.)”, in *Enc. Dir.*, XVIII, 917: “Il fatto, poi, che il proscioglimento per mancanza di una condizione di procedibilità non precluda un secondo processo nei

confronti della stessa persona per il medesimo fatto allorché la condizione di procedibilità sia successivamente integrata, non esclude certo l'effetto preclusivo nei confronti di un successivo procedimento instaurato per un motivo diverso dall'integrazione della condizione predetta”.

¹⁶³ Rigo, *La sentenza*, 606. Secondo Giovene, *Giudicato*, cit., 427, l'art. 345 c.p.p. non è altro che una pseudo-eccezione al principio del *ne bis in idem*, non formandosi una *res iudicata*.

¹⁶⁴ Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Milano, 2009, 51.

¹⁶⁵ Cass. pen., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 4636. V., diversi anni prima, Cass. pen., Sez. V, 29 gennaio 1992, Rapezzi, secondo la quale la preclusione processuale nel *ne bis in idem* deriva dal concetto di sentenza irrevocabile, fatta eccezione per le sentenze di proscioglimento per difetto di una condizione di procedibilità.

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. IV, 25 giugno 2008, pg in proc. M.D. V., però, per una estensione al caso in cui il reato sia divenuto procedibile d'ufficio per il verificarsi di un evento aggravatore, Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12801.

pravvenienza della querela e gli istituti attraverso i quali il legislatore ha delineato percorsi garantiti di rimozione dell'effetto preclusivo riconducibile al provvedimento di archiviazione ed alla sentenza di non luogo a procedere pronunciati proprio in ragione della mancanza della condizione di procedibilità.

L'art. 414 c.p.p., come è noto, stabilisce che in presenza di un provvedimento di archiviazione "emesso a norma degli articoli precedenti" – dunque, anche perché è risultata mancante una condizione di procedibilità, alla luce del disposto dell'art. 411 c.p.p. – la riapertura delle indagini è condizionata ad un decreto di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari il quale, deve ricordarsi, è stato qualificato dalla Corte costituzionale alla stregua di una, a sua volta, vera e propria condizione di procedibilità la quale "ha [...] l'effetto di rendere possibile il riaprirsi di un procedimento per il fatto già archiviato e, all'esito di esso, l'eventuale esercizio dell'azione penale, che, in difetto dell'autorizzazione, sarebbe precluso"¹⁶⁷.

Pertanto, così come accade "nel caso più eminente di preclusione, quello del giudicato, [...] nel caso in esame, nel quale parimenti deve ritenersi precluso l'esercizio dell'azione penale, in quanto riguardante il medesimo fatto già oggetto di un provvedimento di archiviazione, in carenza di autorizzazione del giudice a riaprire le indagini, è la instaurabilità di un nuovo procedimento e, quindi, la 'procedibilità' a essere impedita; sicché se il presupposto del procedere manca, il giudice non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza, appunto, che 'l'azione penale non doveva essere iniziata'"¹⁶⁸.

È quanto si verifica, inoltre, qualora sia esercitata l'azione penale per un fatto per il quale sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere nell'udienza preliminare, in mancanza della revoca giudiziale prevista dagli art. 434 c.p.p., dal momento che "[a]nche in questa ipotesi la regola della declaratoria dell'effetto preclusivo, sub specie di sentenza di improcedibilità dell'azione penale, è da ritenere espressa in termini generali [...] dovendosi pertanto reputare ininfluyente che il nuovo codice, a differenza di quanto comunemente si affermava con riferimento a quello abrogato [...] non consideri specificamente tale situazione nell'ambito dell'istituto del *ne bis in idem*"¹⁶⁹.

Se l'articolata elaborazione della Corte costituzionale sembrerebbe fare propendere verso la conclusione della indefettibile necessità della formale rimozione dell'efficacia preclusiva connessa all'adozione dei due provvedimenti an-

che in relazione alle ipotesi fondate sull'accertamento del difetto di querela, l'autonomia attribuita alla disciplina di cui all'art. 345 c.p.p. rispetto alle fattispecie delineate dagli artt. 414 e 434 c.p.p. ha consentito alla giurisprudenza di definire un percorso indipendente da queste ultime in caso di sopravvenienza della querela.

Infatti, la Suprema Corte ha stabilito che il decreto di riapertura delle indagini non è necessario, giusto quanto previsto dall'art. 345, 1° comma, c.p.p., per il caso di archiviazione per mancanza di querela quando la querela sia successivamente presentata¹⁷⁰.

Ha inoltre soggiunto che siffatto decreto non è parimenti necessario, sempre nel caso di archiviazione per mancanza di querela, allorché successivamente si accerti che la querela non è più necessaria, essendo il reato divenuto procedibile d'ufficio per il verificarsi di un evento aggravante, la cui sopravvenienza, del resto, deve indurre anche a dubitare che ci si trovi al cospetto del medesimo fatto oggetto dell'originaria (e archiviata) *notizia criminis*, non fosse altro perché l'evento aggravante determina un diverso regime di procedibilità¹⁷¹.

La conclusione (parzialmente) eguale è stata enunciata in relazione alla sentenza di non luogo a procedere, di talché "[u]na volta che la sentenza di non luogo a procedere emessa a norma dell'art. 425 c.p.p. non sia più soggetta a impugnazione e non ricorra alcuna delle ipotesi previste dalla disposizione eccezionale, e perciò di stretta applicazione, dell'art. 345 c.p.p., che si riferisce al sopravvenire della specifica condizione di procedibilità originariamente mancante, è precluso l'inizio dell'azione penale in ordine al medesimo fatto, sia pur diversamente qualificato, nei confronti della stessa persona"¹⁷².

Regime di utilizzabilità

Il tema dell'utilizzabilità della querela nell'ambito del processo si incrocia con quello dell'irripetibilità degli atti processuali, qualunque approfondimento concernente il quale consente immediatamente di verificare come la classificazione che incontra i favori della dottrina e della giurisprudenza sia quella fondata sulla distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta¹⁷³.

Essa costituisce, si è giunti addirittura a dire, "[l]'unico dato sistematico pressoché certo che la dottrina ha ricavato sulla base della scarna previsione normativa"¹⁷⁴.

Nonostante le numerose varianti elaborate sul piano terminologico – si parla, talvolta, di irripetibilità *ex ante* ed *ex post*¹⁷⁵, altre volte di irripetibilità intrinseca ed estrinseca

¹⁶⁷ Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 27, la quale chiarisce: "Va premesso che, diversamente dal previgente ordinamento processuale, il nuovo codice di rito penale assegna una efficacia (limitatamente) preclusiva al provvedimento di archiviazione. Ciò è reso esplicito proprio dal citato art. 414, in base al quale, dopo l'archiviazione, l'inizio di un nuovo procedimento è subordinato a un provvedimento autorizzatorio del giudice. [...] Ora, la caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione è quella di rendere improduttivi di effetti l'atto o l'attività preclusi; ed è naturalmente compito del giudice quello di sancire tale inefficacia".

¹⁶⁸ Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 27.

¹⁶⁹ Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 27.

¹⁷⁰ Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12801.

¹⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12801.

¹⁷² Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2000, Ciapanà.

¹⁷³ Mette in rilievo siffatto dato classificatorio, nell'ambito di una dottrina unanimemente orientata in tal senso, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000, 14. Ma v., anche Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 71, la quale evidenzia come "[d]ottrina e prassi giurisprudenziale, pur con molte sfumature e con qualche variazione lessicale, introducono, in linea di massima, una dicotomia tra forme d'irripetibilità che si escludono a vicenda".

¹⁷⁴ Nigro, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 1169.

¹⁷⁵ Grosso, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, 264. V., inoltre, Falato, *L'utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di "recupero"*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1820.

ca¹⁷⁶, spesso di irripetibilità congenita¹⁷⁷ ed accidentale¹⁷⁸ – vi è “sostanziale concordanza nell’individuare lo spartiacque concettuale tra le due ‘figure’, [essendo] l’una fondata sui connotati intrinseci degli atti, l’altra sul sopravvenire di accadimenti che ne compromettono la possibilità di rinnovazione”¹⁷⁹.

Sono oltremodo noti, d’altro canto, i referenti normativi di siffatta classificazione concettuale, costituendo le indicazioni contenute nell’art. 431 c.p.p. il punto di riferimento della prima e rinvenendosi nella fattispecie descritta dall’art. 512 c.p.p. il nucleo centrale della seconda.

La prima delle disposizioni richiamate, come è noto, predispone il modello di formazione del fascicolo per il dibattimento e, tra le altre cose, regola il profilo attinente alle modalità di individuazione degli atti ai quali è consentito di farvi parte fin dal momento della sua formazione, statuendo, in particolare, che in siffatto fascicolo devono essere raccolti i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore¹⁸⁰.

Devono essere, altresì, inseriti nel fascicolo per il dibattimento i verbali degli atti compiuti mediante la metodologia tipica dell’incidente probatorio, i quali, pertanto, su questo versante subiscono – ovviamente, per ragioni diverse e connesse alla peculiarità della meccanica formativa – un trattamento differenziato rispetto a quello riservato ad atti egualmente caratterizzati da una sopraggiunta situazione di irripetibilità.

In relazione alla querela, la norma dispone che essa debba essere inserita nel fascicolo in quanto “atto relativo alla

procedibilità dell’azione penale”, per cui è utilizzabile ai soli fini della verifica della ricorrenza della condizione – esclusivamente a tale fine, d’altra parte, l’art. 511, 4° comma c.p.p. ne consente la lettura – con la conseguenza che da essa il giudice non può trarre elementi di convincimento al fine della ricostruzione storica della vicenda¹⁸¹.

Se nessun dubbio si pone, dunque, in relazione al giudizio abbreviato, ai fini della decisione del quale la querela può essere utilizzata come mezzo di prova anche in relazione al suo contenuto, in quanto la scelta dell’imputato di procedere con tale rito alternativo rende utilizzabili tutti gli atti, legalmente compiuti o formati, che siano stati acquisiti al fascicolo del pubblico ministero¹⁸², allorché si instauri il giudizio dibattimentale la funzione cognitiva della querela è abbondantemente delimitata e, alla luce di siffatta (e ristrettissima) connotazione funzionale, le problematiche connesse alla sua inserzione nel fascicolo processuale sfuggono ai limiti cronologici delineati dall’art. 491, 2° comma, c.p.p., di talché ritenuta legittima l’acquisizione della querela finanche dopo la chiusura dell’istruttoria dibattimentale, al momento della discussione finale, in quanto i documenti necessari alla verifica sulla procedibilità dell’azione penale possono essere acquisiti in qualunque momento nel giudizio di primo grado e di appello, trattandosi di allegazione non sottoposta a forme e termini presidiati da sanzioni processuali¹⁸³ ed in quanto, per la sua funzione tipica di impulso processuale, l’esistenza ed effettiva presentazione della querela non sono profili che possono essere rimessi alla disponibilità delle parti¹⁸⁴.

Inoltre, proprio in quanto si tratta di un atto relativo alla

¹⁷⁶ V., per esempio, Potetti, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. Pen.*, 1996, 1468, secondo il quale l’irripetibilità rilevante ai sensi dell’art. 431 c.p.p. “rappresenta un connotato intrinseco e originario dell’atto [poiché] l’irripetibilità derivante da circostanze estrinseche e sopravvenute trova il suo referente normativo nell’art. 512 c.p.p.”. Utilizzava siffatta terminologia, in precedenza, Santalucia, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. Pen.*, 1990, 575.

¹⁷⁷ V., per esempio, Potetti, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. Pen.*, 1996, 1468, secondo il quale l’irripetibilità rilevante ai sensi dell’art. 431 c.p.p. “rappresenta un connotato intrinseco e originario dell’atto [poiché] l’irripetibilità derivante da circostanze estrinseche e sopravvenute trova il suo referente normativo nell’art. 512 c.p.p.”. Utilizzava siffatta terminologia, in precedenza, Santalucia, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. Pen.*, 1990, 575.

¹⁷⁸ Ferrua, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all’oralità e al contraddittorio*, in *Pol. Dir.*, 1989, 246. Parla di irripetibilità “congenita”, in relazione agli atti a sorpresa, D’Isa, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 1102. Fa riferimento, sempre in chiave distintiva, ad una irripetibilità “strutturalmente congenita”, Rivello, *Lettere consentite e vietate*, in *Digesto Pen.*, VII, 406.

¹⁷⁹ In giurisprudenza, utilizza siffatta terminologia per distinguere le “categorie teoricamente enucleabili nell’ambito del concetto di irripetibilità”, *Cass. pen.*, Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168.

¹⁸⁰ Cesari, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 14. Secondo Ventura, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Milano, 2009, 421, l’art. 512 c.p.p. sembra postulare una nozione di irripetibilità distinta da quella presupposta dall’art. 431 c.p.p. e indirettamente richiamata dall’art. 511 c.p.p. La distinzione tra le due tipologie di irripetibilità è, come si è detto, generalmente condivisa in dottrina. V., fra tutti, Zappalà, *Prime note sugli atti utilizzabili*

per il giudizio nella legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale, in *Leg. Pen.*, 1988, 97; Siracusano, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l’attuazione di un processo di parti*, in *Leg. Pen.*, 1989, 86; Lozzi, *I principi dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, 681; Cantone, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1296; Riccio, *Nuove letture fondamentali e forme “alternative” di acquisizione probatoria*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, 8; Garuti, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1996, 864; Fanuele, *L’irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l’“accertata impossibilità di natura oggettiva” giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2001, 1524; Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra “impossibilità oggettiva” e “libera scelta”*, *ivi*, 2003, 3976. In giurisprudenza v., di recente, *Cass. pen.*, Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281.

¹⁸¹ Per quel che riguarda il procedimento di formazione del fascicolo dibattimentale, la norma, come sostituita dall’art. 26, L. 16 dicembre 1999, n. 479, stabilisce che, immediatamente dopo l’emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice vi provvede nel contraddittorio delle parti. Se una delle parti ne fa richiesta, però, il giudice deve fissare una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Sull’importanza della riforma della procedura di formazione, la quale accoglie risalenti auspici della dottrina, v., tra i tanti, Catalano, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milano, 2009, 955.

¹⁸² *Cass. pen.*, Sez. V, 6 ottobre 2014, n. 51711.

¹⁸³ V., infatti, *Cass. pen.*, Sez. II, 22 ottobre 2019, n. 3827; *Cass. pen.*, Sez. V, 22 aprile 2014, n. 46473.

¹⁸⁴ V., in relazione a questo profilo, *Cass. pen.*, Sez. V, 16 gennaio 2018, n. 14629; *Cass. pen.*, Sez. V, 12 marzo 2010, n. 13595; *Cass. pen.*, Sez. V, 18 giugno 2004, n. 31741. *Contra*, però, *Cass. pen.*, Sez. II, 10 gennaio 2006, n. 5066, secondo la quale la questione concernete l’inserimento degli atti relativi alla procedibilità deve essere affrontata

procedibilità dell'azione penale, non viola il principio di immutabilità del giudice ed è, quindi, legittimamente compiuta la materiale acquisizione al fascicolo per il dibattimento dell'atto di querela da parte di un collegio diversamente composto da quello che aveva disposto l'adempimento¹⁸⁵.

Per la stessa ragione, dalla quale scaturisce un limite all'esercizio della giurisdizione penale, il giudice deve essere messo in grado di verificare la querela nel suo oggetto e nella sua tempestività, per cui quando il fatto oggetto della querela è definibile solo *per relationem* a dichiarazioni o altri atti assunti in sede di indagini preliminari, anche questi atti o queste dichiarazioni devono essere inclusi nel fascicolo del dibattimento per consentire al giudice la sicura individuazione del fatto-reato, che delimita la sua giurisdizione¹⁸⁶.

La fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 512 c.p.p. è azionabile a dibattimento inoltrato e prevede che il giudice, a richiesta di parte, disponga che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione¹⁸⁷.

Ragionando sulla distinzione tra irripetibilità originaria e irripetibilità sopravvenuta, si è evidenziato che “[i]l punto di discriminazione – d'ordine temporale – coincide con il momento in cui l'irripetibilità acquista consistenza: se si manifesta fin dall'inizio, essa è congenita, pertinente all'atto – o meglio, a un raggruppamento tipizzato di atti – e avvalorata l'inclusione *ab origine* nel fascicolo processuale (art. 431 c.p.p.). L'irripetibilità *ex art.* 512 c.p.p. è, invece, in questa prospettiva, diversa per il contrasto notevole dei particolari costitutivi: non soltanto successiva al compimento dell'atto, ma anche sopravvenuta, poiché, turbando ogni previsione, interviene a modificare dall'esterno, e in maniera radicale, lo stato di partenza”¹⁸⁸.

La distinzione, si è osservato in dottrina, non appartiene all'empireo della dogmatica giuridica, poiché “[a]lla ricostruzione di una tipologia di atti da definire irripetibili in astratto, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., fa riscontro, in ordine

all'art. 512 c.p.p., il giudizio di non reiterabilità di un atto astrattamente ripetibile, in conseguenza di accidenti che ne impediscono la rinnovazione”¹⁸⁹.

In essa, dunque, vengono condensati “la diversa funzione ed il rapporto di stretta complementarietà e reciproca esclusione, che connotano gli artt. 431 e 512 c.p.p., [i cui] rispettivi ambiti di incidenza sono disegnati proprio dal peculiare atteggiarsi dell'impossibile ripetizione dell'atto, che disegna le due “nicchie” distinte occupate dalla norma in esame, postulando, l'una, l'inserimento *ab initio* degli atti irripetibili nel fascicolo dibattimentale, l'altra, il recupero di atti che da quel fascicolo sono rimasti esclusi”¹⁹⁰.

L'art. 512 c.p.p.¹⁹¹, in altri termini, delinea i parametri operativi di una fattispecie acquisitiva di atti tipici della fase pregressa al fascicolo per il dibattimento la quale è finalizzata a rendere i medesimi utilizzabili ai fini della decisione, e, nell'assumere siffatto proposito, “è indubbio che la norma incide su materiali per i quali si presume risolto a monte il quesito sull'irripetibilità [dal momento che] se si trovano nel fascicolo del pubblico ministero, non sono stati ritenuti irripetibili ai sensi dell'art. 431 c.p.p. ossia, stando ai criteri di quest'ultimo, devono ritenersi suscettibili di ripetizione”¹⁹².

L'elemento qualificativo – la norma, a differenza dell'art. 431 c.p.p., il quale parla espressamente di “atti non ripetibili”, fa riferimento ad atti d'indagine di cui è sopravvenuta l'irripetibilità – ed il dato di fattispecie costituito dalla previsione di un'iniziativa di parte alla quale è subordinata la possibilità di lettura¹⁹³ – a dispetto della possibilità di dare lettura anche d'ufficio degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento *ex art.* 511 c.p.p.¹⁹⁴ – consentono di pervenire ad una prima conclusione in ordine alla relazione di natura cronologica esistente tra le due ipotizzate tipologie di irripetibilità, nel senso che deve essere escluso che il giudice dell'udienza preliminare possa tenere conto, in sede di formazione del fascicolo dibattimentale, della sopravvenuta impossibilità di ripetizione che si sia eventualmente verificata già nel corso dell'udienza camerale¹⁹⁵.

L'atto, pertanto, deve, in questa evenienza e fatte comun-

in sede di questioni preliminari *ex art.* 491 c.p.p. Secondo Cass. pen., Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 37867, inoltre, la parte che ha interesse all'acquisizione al fascicolo per il dibattimento degli atti relativi alla procedibilità ha l'onere di produrne copia o chiederne l'acquisizione.

¹⁸⁵ Secondo Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2015, n. 14242, infatti, il giudice può disporre senza limitazioni di ordine temporale anche l'acquisizione della documentazione attestante la data della presentazione della querela.

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. III, 5 febbraio 2014, n. 11542.

¹⁸⁷ Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 1993, n. 1210.

¹⁸⁸ L'art. 2, D.L. 22 settembre 2006, n. 259, conv., con modificazioni, in L. 20 novembre 2006, n. 281, ha inserito il comma 1°-bis, ai sensi del quale è sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'art. 240 c.p.p.

¹⁸⁹ Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 71.

¹⁹⁰ Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 15.

¹⁹¹ Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 16, la quale rileva che l'art. 512 c.p.p. “opera sul materiale che la griglia selettiva dell'art. 431 c.p.p. ha lasciato sullo sfondo”.

¹⁹² “Fine della norma” – evidenza Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenni sia a rischio*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1064 – “è [...] quello di prevenire la

perdita di utili strumenti di formazione del sapere giudiziale, causata dal sopraggiungere di fattori che ne impediscono la rinnovazione in dibattimento, e che sfuggono ad ogni valutazione di tipo prognostico”. Secondo Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 463, la disposizione costituisce “il vero fulcro intorno al quale ruotano i pericoli per il nostro sistema processuale”. Di contrario avviso, invece, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2114, secondo il quale la norma costituisce una “valvola di sicurezza del sistema”.

¹⁹³ Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 18. Ripercorre questo schema, poi, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 81: “Nel corso dell'istruzione in dibattimento, il decidente è poi investito di uno specifico incarico da uno degli antagonisti: constatare che la forma assunta dall'atto è ormai diversa da quella originale, tanto che si è realizzata la probabilità contraria; quanto considerato al principio ripetibile è divenuto, nel frattempo, irripetibile”.

¹⁹⁴ Sull'indispensabilità di una iniziativa di parte ai fini dell'attivazione del meccanismo acquisitivo disciplinato dalla norma v., in dottrina e fra gli altri, Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 251. In giurisprudenza v., inoltre, Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807.

¹⁹⁵ Possibilità, sottolinea Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit.,

que salve ipotesi di accordo tra le parti¹⁹⁶, essere inserito nel fascicolo di parte trasmesso al pubblico ministero, potendo il giudice dibattimentale prenderne conoscenza soltanto per effetto del perfezionamento del meccanismo acquisitivo descritto dall'art. 512 c.p.p.¹⁹⁷.

Posto, allora, che oggetto di lettura *ex art.* 512 c.p.p. possono essere soltanto atti collocabili nella sfera di quelli originariamente ripetibili, appare chiaro che la possibilità di procedere all'acquisizione dell'atto d'indagine è legata e dipende causalmente dalla ricorrenza materiale di fattori d'incidenza in assenza dei quali l'elemento valutativo sarebbe pervenuto al giudice del dibattimento mediante la normale attivazione di un corrispondente mezzo di prova.

Il perfezionamento della fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 512 c.p.p. e fondata sull'impossibile ripetizione dell'atto per fatti o circostanze sopravvenute e non programmabili – ecco emergere, orbene, il rapporto intercorrente tra l'istituto acquisitivo e l'incidente probatorio – determina, sul piano effettuale, una eccezionale possibilità di lettura che, quindi, si sostituisce all'impossibile – a causa dell'azione dei medesimi fattori impeditivi – operare del mezzo di prova.

Costituendo il complesso degli elementi regolativi la premessa di fatto di un'ipotesi di lettura acquisitiva, va subito notato come, a differenza di quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 431 e 511 c.p.p. – ricorrendo la tipologia di atti previsti dal primo, la lettura dei medesimi, ai sensi del secondo, può essere disposta d'ufficio – l'attivazione della sequenza presuppone un'iniziativa di parte e, sul tema, la Suprema Corte è stata rigorosa nel ritenere che il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, previsto dall'art. 507 c.p.p., non comprende anche la possibilità di dare lettura degli atti *ex art.* 512 c.p.p. senza l'impulso della parte, non potendosi

confondere la lettura con l'assunzione di nuove prove¹⁹⁸.

Analogo rigore, invece, non si è riscontrato in relazione all'interpretazione della nozione normativa di “atti assunti”, intuitivamente dotata di un ruolo centrale nella misura in cui si presta ad incidere in maniera determinante sull'ampiezza del fenomeno acquisitivo regolamentato dalla disposizione.

Il problema si è posto in relazione ai casi in cui, per fatti o circostanze imprevedibili, risulti impossibile la ripetizione proprio del contenuto dell'atto di querela da parte del suo autore, posto che la stessa non costituisce propriamente un atto formato dalla polizia giudiziaria ma, come è di tutta evidenza, integra il supporto documentale di un atto narrativo che ad essa è semplicemente destinato.

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi relativamente a siffatto profilo, ha preferito aderire ad un'interpretazione estensiva della nozione, chiarendo che anche in siffatte ipotesi deve trovare applicazione l'art. 512 c.p.p.¹⁹⁹, dal momento che l'espressione legislativa deve intendersi riferita non soltanto agli atti formati a seguito di attività diretta delle autorità indicate nella norma, ma anche a quelli semplicemente ricevuti dalle stesse, quale è appunto una spontanea dichiarazione di querela²⁰⁰.

Rimane in ogni caso fermo, ha precisato ancora la Corte, il principio secondo cui, sebbene la dichiarazione di querela si trovi già nel fascicolo per il dibattimento fin dal momento della sua formazione – lo prescrive, infatti, l'art. 431, comma 1 lett. a) c.p.p. – la lettura acquisitiva – la quale, appunto, è indispensabile al fine di consentire l'utilizzo a fini probatori di un atto la cui presenza nel fascicolo processuale e la cui lettura (art. 511, 4° comma, c.p.p.) sono di regola finalizzate a consentire la verifica di ricorrenza della condizione di procedibilità – può essere disposta esclusivamente a richiesta di parte²⁰¹.

169, coerente con la circostanza che trattasi di materiale cartaceo già noto al giudicante perché giunto nel dibattimento con il fascicolo processuale ovvero tramite il canale riservato ai verbali di prove di altri procedimenti. Anche se, di recente, Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 12795 ha precisato che l'acquisizione di un atto irripetibile al fascicolo processuale non soggiace a preclusioni o decadenze, per cui può essere disposta nel giudizio di appello qualora il giudice del grado precedente non l'abbia erroneamente disposta ovvero essa, pur disposta, non sia materialmente avvenuta.

¹⁹⁶ In questi termini Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 265.

¹⁹⁷ Sull'acquisizione concordata di atti al fascicolo per il dibattimento v., tra i più recenti contributi, Catalano, *Udienza preliminare*, cit., 1000; Cappa, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova “concordata” prima del dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Milano, 2009, 342.

¹⁹⁸ Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 266.

¹⁹⁹ Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807. V., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2000, n. 10026, la quale ha puntualizzato che in tema di lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, dopo la formulazione della richiesta di lettura, il giudice è investito della decisione in proposito senza essere vincolato alle ragioni espresse dalla parte a sostegno dell'istanza, la quale può, quindi, essere accolta o respinta anche per motivi diversi da quelli prospettati. In dottrina v., tra tutti, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 169, secondo la quale, sebbene l'art. 507 c.p.p. abbia spesso offerto lo spunto per giustificare l'attribuzione di prerogative *ex officio*, “[r]esta oscuro [...] come l'operatività di questa norma possa dilatarsi fino a ricomprendere l'area, lontana e rigorosamente delimitata, delle letture”. In senso contrario v., invece, Potetti, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 878.

²⁰⁰ Ovvero, ricorrendo i relativi presupposti, l'art. 512-bis c.p.p. V.,

infatti, Cass. pen., Sez. II, 18 settembre 1997, n. 376.

²⁰¹ Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 1997, n. 11402. Negli stessi termini v., poco prima, Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 6106; Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1997, n. 7317. Più di recente, invece, v. Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 21665; Cass. pen., Sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51416; Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807; Sez. II, 6 novembre 2007, n. 9168. Tra le più risalenti v., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 1993, Vitalini, la quale, dopo avere specificato che della querela-denuncia presentata alla polizia giudiziaria da persona poi resasi irripetibile può essere data lettura dal giudice ai sensi dell'art. 512 c.p.p., ha evidenziato che la norma in questione costituisce anche deroga al disposto dell'art. 511, 4° comma, c.p.p., che consente la lettura dei verbali delle dichiarazioni orali di querela solo ai fini dell'accertamento dell'esistenza della condizione di procedibilità. L'interpretazione estensiva ha, tra l'altro, incontrato il favore della Corte costituzionale. V., in particolare, Corte cost. (ord.), 12 aprile 1996, n. 114, la quale ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 101 e 112 Cost., proprio sulla base dell'interpretazione estensiva patrocinata dalla Suprema Corte, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 431 lett. a) e b) e degli artt. 500, 503 e 512 c.p.p. In dottrina, in senso critico rispetto all'esegesi estensiva della norma, v. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 91; Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 253. Secondo Garuti, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, cit., 865, “mediante la lettura ai sensi dell'art. 511, 4° comma, c.p.p., l'atto in cui sono riportate le dichiarazioni orali di querela esaurisce i propri effetti. Questa limitazione tende ad assicurare che le dichiarazioni del querelante, fondamentali ai fini della ricostruzione del fatto di reato, siano assunte nel pieno contraddittorio delle parti e non sostituite – mediante la c.d. lettura acquisizione (art. 512 c.p.p.) – da quelle contenute nella *notitia criminis*, volte a rimuovere la condi-

Cambiando il versante sistematico di analisi, invece, la giurisprudenza ha chiarito che il contenuto della querela può essere legittimamente utilizzato nel corso della deposizione della persona offesa quale “aiuto alla memoria” ex art. 499, 5° comma, c.p.p., nel caso in cui essa sia stata redatta dallo stesso testimone e presentata per iscritto al

pubblico ministero, ad un ufficiale di p.g. o ad un agente consolare all'estero, ovvero ai fini delle contestazioni ex art. 500, 1° comma e 2 c.p.p., quando la querela sia stata proposta oralmente e ricevuta in apposito verbale, trattandosi di dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero²⁰².

zione di procedibilità”. Ritiene condivisibili, invece, le affermazioni di principio contenute nelle pronunce della Suprema Corte, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2115. In senso adesivo v., inoltre, Potetti,

L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p., cit., 877.

²⁰² Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807.

RICORSO PENALE PER CASSAZIONE

di M. M. Alma e D. Chindemi

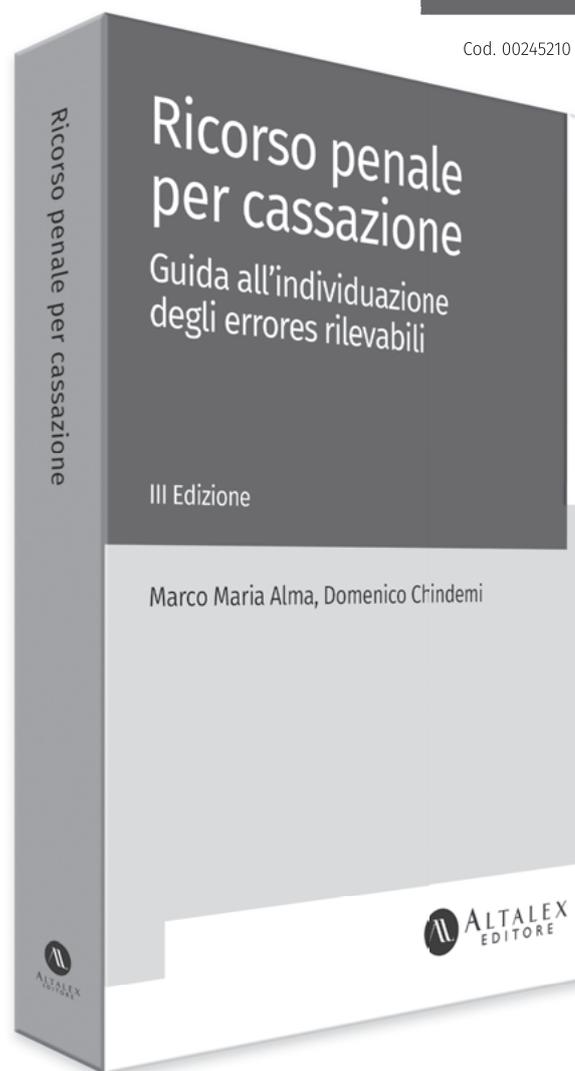
€ 60

Cod. 00245210

Il volume aggiornato con i più recenti approdi giurisprudenziali, rappresenta una guida pratica per gli operatori del diritto ai fini della **stesura del ricorso penale per Cassazione**.

Particolare attenzione è dedicata alle innovazioni introdotte: con la L. 23/06/2017, n. 17; con il d.Lgs. 06/02/2018, n. 11; con le riforme introdotte dal d.Lgs. 29/12/2017, n. 216 (c.d. "riforma Orlando") e con la L. 28/02/2020, n. 7 (di conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 30/12/2019, n. 161) in materia di intercettazione di conversazione e comunicazioni anche attraverso l'uso di nuovi strumenti tecnologici quale il captatore informatico.

Rilevante è l'interesse, nel presente testo, per i profili di **abnormità** e **inammissibilità del ricorso**, nonché per istituti quali: il tentativo, il patteggiamento, la continuazione, le circostanze.



Y6011BN

ACQUISTALO SUBITO



on line su shop.wki.it



Rivolgiti al tuo consulente editoriale



Nelle migliori librerie



Wolters Kluwer

When you have to be right

Luca
Avvocato d'Affari

DRITTO AL CUORE DELLA MATERIA

One LEGALE
presenta *Experta Società*

Un patrimonio di strumenti operativi, realizzato con il contributo dei migliori esperti. Una soluzione di straordinaria completezza ed efficacia: guide pratiche, check list, procedure operative, quesiti, news, codici commentati, formule, riviste e molto altro.

Da oggi, avere soluzioni immediate ad ogni problema è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA