

4/2023

## INDICE DEGLI ARGOMENTI

*Alcuni degli articoli presenti in questo numero*

### DIRITTO CIVILE

- A. **APPLICABILITÀ DEL PRIVILEGIO FONDARIO ALLA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA.**
- B. **MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO, LEASING DOPPIAMENTE INDICIZZATO E ASSUNZIONE DI UN'ALEA RAZIONALE.**

### DIRITTO PENALE

- A. **ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE O DI DISCIPLINA E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA: SPUNTI DI RIFLESSIONE E ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI.**
- B. **REATI CULTURALMENTE MOTIVATI, MATERIALE PER UNA DISCUSSIONE.**

### DIRITTO PUBBLICO

- A. **IL PROCEDIMENTO DI AUTONOMIA DIFFERENZIATA. ASPETTI PROCEDURALI, LIMITI E PROSPETTIVE DELL'ARTICOLO 116, COMMA 3 DELLA COSTITUZIONE.**

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

- A. **EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE TRA GIUDICATO E RIEDIZIONE DEL POTERE DISCREZIONALE.**
- B. **LA QUESTIONE CONTROVERSA SULLA ESPROPRIABILITÀ DI UN BENE DESTINATO AD USO CIVICO.**



Pubblicazione periodica trimestrale

**DIRETTORE SCIENTIFICO:** Ludovica Marano

**CONDIRETTORE SCIENTIFICO:** Fabio Santalucia

**VICE DIRETTORI:** Angelo D'Onofrio, Gaspare Jucan Sicignano, Roberta Rossi

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Isabella Bellitto

**CONSIGLIO DIRETTIVO:** Avv. Fabio Santalucia, Avv. Roberta Rossi, Avv. Lucrezia Francesca Pulcini, Prof. Andrea Sardini, Dott. Angelo D'Onofrio, Dott.ssa Carlotta Marano, Dott.ssa Vincenza Scherillo, Dott. Luigi Mandolini, Dott. Luca Santalucia.

**COMITATO SCIENTIFICO:** Pres. Luigi Maruotti, Cons. Serafino Ruscica, Dott. Marco Fratini, Prof. Mauro Paladini, Prof. Roberto Calvo, Dott. Antonio Lepre, Dott.ssa Fabiana Iorio, Avv. Carlo Giordano, Prof. Gaetano Di Martino, Prof. Luca Mario Masera, Prof. Giuseppe Finocchiaro, Prof. Antonio Saccoccio, Prof. Gianluca Gentile, Prof.ssa Roberta Metafora, Avv. Enrico Chiusolo, Dott. Simone Petralia, Prof. Amedeo Arena, Prof. Giuseppe Amarelli, Dott. Luigi Lalla, Dott. Angelo Rubano, Avv. Francesco Boccia, Dott. Alessandro Auletta, Prof. Avv. Silvia Tuccillo, Avv. Gaspare Jucan Sicignano, Prof. Adrian Bedford, Dott. Marco Pugliese, Dott. Luca Della Razione, Dott. Antonio De Lucia, Prof. Giuliano Balbi, Prof. Andrea Napolitano, Avv. Antonio Scotto Rosato, Prof.ssa Anna Papa, Prof. Carla Acocella, Prof.ssa Maria Pia Nastri.

**COMITATO DI VALUTAZIONE:** Avv. Patrizia Brambilla, Prof.ssa Andreana Esposito, Dott. Giuseppe di Vetta, Prof. Luigi Follieri, Avv. Fernando Greco, Avv. Michele Mastromartino, Prof. Andrea Sardini, Dott. Alessandro Stiano, Prof., Dott. Luca Sicignano, Dott. Giuseppe Pavich, Prof. Fabrizio Rippa, Avv. Pasquale Guida, Dott.ssa Alessia Palladino, Dott.ssa Federica De Simone, Dott.ssa Viviana Salerno, Dott. Federico Sergio.

**COMITATO EDITORIALE:** Dott. Federico Aloisio, Dott.ssa Diletta Aliprandi, Prof. c. Filippo Marco Maria Bisanti, Dott.ssa Nicoletta Castellano, Dott.ssa Emanuela De Falco, Dott. Antonino Di Maio, Dott. Alfredo Liguori, Avv. Francesco Martin, Dott. Andrea Provenzano, Dott. Fabrizio Cesareo, Avv. Nicolás Zancchi, Dott.ssa Arianna Zurzolo.

---

**MODALITÀ DI CITAZIONE:** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di De Iustitia, si consiglia l'utilizzo della forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in De Iustitia, 4/2023, p. X ss.

Tutti i contributi presenti nel fascicolo hanno superato con esito favorevole la valutazione anonima da parte di un revisore scelto tra i membri del comitato di valutazione/scientifico ovvero da un revisore esterno da questi indicato.

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

**DIRITTO CIVILE****ART. 2645-TER C.C., TRASCRIZIONE E TUTELA DEI CREDITORI – di Gaspare**

<b>SANDULLO</b> .....	9
ABSTRACT .....	9
1. PREMESSA .....	9
2. GENESI DELL'ART. 2645-TER C.C.: UNA RICOSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE .....	10
3. TRASCRIZIONE DEL VINCOLO DI DESTINAZIONE.....	17
4. TUTELA DEI CREDITORI.....	20

**APPLICABILITÀ DEL PRIVILEGIO FONDIARIO ALLA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA –**

<b>di Elisabetta CADÈ</b> .....	23
ABSTRACT .....	23
1. IL CASO .....	23
2. LA QUESTIONE GIURIDICA E LA RELATIVA SOLUZIONE.....	23
3. OSSERVAZIONI.....	25
4. CONCLUSIONI.....	30

**LA BLOCKCHAIN E GLI SMART CONTRACT – di Antonio CAPONE**..... 33

ABSTRACT .....	33
1. PREMESSA .....	33
2. LA BLOCKCHAIN.....	34
3. GLI SMART CONTRACT POSSONO ESSERE NUOVI CONTRATTI?.....	36
4. IL LEGISLATORE EUROPEO, QUELLO NAZIONALE... E QUELLO ANGLOSASSONE!.....	42
5. PSEUDONIMIZZAZIONE E ANONIMIZZAZIONE: COME CONCILIARE TALI TECNICHE CON L'OBBLIGO DI IDENTIFICAZIONE.....	46
6. QUALI RIMEDI ESPERIBILI? .....	49
7. IL CASE STUDY: COMPRAMI IO TI POSSO FAR SUPERARE IL LIVELLO!.....	51
8. FORTNITE: COS'È E COME FUNZIONA .....	52
9. IL PROBLEMA DEGLI ACQUISTI IN-APP E L'INADEGUATEZZA DEI RIMEDI NEL MONDO GAMING IN CASO DI D-APP .....	53
10. ONERE PROBATORIO.....	54
11. FORO COMPETENTE .....	54
12. LA VULNERABILITÀ DEL MINORE E LA RESPONSABILITÀ DELLA PIATTAFORMA. POSSIBILE L'APPLICAZIONE DEI NORMALI RIMEDI? .....	55

**MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO, LEASING DOPPIAMENTE INDICIZZATO E**

<b>ASSUNZIONE DI UN'ALEA RAZIONALE – di Francesco MARZIANI</b> .....	57
ABSTRACT .....	57
1. LA MERITEVOLEZZA COME CLAUSOLA PROPULSIVA DELL'AUTONOMIA PRIVATA .....	57
2. LA MERITEVOLEZZA IN SENSO PROPULSIVO NELLA GIURISPRUDENZA.....	59
3. LA MERITEVOLEZZA COME STRUMENTO DI CONTROLLO DEGLI ATTI DI AUTONOMIA PRIVATA .....	62
4. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE SUL LEASING DOPPIAMENTE INDICIZZATO.. .....	63



5. RIFLESSIONI SUI CRITERI DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO E (IN)VALIDITÀ DEL LEASING CON DOPPIA INDICIZZAZIONE..... 66

**SULLA DEROGABILITÀ DELL'ART. 1379 C.C.: PACTUM DE NON ALIENANDO E VINCOLI DI DESTINAZIONE IMMOBILIARE – di Ludovica MANZO ..... 70**

- ABSTRACT ..... 70
1. IL DIVIETO DI ALIENAZIONE E IL PRINCIPIO DEL NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI..... 70
2. OPPOINIBILITÀ AI TERZI DEL PACTUM DE NON ALIENANDO: CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA E RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA..... 71
3. IL PACTUM DE NON ALIENANDO CONTENUTO IN UN VINCOLO DI DESTINAZIONE IMMOBILIARE..... 72

**DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**

**CONCORDATO MINORE – di Piercarlo BERTANI ..... 75**

- ABSTRACT ..... 75
1. PREMESSA ..... 75
2. ASPETTI GENERALI E SPECIFICI ..... 76
3. I SOGGETTI AI QUALI SI RIVOLGE ..... 76
4. LE SOCIETÀ NON DI CAPITALI E IL SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE ..... 78
5. LA DOMANDA ED IL SUO CONTENUTO ..... 79
6. IL CONCORDATO MINORE CON RISERVA. UNA RIFLESSIONE SUL POSSIBILE SVILUPPO ..... 80
7. LA PROCEDURA CON L'AMMISSIONE..... 82
8. GLI EFFETTI CONSEGUENTI ALL'AMMISSIONE..... 83
9. APPROVAZIONE ED OMOLOGAZIONE ..... 84
10. LA FASE ESECUTIVA ..... 85
11. LA REVOCA ALL'OMOLOGAZIONE..... 85

**DIRITTO PENALE**

**ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE O DI DISCIPLINA E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA: SPUNTI DI RIFLESSIONE E ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI – di Federico ALOISIO ..... 87**

- ABSTRACT ..... 87
1. SVILUPPI DIACRONICI DEL CONCETTO DI “FAMIGLIA” ..... 87
2. SULLA DISTINZIONE TRA “ABUSO” E “MALTRATTAMENTO” ..... 90

**RESPONSABILITÀ COLPOSA DEI GENITORI PER LA MORTE DELLA FIGLIA MALATA DI LEUCEMIA CHE RIFIUTA DI SOTTOPORSI ALLE CURE MEDICHE – di Mirco BARUZZI 95**

- ABSTRACT ..... 95
1. IL CASO DI SPECIE ..... 95
2. LA RILEVANZA DEL CONSENSO DEL MINORE NELLA SCELTA DEI TRATTAMENTI SANITARI..... 97



3. IL RIFIUTO OPPOSTO DAI GENITORI AL PERCORSO TERAPEUTICO QUALE FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE.....	98
4. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	102
<b>PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E CONTINUAZIONE: L'ASTRATTA COMPATIBILITÀ STRUTTURALE DEGLI ISTITUTI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ – di Sofia LANNA .....</b>	
ABSTRACT .....	105
1. CENNI INTRODUTTIVI AL DIBATTITO INTERPRETATIVO.....	105
2. NATURA E CARATTERISTICHE IDENTITARIE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO .....	106
3. REATO CONTINUATO: STRUTTURA UNITARIA O PLURIMA? .....	108
4. L'APPRODO DELLE SEZIONI UNITE: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE .....	110
<b>REATI CULTURALMENTE MOTIVATI, MATERIALE PER UNA DISCUSSIONE – di Caterina BUSCEMA.....</b>	
ABSTRACT .....	113
1. PREMESSA .....	113
2. IL REATO CULTURALMENTE MOTIVATO E L'ATTEGGIAMENTO DEL LEGISLATORE ITALIANO .....	113
3. LE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI .....	119
4. IL FENOMENO DELLE SPOSE BAMBINE .....	126
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IL PRINCIPIO DI LAICITÀ ALLA LUCE DELLA TUTELA DEL PLURALISMO .....	129
<b>IL CONFINE TRA IL REATO DI ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA A DANNO DEL FIGLIO CHE RIFIUTA DI FARE I COMPITI – di Avv. Francesca TROTTA.....</b>	
ABSTRACT .....	132
1. IL FATTO E LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE.....	132
2. L'USO DELLA VIOLENZA PER FINI CORRETTIVI.....	133
3. CONCLUSIONI .....	135
<b>DIRITTO PUBBLICO</b>	
<b>IL PROCEDIMENTO DI AUTONOMIA DIFFERENZIATA. ASPETTI PROCEDURALI, LIMITI E PROSPETTIVE DELL'ARTICOLO 116, COMMA 3 DELLA COSTITUZIONE – di Marco BARBATO .....</b>	
ABSTRACT .....	137
1. PREMESSA .....	137
2. L'ART. 116, TERZO COMMA DELLA COSTITUZIONE.....	138
3. IL RUOLO DEL PARLAMENTO NEL PROCESSO DI DIFFERENZIAZIONE .....	142
4. LE (POSSIBILI) PROSPETTIVE DEL REGIONALISMO DIFFERENZIATO .....	144



## DIRITTO AMMINISTRATIVO

### **NOTA A CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 26/9/2023 N. 8542 – di Fatima D’ABRONZO .... 147**

ABSTRACT .....	147
1. PREMESSA .....	147
2. I FATTI DI CAUSA.....	147
3. LE ARGOMENTAZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO SUI PRESUPPOSTI CHE DEVONO SUSSISTERE PER LA CONFIGURAZIONE DI UN ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL REQUISITO TELEOLOGICO.....	148
4. CONSIDERAZIONI FINALI .....	149

### **EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE TRA GIUDICATO E RIEDIZIONE DEL POTERE DISCREZIONALE – di Nicola CHIRIVÌ..... 152**

ABSTRACT .....	152
1. INTRODUZIONE.....	152
2. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO. L’EFFETTO CONFORMATIVO TRA INTERESSI OPPOSITIVI E PRETENSIVI.....	153
3. RIEDIZIONE DEL POTERE A SEGUITO DELLA PRONUNCIA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO .....	154
3.1 LE TEORIE DEL ONE SHOT SECCO E DEL ONE SHOT TEMPERATO.....	155
3.2 I PRINCIPI ESPRESI DALL’ADUNANZA PLENARIA.....	158
4 RILIEVI CRITICI E QUESTIONI IRRISOLTE .....	160

### **LA QUESTIONE CONTROVERSA SULLA ESPROPRIABILITÀ DI UN BENE DESTINATO AD USO CIVICO – di Anna Paola ERCOLINO..... 162**

ABSTRACT .....	162
1. IL CASO .....	162
2. INQUADRAMENTO STORICO DELL’ISTITUTO.....	163
3. EXCURSUS NORMATIVO .....	165
4. IL REGIME GIURIDICO DEGLI USI CIVICI.....	168
5. GLI ORIENTAMENTI SULLA QUESTIONE IN ESAME.....	171
6. LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE .....	173
7. CONSIDERAZIONI CRITICHE E CONCLUSIONI .....	175

## RASSEGNA

### DIRITTO EUROPEO

### **CORTE DI GIUSTIZIA DEL 5 GIUGNO 2023 NELLA CAUSA C-204/21, COMMISSIONE C. POLONIA (INDIPENDENZA E VITA PRIVATA DEI GIUDICI), ECLI:EU:C:2023:442 – di Emanuela DE FALCO .....**

MASSIMA .....	177
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	177
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	178





<b>CORTE DI GIUSTIZIA DEL 6 GIUGNO 2023 NELLA CAUSA C-700/21, O. G. (MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NEI CONFRONTI DI UN CITTADINO DI UNO STATO TERZO), ECLI:EU:C:2023:444 – di Emanuela DE FALCO</b> .....	180
<b>MASSIMA</b> .....	180
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	180
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	181
<b>CORTE DI GIUSTIZIA DEL 4 LUGLIO 2023 NELLA CAUSA C-252/21, META PLATFORMS E A. (CONDIZIONI GENERALI D'USO DI UN SOCIAL NETWORK), ECLI:EU:C:2023:537 – di Emanuela DE FALCO</b> .....	184
<b>MASSIMA</b> .....	184
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	184
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	185
 <b>DIRITTO PUBBLICO</b>	
<b>CORTE COST. UD. 21 GIUGNO 2023 (DEP. 27 LUGLIO 2023), N. 175 – di Nicoletta CASTELLANO</b> .....	187
<b>MASSIMA</b> .....	187
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	187
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	187
3. DISPOSITIVO.....	188
 <b>DIRITTO PENALE</b>	
<b>CASS. PEN., SEZ VI, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 15 SETTEMBRE 2023), N. 37985 – di Federico ALOISIO</b> .....	190
<b>MASSIMA</b> .....	190
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	190
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	190
3. DISPOSITIVO.....	192
<b>CASS. PEN., SEZ V, UD. 12 MAGGIO 2023 (DEP. 8 SETTEMBRE 2023), N. 36997 – di Francesco MARTIN</b> .....	193
<b>MASSIMA</b> .....	193
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	193
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	193
3. DISPOSITIVO.....	195
<b>CASS. PEN., SEZ I, UD. 6 GIUGNO 2023 (DEP. 25 SETTEMBRE 2023), N. 38879 – di Francesco MARTIN</b> .....	196
<b>MASSIMA</b> .....	196
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	196
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	196
3. DISPOSITIVO.....	198



<b>CASS. PEN., SEZ I, UD. 6 GIUGNO 2023 (DEP. 3 OTTOBRE 2023), N. 40033 – di Francesco MARTIN</b> .....	199
<b>MASSIMA</b> .....	199
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	199
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	200
3. DISPOSITIVO.....	202
<b>CASS. PEN., SEZ III, UD. 28 SETTEMBRE 2023 (DEP. 11 OTTOBRE 2023), N. 41157 – di Francesco MARTIN</b> .....	203
<b>MASSIMA</b> .....	203
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	203
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	203
3. DISPOSITIVO.....	205
<b>CASS. PEN., SEZ V, UD. 12 APRILE 2023 (DEP. 31 AGOSTO 2023), N. 36407 – di Andrea PROVENZANO</b> .....	206
<b>MASSIMA</b> .....	206
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	206
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	207
3. DISPOSITIVO.....	208
<b>CASS. PEN., SEZ. II, UD. 28 GIUGNO 2023 (DEP. 19 LUGLIO 2023), N. 31478 – di Andrea PROVENZANO</b> .....	209
<b>MASSIMA</b> .....	209
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	209
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	209
3. DISPOSITIVO.....	211
 <b>DIRITTO CIVILE</b>	
<b>CASS. CIV, SEZ III, UD. 15 FEBBRAIO 2023 (DEP. 20 MARZO 2023), N. 7966 – di Alfredo Junior LIGUORI</b> .....	212
<b>MASSIMA</b> .....	212
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	212
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	213
3. DISPOSITIVO.....	214
<b>CASS. CIV, SEZ III, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 7 SETTEMBRE 2023), N. 26091 – di Alfredo Junior LIGUORI</b> .....	215
<b>MASSIMA</b> .....	215
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	215
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	216
3. DISPOSITIVO.....	217
<b>CASS. CIV., SEZ I, UD. 12 OTTOBRE 2020 (DEP. 13 MARZO 2023), N. 7214 – di Arianna ZURZOLO</b> .....	218
<b>MASSIMA</b> .....	218





1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO .....	218
2. MOTIVI DELLA DECISIONE .....	218
3. DISPOSITIVO .....	219



## ART. 2645-TER C.C., TRASCRIZIONE E TUTELA DEI CREDITORI

di **Gaspere SANDULLO\***

### ABSTRACT

*Con un percorso legislativo travagliato, la l. 23 febbraio 2006 n. 51 ha portato alla luce una disposizione controversa: l'art. 2645-ter c.c. La ricerca, dunque, attiene alla destrutturazione della norma ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, nonché alla qualificazione giuridica del vincolo di destinazione con delle ripercussioni sull'onere pubblicitario e sulla circolazione della res. Nondimeno, si intende approfondire il rapporto con il ceto creditorio, qualora vi sia la presenza di atti abusivi e cioè elusivi delle garanzie poste a soddisfacimento dell'obbligazione assunta, rendendosi necessaria la ricerca dello strumento volto a consentire la restitutio in integrum.*

### SOMMARIO

- 1. Premessa ..... 9**
- 2. Genesi dell'art. 2645-ter c.c.: una ricostruzione della fattispecie..... 10**
- 3. Trascrizione del vincolo di destinazione ..... 17**
- 4. Tutela dei creditori ..... 20**

### 1. PREMESSA

In prima battuta bisogna individuare i due aspetti tipici del fenomeno oggetto di studio

affermando che: «una destinazione senza separazione è esposta al rischio di essere sterilizzata, e che la segregazione si presta, tendenzialmente, a essere strumento di attuazione e realizzazione della stessa destinazione (...)»<sup>1</sup>.

In passato, l'ordinamento italiano si è soffermato sui meccanismi dell'autonomia patrimoniale e dei patrimoni destinati per trattare l'effetto della separazione e della destinazione.

Il riconoscimento della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale assumeva la forma giuridica dell'associazione e richiedeva la sussistenza di un interesse pubblico, requisito, quest'ultimo, venuto meno nella legislazione posteriore e supplito dal diretto riferimento al suo modello di organizzazione.

In un secondo momento, le limitazioni di responsabilità derivarono da una valutazione legislativa tesa ad operare una composizione tra gli interessi in gioco. Qui il legislatore contraeva la pretesa dei creditori in favore dello scopo perseguito indipendentemente da un collegamento con il modello organizzativo<sup>2</sup>; veniva quindi superata l'indivisibilità dei patrimoni e riportata la differenza tra «destinazioni personificate» e «non personificate»<sup>3</sup>.

Malgrado l'assenza di una categoria unitaria dell'atto di destinazione, nella disciplina civilistica e nella legislazione speciale si possono desumere istituti aventi siffatta finalità<sup>4</sup>: si prenda in considerazione la surrogazione per volontà del debitore di cui all'art. 1202 c.c., — ove si produce l'effetto di destinare la somma ricevuta a titolo di mutuo dal terzo ad estinzione del proprio debito — nonché l'universalità, il mutuo e la servitù. Pur tuttavia,

\* Dott. magistrale in Giurisprudenza ed in Scienze politiche.

<sup>1</sup> A. A. CARRABBA, *Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2016, p. 53.

<sup>2</sup> M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2010.

<sup>3</sup> D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, p. 262.

<sup>4</sup> Basti qui richiamare gli artt. 817 e 1062 c.c. e per la legislazione speciale il vincolo paesaggistico o forestale.



non sempre la destinazione è elevata ad effetto giuridico, sicché dalla mancata qualificazione giuridica ne discende, infatti, l'irrelevanza.

I vincoli di destinazione previsti direttamente dalla legge hanno un effetto reale capace di influire sul contenuto del diritto di proprietà, diversamente, qualsiasi destinazione può essere stabilita dai privati, ma con un effetto meramente obbligatorio<sup>5</sup>.

Va chiarito, a scanso di equivoci, che l'ordinamento prevede sia limitazioni della responsabilità patrimoniale su beni privi di destinazione, sia destinazioni di beni non accompagnate da meccanismi di separazione patrimoniale: nella prima categoria — limitazione senza destinazione — le limitazioni possono essere sia assolute, sottraendo la *res* da qualsivoglia aggressione creditoria, che relative, proteggendo la *res* soltanto da una certa classe creditoria; la seconda categoria — destinazione senza separazione — risulta eterogenea e può assumere tanto un carattere reale, quanto obbligatorio.

## 2. GENESI DELL'ART. 2645-TER C.C.: UNA RICOSTRUZIONE DELLA FATTI- SPECIE

All'interno del libro VI, dopo la trascrizione degli atti, la novella<sup>6</sup> ha concepito una norma dal contenuto complesso, in quanto prevede sia un *facere* che un *non facere*<sup>7</sup>.

Ripercorrendo la via tracciata dalla dottrina, nella prima età vigeva un rapporto di coerenza tra ciascun istituto e ogni singolo libro di

appartenenza; nella seconda età, all'introduzione di inediti istituti non sempre faceva seguito un'accurata disciplina pubblicitaria; la terza età è quella che i giuristi vivono inadeguatamente, premesso che il nuovo atto di destinazione costituisce un punto nevralgico<sup>8</sup>.

L'iter parlamentare che ha portato all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. è stato segnato dalla vana presentazione di innumerevoli disegni di legge, come quello di iniziativa governativa durante la XIV legislatura che però non ebbe la meglio in Senato.

Vi era il timore di una possibile strumentalizzazione dell'istituto e il rischio di una rotta di collisione con i valori sottesi al sistema codicistico, sebbene si volesse sposare un pregevole fine. A questo stato di sgomento normativo faceva seguito la difficoltà di inquadramento degli interessi meritevoli di tutela e da questi motivi derivò la richiesta di soppressione della II Commissione permanente.

Non ebbe esito positivo neanche la presentazione di un ulteriore progetto di legge, in quanto recava la limitazione dell'autosufficienza economica di persona con gravi disabilità.

Eppure, tanto il disegno di legge del 14 maggio 2003 n. 3972<sup>9</sup>, quanto il disegno di legge del 10 novembre 2004 n. 5414<sup>10</sup> influirono su quello che poi fu il testo definitivo. Deve però rammentarsi sia l'estensione della categoria dei beneficiari, che il passaggio da un sistema che tipizzava le finalità perseguite ad uno fondato sul limite della

<sup>5</sup> Le destinazioni particolari che possono essere stabilite dai privati risultano serventi ad una miriade di scopi, si pensi alla locazione ad uso abitativo; si veda A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 5, 2011, p. 3.

<sup>6</sup> D. l. 30 dicembre 2005 n. 273, poi convertito con l. 23 febbraio 2006 n. 51.

<sup>7</sup> A. A. CARRABBA, *op. cit.*

<sup>8</sup> Si ha modo di dimostrare come il passaggio dall'età dell'oro all'età del ferro e, infine, alla terza età, abbia scombuscolato il patrimonio giuridico italiano; cfr. G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto Impresa Europa*, 2007, pp. 351 ss.

<sup>9</sup> Ove, testualmente, si tendeva: «a favorire l'autosufficienza economica dei soggetti portatori di gravi handicap».

<sup>10</sup> Pur sempre volto a «favorire l'autosufficienza economica di persona con grave disabilità».

meritevolezza<sup>11</sup>. Nel finale, si esclamava che: «la disciplina del patrimonio con vincolo di destinazione ricorda la disciplina del c.d. *trust*»<sup>12</sup>.

Nella *sedes materiae* dell'atto di destinazione emerge un'operazione complessa caratterizzata da una duplice fattispecie: una primaria con effetti obbligatori e volta a regolare l'amministrazione dei beni e l'altra secondaria volta alla produzione dell'effetto di separazione e di opponibilità<sup>13</sup>.

I suoi presupposti conducono a ritenere fuorviante il posto occupato dall'art. 2645-ter c.c., poiché si tratta di una disposizione di fattispecie ancor prima che di pubblicità<sup>14</sup>. Quindi, la norma, contenendo anche elementi di disciplina sostanziale, riporta una sorta di mini-statuto dell'atto di destinazione e del resto, non è ipotizzabile un effetto del tutto avulso dal fatto giuridico<sup>15</sup>.

La dottrina maggioritaria afferma, allora, che la norma in questione possa persistere quale unica transazione, non dovendo necessariamente avere una causa negoziale diversa<sup>16</sup>.

Altri, invece, ritengono che non si tratti di un nuovo negozio bensì di un semplice effetto strumentale, ragion per cui: «l'art. 2645-ter c.c. introduce nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi, e non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio»<sup>17</sup>.

In altrettante norme sostanziali l'ordinamento avrebbe già previsto figure di atti di destinazione, dunque l'art. 2645-ter sarebbe soltanto una norma sugli effetti definita come il *passe-partout* della trascrizione<sup>18</sup>.

In altri termini, secondo la teoria degli effetti<sup>19</sup>, l'art. 2645-ter c.c. avrebbe disciplinato *sic et simpliciter* un particolare tipo di effetto negoziale, sicché l'atto di destinazione per essere valido dovrebbe correlarsi ad un altro negozio giuridico dotato di una propria giustificazione causale.

Da queste impostazioni, non può che scaturire una riluttante giurisprudenza che, in conformità alla teoria degli effetti e innanzi un atto di destinazione avente causa autonoma, ebbe modo di respingere l'omologa del concordato preventivo, malgrado l'ondata evolutiva del perfezionamento delle tecniche di separazione e destinazione patrimoniale<sup>20</sup>.

In un'ottica giurisprudenziale si rammenta la natura unilaterale nonché gratuita dell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.<sup>21</sup>; così come la dottrina richiama il canone di cui all'art. 1333 c.c.<sup>22</sup>.

La dottrina italiana<sup>23</sup> ha esaminato la possibile influenza dell'art. 2645-ter c.c. sulla disciplina interna del *trust* e le opinioni sono state varie, andando da chi sostiene che la norma non abbia alcuna incidenza fino a chi ritiene che le conclusioni

<sup>11</sup> Sul punto F. GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, pp. 366 ss.

<sup>12</sup> È quanto si desume dalla lettura dei lavori della Commissione parlamentare.

<sup>13</sup> M. NUZZO, *op. cit.*; C. D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, in *Rivista del Notariato*, fasc.4, 2011, pp. 14-15.

<sup>14</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>15</sup> A. FEDERICO, *L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione*, in *Giustizia civile*, 2015, p. 525.

<sup>16</sup> M. MARTINELLI, E. POLAZZO, *Il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2015, pp. 3 ss.; *Crisi d'impresa e insolvenza*, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10072 - pubb. 19/02/2014.

<sup>17</sup> Trib. Trieste, uff. del giudice tavolo, 7 aprile 2006.

<sup>18</sup> S. PEPE, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, in *Rivista del Notariato*, fasc.6, 2017, pp. 1-2.

<sup>19</sup> Trib. Reggio Emilia 7 giugno 2012 n. 1780.

<sup>20</sup> A. FEDERICO, *op. cit.*, pp. 518-519.

<sup>21</sup> Cass. Sez. III, 13 febbraio 2020 n. 3697, secondo cui non si renderebbe necessario alcun intervento del beneficiario.

<sup>22</sup> G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, p. 321. Non si pongono particolari problemi per l'esplicita accettazione del beneficiario, anche se, stando alla disposizione, l'effetto dovrebbe prodursi con il decorso del termine per il rifiuto.

<sup>23</sup> A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, *Rivista del Notariato*, fasc.5, 2008, pp. 4-5.



sull'ammissibilità e la regolamentazione del *trust* debbano essere riviste radicalmente.

Tutto sommato, sembra che la disposizione in oggetto non abbia rivisto i limiti della capacità negoziale dei privati, dal momento che già prima della sua emanazione era possibile con effetti vincolanti tra le parti stipulare atti di destinazione di beni mobili o immobili per la realizzazione di interessi lodevoli.

Per converso, ciò non toglie che la norma porti con sé una certa innovazione, come l'occasione di introdurre una deroga al principio generale dell'art. 1379 c.c., sancendo l'opponibilità ai terzi e non dovendo disporsi entro un ristretto raggio temporale.

La dottrina affronta la relazione tra atto negoziale di destinazione e separazione patrimoniale proponendo due diverse linee di pensiero: la prima — nota come tesi negoziale — si basa sull'idea che la separazione patrimoniale sia un effetto dell'atto negoziale di destinazione voluto dalle parti. Dalla destinazione voluta dalle parti, ne deriverebbe l'effetto di separazione e sarebbe possibile determinare la rilevanza della causa di destinazione; mentre la seconda — detta tesi patrimonialista — si fonda sulle regole esistenti nel sistema giuridico, con l'obiettivo di individuare uno statuto dell'opponibilità dell'atto stesso<sup>24</sup>.

Venendo ai suoi requisiti, l'elenco dei beneficiari risultò esteso in modo difforme rispetto a quanto pensato e sostenuto in un primo momento. Ciononostante, il prodotto finale non fu esente da critiche, infatti è discusso se vi possano rientrare anche i soggetti determinabili, i nascituri o se si possa

persino evitare la determinazione. In proposito, parte della dottrina è giunta ad escludere la funzione tipica del «*trust* di scopo» nonché la genericità del beneficiario<sup>25</sup>.

Tuttavia, si rintracciano recenti applicazioni dell'istituto anche nell'ambito del concordato preventivo: la società concordataria, mediante la costituzione di un vincolo di destinazione andrebbe a vincolare uno o più precisi beni, affinché gli stessi possano essere impiegati per il soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Su tale possibilità converge la giurisprudenza. Prima del ricorso per concordato preventivo, dunque, la costituzione di un vincolo di destinazione consente di soddisfare i crediti in via proporzionale e, viepiù, assicura loro la conoscibilità dello stato di insolvenza<sup>26</sup>.

Quanto all'effetto del vincolo di destinazione, sempre lungo il versante del concordato preventivo ma con riguardo all'ipotesi di debito garantito da fideiussione, è possibile affermare che sebbene l'art. 184 della legge fallimentare consenta l'esecuzione anche nei confronti del garante, è anche vero che in caso di costituzione di un vincolo di destinazione — volto al soddisfacimento dei creditori — non possa trovare spazio l'art. 2929-*bis* c.c.<sup>27</sup>, essendo il vincolo costituito *causa solvendi* e non *causa donandi*<sup>28</sup>.

D'altro canto, l'effetto segregativo impedisce ai creditori del disponente di agire mediante esecuzione forzata sui beni che vengono ad essere vincolati mediante un *trust* costituito con atto avente data certa anteriore al pignoramento<sup>29</sup>.

Infine, essendo il fallimento l'*extrema ratio* non può che considerarsi in *re ipsa* l'interesse meritevole

<sup>24</sup> Si pensi agli artt. 1707, 2914 e 2915 c.c.

<sup>25</sup> C. DE ROSA, *Vincolo di destinazione*, in *Ius*, 2022, pp. 7-8.

<sup>26</sup> F. GABASSI, *Corte di Cassazione (1260/2019) - Concordato preventivo e vincolo di destinazione precedentemente costituito e trascritto ex art. 2645 ter c.c. sul patrimonio del debitore: meritevolezza ed effetti dell'iniziativa*, in *www.unijuris.it*, 2019.

<sup>27</sup> V. p. 4.

<sup>28</sup> F. GABASSI, *Tribunale di Firenze - Atto di segregazione posto in essere dal garante per salvaguardare il buon esito di un concordato preventivo promosso dal garantito. Non esperibilità dei suoi confronti del c.d. pignoramento revocatorio*, in *www.unijuris.it*, 2018.

<sup>29</sup> F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2011, pp. 7-8.

di tutela del vincolo di destinazione volto a sorreggere il concordato<sup>30</sup>.

A primo impatto, la categoria dei beneficiari sembra essere limitata a «persone con disabilità e a pubbliche amministrazioni» per poi in realtà essere estesa a tutto spiano anche «ad altri enti o persone fisiche». Egualmente è a dirsi per l'impignorabilità dei beni espressa in via indiretta<sup>31</sup>.

Eppure, il «riferimento generico» contenuto nella norma non annulla la menzione più precisa ai «disabili» e alla «pubblica amministrazione» in quanto è ai loro interessi che si ancora la finalità cardine della disposizione. Ciò risulta comprovato dai documenti parlamentari, i quali rafforzano siffatta interpretazione dimostrando come l'idea di partenza fosse l'attuazione di scopi «eticamente forti»<sup>32</sup>.

D'altronde, nell'ambito dell'art. 2645-ter c.c. i beni costituiscono una massa distinta, anche se la loro titolarità compete pur sempre al destinante risultando sprovvisto dell'effetto traslativo<sup>33</sup>. In questo quadro non va dimenticato che potrebbe intercalarsi una peculiare figura di intermediazione, consistente nel c.d. «attuatore»<sup>34</sup>.

Pur in assenza di un potere di alienazione — in quanto tenuto ad esercitare un potere meramente strumentale — in caso di trasferimento del bene ricevuto, farebbe seguito la nullità o l'estinzione del vincolo, tanto per sopravvenuta impossibilità, quanto per la natura fiduciaria che non tollera sostituzioni<sup>35</sup>.

Discussa è la natura tassativa dei beni oggetto dell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: secondo un orientamento si tratta di una norma non suscettibile di applicazione analogica, tuttavia, secondo l'orientamento prevalente vi rientrano anche i beni mobili, purché sia data adeguata conoscenza ai terzi del vincolo<sup>36</sup>.

In quanto norma di pubblicità, nell'oggetto vi confluiscono soltanto «i beni sottoposti a trascrizione». Secondo un'altra teoria, invece, oltre ai «beni immobili e mobili registrati» anche i «beni mobili» potrebbero rientrarvi, senza mettere a repentaglio la validità dell'atto e ponendosi tutt'al più un problema inerente all'onere pubblicitario<sup>37</sup>.

Non deve poi rientravvi l'uso e l'abitazione, in quanto sprovvisti di un introito reddituale, oltre che «il divieto di cessione». Di converso, vi rientra, al di là della proprietà, l'usufrutto e la superficie<sup>38</sup>.

Andando avanti nella sua destrutturazione, controverso risulta il requisito della forma, sicché giurisprudenza e dottrina si sono chieste se fosse necessario o meno l'intervento notarile<sup>39</sup>.

Vi è chi sostiene che l'art. 2645-ter c.c. richieda la forma pubblica *ad substantiam*. Qualora, invece, la forma pubblica fosse prevista *ad transcriptionem*, dal suo mancato rispetto ne deriverebbe la mera produzione *inter partes* dei relativi effetti<sup>40</sup>.

Per ciò che attiene la durata, la destinazione non può che essere limitata nel tempo per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria. In

<sup>30</sup> M. MARTINELLI, E. POLAZZO, *op. cit.*, p. 6.

<sup>31</sup> M. COCUCCIO, *Responsabilità patrimoniale, tutela della persona e patrimoni separati*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.2, 2017, p. 8.

<sup>32</sup> B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli Europei di articolazione del patrimonio*, in *Rivista del Notariato*, fasc.2, 2012, p. 6. Ancora una volta, allora, la menzione di altre persone o enti non riduce l'obiettivo della legge, ma semplicemente amplia il raggio d'azione.

<sup>33</sup> B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, pp. 8-9. Risulta preferibile il negozio fiduciario, attesi anche i dubbi sulle formalità pubblicitarie del mandato di vendita di immobili. Siffatti strumenti

non smentiscono l'essenza dell'istituto che peraltro non è caratterizzato dal «divieto di inalienabilità».

<sup>34</sup> C. DE ROSA, *op. cit.*, p. 1, trattandosi per la precisione dell'atto di destinazione «dinamico».

<sup>35</sup> S. PEPE, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>36</sup> C. D. GIUSTINA, *L'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *www.rivista.camminodiritto.it*, 2019, p. 4.

<sup>37</sup> M. MANULI, *L'art. 2645-ter. Riflessioni critiche*, in *Vita Notarile*, 2007, p. 393.

<sup>38</sup> C. DE ROSA, *op. cit.*, p. 9.

<sup>39</sup> C. D'APREA, *op. cit.*, pp. 4 ss.

<sup>40</sup> C. D. GIUSTINA, *op. cit.*, 5.



quanto norma di ordine pubblico economico interno, essa è dunque volta ad impedire la costituzione di vincoli perpetui<sup>41</sup>.

Quanto al primo arco temporale, verosimilmente si ipotizza il trapasso del disponente ancor prima della scadenza del termine ivi previsto, ponendosi un problema di successione nel vincolo e di equilibrio con il divieto di patti successori che non sembrerebbe fatto fuori, a meno che non si ravvisi la «causa di morte»<sup>42</sup>.

Non è nemmeno chiaro se il limite di durata dell'art. 2645-ter c.c. debba rifarsi agli effetti sostanziali oppure a quelli pubblicitari, provocandone, in quest'ultimo senso, l'inefficacia della trascrizione e non incidendo sulla permanenza dell'atto<sup>43</sup>.

Nell'indagine dell'art. 2645-ter c.c., copiose sono le *quaestio iuris* rimaste aperte e a cui si tenta di porre rimedio:

ubicazione. Con riguardo alla collocazione dell'art. 2645-ter c.c. nel titolo dedicato alla trascrizione viene da chiedersi se il legislatore sia caduto in errore o, come fatto acutamente notare, se costui e l'interprete abbiano «giocato a un gioco diverso»<sup>44</sup> sicché l'intercalare della norma in quel quadro sarebbe frutto della consapevolezza legislativa dell'ammissibilità dell'atto di destinazione;

interessi. Ponendo lo sguardo agli interessi prima ancora che alla meritevolezza, bisogna dire che sovente — ed erroneamente — si definisce meritevole solo l'interesse altrui, anche se l'ordinamento offre spunti in senso contrario indicando istituti come i patrimoni destinati delle s.p.a.<sup>45</sup>;

ruolo dei notai. Risulta, infatti, necessaria l'individuazione della prassi in tal senso.

Altrettante lacune concernono la disciplina di cui all'art. 2645-ter c.c. In particolare, l'art. 2645-ter c.c. non prevede una scrupolosa disciplina della cessazione del vincolo di destinazione — rispetto a quella dettata per il fondo patrimoniale — non essendo detto nulla circa il modo in cui siffatti vincoli possano esaurirsi. Ebbene, un atto di autonomia negoziale compiuto dal conferente non può revocare un vincolo di destinazione talché questo comporterebbe il «sacrificio» del beneficiario. Pertanto, gli aspetti legati alla cessazione del vincolo non possono che essere rimesse all'accordo tra le parti coinvolte<sup>46</sup>.

In virtù del tenore letterale dell'art. 1322, comma 2, c.c., l'interesse meritevole di tutela risulta oggetto di ampi dibattiti.

L'art. 2645-ter c.c. fuoriesce dagli schemi tipici caratterizzanti le tradizionali segregazioni patrimoniali, non essendo intervenuta una tipizzazione degli interessi perseguiti. In questo senso, residua ampia autonomia e pertanto il privato opera una selezione degli interessi senza grandi limiti, a condizione che, beninteso, l'operazione possa superare il giudizio di meritevolezza<sup>47</sup>.

Una sua rilettura, per comprendere se essa possa o meno considerarsi rispondente al moderno convincimento, si rende, dunque, necessaria.

Con il corporativismo, la nozione di causa in quanto «funzione economico sociale» influenzava *en pendant* quella di meritevolezza in quanto utilità sociale ed economica, mentre con l'avvento della

<sup>41</sup> B. FRANCESCHINI, *Atti di destinazione*, (art. 2645-ter c.c.) e *trust*, in *Trust*, Vol. II, Torino, 2008, p. 262.

<sup>42</sup> S. PEPE, *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>43</sup> G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, p. 405.

<sup>44</sup> A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2007, fasc.3, p. 1293.

<sup>45</sup> A. DI SAPIO, *op. cit.*

<sup>46</sup> M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Rivista del Notariato*, fasc.5, 2006, pp. 3 ss.

<sup>47</sup> F. STEFANELLI, *Atti di destinazione: meritevolezza, rimedi e criticità dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Anno*, fac. giur. univ. Camerino, 2020, p. 11.





Cost., la causa trasmigrava nella «funzione economico individuale» ed emergendo un'esigenza garantista la teoria oggettiva cedeva il passo alla liceità degli interessi perseguiti.

In questa cornice, mal si colloca la ricostruzione appena compiuta, atteso il nesso tra l'art. 1322 c. 2 e 2645-ter che infatti necessita di una più profonda analisi degli interessi in gioco. D'altronde, si ravvisa anche una contraddizione sistematica, perché il legislatore avrebbe spinto surrettiziamente verso l'utilizzo dell'atto di destinazione a scapito del fondo patrimoniale, il quale risulta invece caratterizzato da una disciplina più rigida<sup>48</sup>.

Coloro i quali ritengono che l'interesse meritevole di tutela equivalga alla liceità<sup>49</sup> ammettono che la destinazione patrimoniale possa essere realizzata purché essa non sia contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; in proposito, i lavori parlamentari invigoriscono l'orientamento comune ampliando i margini applicativi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Secondo un altro punto di vista, ammettendosi la meritevolezza dell'interesse pubblico — o costituzionalmente rilevante — non può non dirsi che: «conseguenza di tale presa di posizione sarebbe 'coprire' lo spazio lasciato dall'art. 2645 ter c.c. mediante l'utilizzo del *trust*»<sup>50</sup>.

Un ulteriore approccio afferma che la meritevolezza è qualcosa di diverso dalla liceità: infatti,

vige l'art. 1322, comma 2, c.c., che si incentra sulla valutazione dell'idoneità del contratto atipico ad assicurare a modello giuridico di regolamentazione degli interessi e l'art. 1343 c.c. che parla di illiceità<sup>51</sup>.

Deve aggiungersi che nella liceità dell'interesse vi confluirebbe anche il mero «capriccio», essendo quindi introdotta una deroga all'art. 2740 c.c. per interessi futuri, secondari e non solidaristici con sospetto di incostituzionalità per irragionevolezza<sup>52</sup>.

Si afferma poi che la meritevolezza intesa come liceità si riferisce all'atto di destinazione in sé, ma quando si verificano i requisiti per la separazione patrimoniale, l'interesse viene determinato tramite il confronto dei vari interessi in gioco<sup>53</sup>.

Posto ciò, per quanto la visione generale della meritevolezza sia nel senso della liceità, piuttosto di operare un «trasloco» di essa nell'ambito dell'atto di destinazione, dovrebbe imporsi una revisione critica della stessa<sup>54</sup>.

Tirando le fila del discorso, si asserisce che in base all'orientamento accolto il campo di applicazione dell'istituto può «ampliarsi» o «restringersi»<sup>55</sup>.

Dall'analisi dell'art. 2645-ter c.c. non è poi evidente se sia possibile disporre un atto di destinazione *mortis causa*, così come svariate sono le problematiche poste al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza; in un altro contesto, i dibattiti hanno

<sup>48</sup> S. ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile. L'art. 2645-ter*, in *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2010, pp. 8 ss.

<sup>49</sup> A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni generali*, in M. BIANCA, A. DE DONATO, *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2013.

<sup>50</sup> P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contratto Impresa Europa*, 2021, p. 142.

<sup>51</sup> F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1978, 72.

<sup>52</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia civile*, fasc.3, 2006, p. 216. Concorda G. D'AMICO, *La proprietà*

«destinata», in *Rivista di Diritto Civile*, 2014, p. 545, secondo cui: «è da condividere, pertanto, l'idea secondo la quale 'interessi meritevoli di tutela' ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter possano considerarsi solo interessi 'pubblici' (...)» e in cui si distingue tra la modalità «anche patrimoniale» di realizzazione dell'interesse, come l'erogazione di una rendita, e l'interesse «non patrimoniale» come il sostentamento vitale.

<sup>53</sup> C. D'APREA, *op. cit.*

<sup>54</sup> A. COUCOURDE, A. VERCELLONE, *Atipicità del contratto e tipicità dei diritti reali: il nodo della meritevolezza dell'interesse*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 208.

<sup>55</sup> C. DE ROSA, *op. cit.*, 6; ove si esclude l'autodestinazione, aderendo alla meritevolezza in senso altruistico.

interessato anche il *trust* testamentario, il mandato *mortis causa*<sup>56</sup> e l'art. 627 c.c.

In via preliminare, si rammenta che nell'ordinamento italiano regna il principio della piena equipollenza — *quoad effectum* — delle diverse forme del testamento, mirando a garantire la più ampia possibilità di esercizio dell'autonomia testamentaria<sup>57</sup>.

L'omesso riferimento al testamento tra le fonti dell'atto di destinazione induce a una interpretazione restrittiva atteso il principio di responsabilità del debitore<sup>58</sup>, seppure una simile visione non risulti esente da critiche, considerate le ragioni sopra esposte nonché l'endorsement verso i patrimoni autonomi<sup>59</sup>.

Secondo un'altra visione, ciò non sottrarrebbe l'opportunità di ricorrere al testamento per istituire un vincolo reale di destinazione: è stato rilevato che non vi sia alcuna ragione valida che giustifichi il trattamento differente tra atti *mortis causa* e *inter vivos*. Dovrebbe, allora, preferirsi un'interpretazione alternativa in grado di prendere in considerazione l'incongruenza codicistica riguardo alla trascrizione degli acquisti a causa di morte, facendo riferimento all'art. 2643 c.c. n. 1, 2 e 4 e all'art. 2645-ter c.c., il quale non sarebbe stato richiamato proprio poiché il legislatore avrebbe tralasciato di coordinare opportunamente le due disposizioni<sup>60</sup>.

Malgrado ciò, sulla base del tenore letterale dell'art. 2645-ter c.c., si è giunti ad affermare la

nullità della destinazione patrimoniale per testamento, posta l'assenza dell'interesse meritevole di tutela<sup>61</sup>.

Eppure, il legislatore ha talvolta previsto esplicitamente l'incompatibilità tra un'ipotesi negoziale e l'oggetto del testamento e inoltre si deve ricordare che l'art. 2645-ter c.c. menziona «l'atto» così come fa l'art. 587 c.c. nel definire il testamento. Ma vi è di più, gli atti in esame non vanno forzatamente inclusi nella nozione di cui all'art. 1324 c.c. da cui — forse<sup>62</sup> — appaiono esclusi gli atti *mortis causa*<sup>63</sup>. Per cui, deve optarsi per una lettura estensiva dell'art. 2645-ter c.c. tenendo in conto «l'atteggiamento di *self restraint* (...)»<sup>64</sup> del legislatore.

I problemi che si pongono con riguardo all'art. 2645-ter c.c. ruotano intorno anche alle differenze rispetto ad alcuni istituti affini.

In primo luogo, con riguardo al confronto tra l'art. 2645-ter c.c. e il *trust*, è possibile affermare che entrambi permettono di realizzare forme di specializzazione della responsabilità patrimoniale<sup>65</sup>. Tuttavia, il *trust* prevede un trasferimento dei beni dal *settlor* al *trustee*, il quale detiene una proprietà solo fiduciaria, mentre l'art. 2645-ter c.c. consiste in un atto preordinato all'organizzazione funzionale del patrimonio; infatti, la destinazione è l'elemento eccentrico dell'art. 2645-ter, non rintracciandosi la

<sup>56</sup> D. MURITANO, C. ROMANO, *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2019, p. 2.

<sup>57</sup> Ricorrendo l'esigenza dell'opponibilità e non rivelandosi sufficiente l'obbligatorietà, l'autonomia testamentaria svolge il delicato compito di superare i limiti impressi alle operazioni negoziali *mortis causa*; tutto ciò, va interpretato alla luce del diritto europeo che, specie in Germania, oramai mostra segni di apertura verso il divieto dei patti successori. Cfr. U. STEFANI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, pp. 833-834.

<sup>58</sup> A. FEDERICO, *op. cit.*, pp. 520-521.

<sup>59</sup> A. FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Rivista del Notariato*, fasc.1, 2014, p. 3.

<sup>60</sup> G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, fasc.2, 2006, pp. 164-165.

<sup>61</sup> U. STEFANI, *op. cit.*, p. 841.

<sup>62</sup> Dottrina e giurisprudenza hanno a lungo discusso circa l'applicabilità dell'art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali *mortis causa*.

<sup>63</sup> A. A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645-ter c.c. e il momento negoziale)*, in *Rivista del Notariato*, 2014, fasc.6, pp. 1-2.

<sup>64</sup> U. STEFANI, *op. cit.*, p. 841.

<sup>65</sup> Cfr. B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 3.



«rilevanza esterna» dell'affidamento gestorio che risulta presente nel *trust*<sup>66</sup>.

Con riferimento alla durata, il 2645-*ter* c.c. dispone testualmente «per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria». Qui, il legislatore, intende tutelare le esigenze di mercato impedendo che il diritto di proprietà possa essere svuotato di significato; mentre nel *trust* si rammenta la caratteristica della perpetuità.

Altro aspetto attiene al beneficiario. Per ciò che attiene il *trust*, non si rintracciano particolari esclusioni, mentre nell'art. 2645-*ter*, per risolvere il problema si dovrebbero richiamare quelle norme codicistiche capaci di operare una estensione analogica: gli artt. 462 e 784 c.c. attribuirebbero la capacità giuridica anche ai nascituri; di segno opposto è, però, quella dottrina secondo cui l'estensione non potrebbe ricorrere, attesa l'eccezionalità delle disposizioni.

Sempre con riferimento ai beneficiari, risulta doveroso asserire che: se è fuor di dubbio che il *trust* permetta l'individuazione di costoro in catena di successione, lo stesso non è per l'altro atto di destinazione. Anzi, sembrerebbe che il fatto di aver indicato una pluralità di beneficiari che si susseguono in caso di morte di uno di essi possa entrare in rotta di collisione tanto con il divieto dei patti successori, quanto con il divieto di sostituzione fedecommissaria<sup>67</sup>.

In un altro versante, in base alla regolamentazione normativa<sup>68</sup> si scovano distinte forme di destinazione patrimoniale. A differenza di altri strumenti — come il *trust* o il negozio fiduciario — ricorrono figure in cui la destinazione è esplicitata

nelle regole applicative, rivelandosi oggettiva. D'altra parte, l'art. 2645-*ter* c.c. prevede l'individuazione di una destinazione non tipizzata, ma esemplificata in alcune categorie: queste sono le persone con disabilità, la p.a. e gli «interessi meritevoli di tutela».

Nel raffronto tra l'art. 2645-*ter* c.c. e il fondo patrimoniale<sup>69</sup>, può dirsi che nel primo caso l'interesse da realizzare risulta subordinato alla scelta delle parti, mentre nell'altro risulta normativamente predefinito; così come l'art. 2645-*ter* c.c. nulla dice rispetto al consenso di ambedue i coniugi e sull'autorizzazione giudiziale in presenza di prole minore di età; in continuità, se dal fondo patrimoniale deriva l'inefficacia dal conseguimento di ogni diversa finalità, nell'art. 2645-*ter* c.c. nulla sembra vietare — in presenza dei presupposti di legge — l'impiego dei beni del fondo per un fine diverso.

Bisogna poi rammentare che il fondo patrimoniale differisce dall'atto di destinazione proprio a causa di una maggiore delimitazione tra beni attaccabili e inattaccabili<sup>70</sup> e che la sua efficacia — così come la comunione dei beni — risulta direttamente correlata all'esistenza del vincolo matrimoniale.

### 3. TRASCRIZIONE DEL VINCOLO DI DESTINAZIONE

Uno degli aspetti più controversi dell'art. 2645-*ter* c.c. è sicuramente il vincolo di destinazione; in proposito, è stato oggetto di discussione il suo carattere reale o obbligatorio considerate le conseguenze sull'onere pubblicitario e sulla circolazione del *res*.

<sup>66</sup> M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2009, p. 2.

<sup>67</sup> G. OBERTO, *op. cit.*, pp. 409 ss.

<sup>68</sup> Oltre al fondo patrimoniale, si pensi anche ai fondi speciali per la previdenza e l'assistenza *ex art.* 2117 c.c. e ai patrimoni

societari destinati ad uno specifico affare *ex art.* 2447-*bis* e ss. c.c.; si veda M. BIANCA, *Trustee, op. cit.*, pp. 3 ss.

<sup>69</sup> V. BELLOMIA, *op. cit.*, pp. 15 ss.

<sup>70</sup> E. MATANO, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista del Notariato*, fasc.2, 2007, p. 5.

L'opponibilità e l'ampia legittimazione —pre vista dalla norma in esame per l'attuazione del vincolo — portano ad affermare la natura reale del diritto del beneficiario<sup>71</sup>. Ciò risulta anche dimostrato dall'ambiguità letterale dell'art. 2645-ter c.c. nell'utilizzo del sostantivo «beneficiario» anziché di «creditore».

La fattispecie, inoltre, pecca della pretesa e dell'interesse alla realizzazione del vincolo — ossia degli elementi oggettivi del rapporto obbligatorio —per cui, essendo il perseguimento di quest'ultimo in *re ipsa*, non rimane che ribadirne la realtà<sup>72</sup>.

Il legislatore attua un controllo sul rispetto del principio di tipicità dei diritti reali, di responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum* con il binomio nominatività e tipicità. Riconoscendo nell'art. 2645-ter un inedito istituto, però, questo verrebbe ad essere un vincolo reale atipico — atteso il richiamo all'art. 1322, comma 2, c.c. — in conflitto con i valori ricordati. Eppure, l'art. 2645-ter c.c. non è un'ipotesi del tutto eccezionale, tant'è che tra le norme vigenti si rinviene una servitù prediale caratterizzata dalla realtà e dall'opponibilità, in cui il legislatore modella il contenuto ma non lo riempie<sup>73</sup>.

Incisiva appare, pertanto, l'influenza della realtà del vincolo sull'individuazione dei rimedi spettanti al beneficiario, tra cui spicca l'esecuzione in forma specifica e la tutela risarcitoria<sup>74</sup>. Più correttamente, l'aspettativa futura del beneficiario sarebbe assicurata dalla salvaguardia ad opera dello stesso dell'interesse non proprio, bensì del disponente<sup>75</sup>.

Di segno contrario è quella parte della dottrina che riscontra l'obbligatorietà: desumere la natura reale del vincolo dalla trascrizione della fattispecie sarebbe concettualmente errato, sicché la realtà del diritto sul bene non può che derivare dalle specifiche caratteristiche dello stesso<sup>76</sup>.

Non per forza, però, l'opponibilità deve essere legata ai diritti reali, basti pensare alle situazioni obbligatorie per cui è ammessa una simile tutela<sup>77</sup>. Sembra quindi che l'opponibilità non debba porsi a *latere* della realtà del diritto del beneficiario, anche se, tutto sommato, dall'opponibilità stessa deriva un *quid* relativo alla cosa. In tal caso, il diritto si rivolge verso il proprietario — e non già alla cosa — e manca il carattere dell'immediatezza, sicché si esclude un «diritto reale tradizionale» ma non necessariamente si riconosce un «semplice diritto di credito»<sup>78</sup>.

Prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., sia i sostenitori che i detrattori della trascrivibilità del *trust* convenivano sul fatto che anche qualora fosse stato consentito il soddisfacimento dell'onere pubblicitario, il *trust* non avrebbe comunque prodotto l'effetto di opponibilità ex art. 2644 c.c. In altre parole, la finalità di tale pratica sarebbe stata quella di informare della sua esistenza e di conseguenza, la dottrina si avventurava nella ricerca di una tutela del *trust*. Del resto, non si vede come possa accettarsi la collocazione codicistica dell'art. 2645-ter c.c., oltre che l'esclusione dei beni mobili e il sindacato di meritevolezza, qualora si aderisse alla realtà<sup>79</sup>.

<sup>71</sup> G. ANZANI, *op. cit.*, pp. 402-403;

<sup>72</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, pp. 27 ss.

<sup>73</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, pp. 189.

<sup>74</sup> M. BIANCA, *Trustee, op. cit.*, p. 2; in cui bisogna evidenziare come dalla realtà del vincolo di destinazione derivi segnatamente l'opponibilità dello stesso.

<sup>75</sup> U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, fasc.5, 2007, p. 29.

<sup>76</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni, op. cit.*, pp. 166 ss.; G. FREZZA, *La c.d. legge sul 'dopo di noi' e la trascrizione dei vincoli di destinazione*, in *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2021, pp. 7-8.

<sup>77</sup> S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 107.

<sup>78</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 527-528.

<sup>79</sup> F. STEFANELLI, *op. cit.*, pp. 7-8.



Del resto, l'ottenimento del diritto non sarebbe definitivo, in quanto pur sempre volto alla realizzazione di un interesse limitato nel tempo<sup>80</sup>. Ragion per cui, da qui a poco, l'orientamento comune propende per l'esistenza di un diritto personale di godimento e, dunque, di un credito<sup>81</sup>.

Con l'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., «un lontano ricordo» sarebbe l'efficacia obbligatoria del *trust*, considerato che la norma ammette le formalità pubblicitarie concernenti il negozio di destinazione<sup>82</sup>.

Di tutt'altra idea è parte della dottrina, la quale ritiene che neppure l'art. 2645-ter c.c. possa richiamarsi per reggere la formalità trascrittiva del *trust*, in quanto carente «dell'effetto traslativo verso i terzi»<sup>83</sup> e dell'identità strutturale, non potendosi intendere «quale legge applicabile»<sup>84</sup>.

Neppure affatto semplice è l'indagine sul titolo che legittima l'onere pubblicitario dell'art. 2645-ter c.c.: se questo fosse adempiuto ai fini di opponibilità *sui generis* sarebbe la sua ubicazione, diversamente ove il riferimento fosse alla pubblicità notizia o alla pubblicità costitutiva la norma diverrebbe di fattispecie<sup>85</sup>.

Secondo un'altra prospettiva non deve invocarsi l'eccezione di trascrizione, dato che l'assenza di una disciplina organica e di un aggancio alla

realtà spinge verso la natura obbligatoria del vincolo di destinazione. In questo senso, la trascrizione non è idonea a svolgere la sua funzione di opponibilità, per cui l'avente causa del conferente prevale con l'acquisto avente data certa anteriore; in sostanza, l'epilogo sarebbe l'applicazione della regola «*prior in tempore, potior in iure*»<sup>86</sup>.

Successivamente, si distingue la funzione puramente dichiarativa della destinazione, volta a rendere nota l'esistenza di un vincolo già validamente costituito, e la funzione costitutiva della segregazione, volta a realizzare l'opponibilità e la risoluzione dei conflitti. Ciò significa ammettere che l'atto di destinazione abbia effetti obbligatori o reali a seconda dell'adempimento dell'onere pubblicitario, ma la trascrizione deve porsi solo a valle, opponendo gli effetti di cui il negozio già dispone a monte. Quanto esposto è fortemente criticato perché dall'omessa trascrizione deriva l'esclusione della realtà e dell'inopponibilità del vincolo, sicché la destinazione perde la sua importanza<sup>87</sup>.

Altri ancora ritengono che in via antecedente alla trascrizione vi sia soltanto «una fattispecie in corso di formazione» priva anche dell'effetto obbligatorio. Approdando alla pubblicità costitutiva, allora, si sostiene l'esclusione dell'effetto tipico in assenza della formalità pubblicitaria, in conformità con il diritto vigente<sup>88</sup>.

<sup>80</sup> U. LA PORTA, *op. cit.*, pp. 31 ss. Occorre riportare il discrimine tra l'atto di destinazione traslativo e non traslativo: nel primo ricorre un rapporto gestorio di natura obbligatoria tra il disponente e il ricevente, a cui fa seguito in caso di inadempimento il ritorno della res.

<sup>81</sup> M. MANULI, *op. cit.*, pp. 409 ss., si veda anche V. DE ROSA, *op. cit.*, p. 10, ove si segnalano gli importati traguardi raggiunti dalla giurisprudenza nell'ambito del riconoscimento delle azioni possessorie all'usufrutto.

<sup>82</sup> Cfr. AA. VV., *I trust interni e le loro clause*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, pp. 11 ss.; G. C. RINALDI, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, fasc.5, 2011. Eppure, l'influenza richiamata non mette in dubbio la diseguaglianza tra le due fattispecie, sicché essa va intesa senza giungere ad un'identità col trust; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato*

*Bessone*, Torino, 2012, pp. 125-126, secondo cui l'art. 2645-ter c.c. darebbe attuazione agli artt. 11-12 della Convenzione dell'Aja.

<sup>83</sup> G. FREZZA, *op. loc. cit.*

<sup>84</sup> M. BIANCA, *L'atto, op. cit.*, 183.

<sup>85</sup> S. PEPE, *op. cit.*, 2 ss.

<sup>86</sup> G. FREZZA, *op. cit.*, pp. 7-8; non vi sarebbe, dunque, alcun conflitto *ex art.* 2644 c.c., non essendo il beneficiario un avente causa del conferente.

<sup>87</sup> S. PEPE, *op. cit.*, p. 5.

<sup>88</sup> A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 530, il quale afferma che: «*a me sembra che, a tacer d'altro, già il tipo di trasformazione giuridica che la trascrizione determina sulla situazione giuridica destinata, sicuramente da ricondurre alla efficacia innovativa, e più esattamente modificativa, deponga per la tesi dell'efficacia costitutiva della trascrizione*»; cfr.





Ciononostante, differenziando la realtà dall'opponibilità, si può spostare il baricentro dalla natura del diritto alla rilevanza del titolo<sup>89</sup>, per cui l'art. 2645-ter non scalfisce strutturalmente i diritti reali, bensì incide funzionalmente sull'opponibilità<sup>90</sup>.

Quanto alla prassi notarile nei confronti dell'art. 2645-ter c.c., si riporta la differenza tra l'atto di destinazione traslativo e quello privo di un trasferimento: in quest'ultimo caso, si rende utile una sola nota di trascrizione contro il titolare del bene che costituisce il vincolo, mentre nell'altro ricorre la necessità di una doppia nota, la prima contro colui che conferisce e a favore di colui che riceve e la seconda contro lo stesso destinatario del trasferimento; nessuna formalità pubblicitaria sarebbe prevista nei confronti del beneficiario le cui generalità, però, vanno rese note all'interno del quadro D<sup>91</sup>.

#### 4. TUTELA DEI CREDITORI

«Atti di destinazione abusivi» è la nozione coniata dalla dottrina per alludere a tutti quei negozi aventi una fine di destinazione pregiudizievole; l'esistenza di essi presuppone la ricerca degli strumenti atti a consentire la *restitutio in integrum*.

Sempre in via preliminare è necessario comprendere se nei confronti di simili atti debba trovare spazio la nullità per contrarietà a norme imperative di cui all'art. 1418 c.c. o l'inefficacia. Ebbene, deve optarsi per quest'ultima, considerato

che il termine «possono» usato dall'art. 2645-ter c.c. induce ad escludere la sua natura imperativa.<sup>92</sup>

Di conseguenza, si mette in luce l'assenza di una regolamentazione sull'abuso della destinazione, incoraggiando quella teoria che vede nella surrogazione reale il mezzo efficace per preservare il vincolo impresso al bene, fornendo maggiore sicurezza ai beneficiari; l'impostazione è seguita anche dalla giurisprudenza per quanto concerne il fondo patrimoniale e il pegno rotativo, sennonché l'utilizzo ne risulti ancora limitato a causa della realtà del vincolo<sup>93</sup>.

«Salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma (...)» è l'espressione usata dal legislatore all'interno dell'art. 2645-ter c.c. per enfatizzare la *summa divisio* tra vincoli di indisponibilità efficaci, in quanto trascritti anteriormente all'atto di pignoramento e vincoli inefficaci, in quanto trascritti a posteriori.

Eppure, in caso di un atto di destinazione «anteriore», rilevante sarebbe l'art. 2812, commi 1 e 2, c.c., ove è stabilito che i vincoli non possono essere opposti al creditore ipotecario, ciò a prescindere dall'antiorità della trascrizione dell'atto che li ha istituiti rispetto all'iscrizione ipotecaria<sup>94</sup>.

Infine, la necessità di una ricerca di tutela deriva dal fatto che, pur ricorrendo l'indicazione della possibilità di agire per il conferente e gli interessati «anche durante la vita del conferente stesso», non risulta affatto chiaro quali azioni possano essere intraprese al seguito della mancata realizzazione del vincolo<sup>95</sup>.

C'APREA, *op. cit.*, pp. 17 ss.; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 338; S. PEPE, *op. loc. cit.*

<sup>89</sup> All'art. 2645-ter c.c. si rinvia la rilevanza del titolo sopra richiamata, sicché a prescindere dalla sua realtà l'ordinamento vi conferisce importanza; cfr. M. BIANCA, *L'atto, op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>90</sup> C. FABBRICATORE, *I diritti reali minori*, in *Percorsi della Giurisprudenza*, Napoli, 2015, p. 58.

<sup>91</sup> G. PETRELLI, *La trascrizione, op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>92</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>93</sup> M. BIANCA, *L'atto, op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>94</sup> Di conseguenza, il creditore ipotecario procederà alla trascrizione del pignoramento sulla cosa come si trovava al momento della iscrizione ipotecaria, cioè, dovrà «*subastare la cosa come libera*»; si veda A. L. PESERICO, *Studio n. 33-2020/E – i beni oggetto di un atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. tra esecuzione singolare e fallimento – (approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 23 giugno 2020)*, in *Studi e Materiali*, 2020, pp. 3-4.

<sup>95</sup> G. C. RINALDI, *op. cit.*, p. 19.

Parimenti, l'azione revocatoria concerne l'art. 2645-ter c.c. ove è previsto che, a primo impatto, tali beni segregati possano essere utilizzati solo per i debiti contratti al fine di realizzare la relativa destinazione, non essendo oggetto di esecuzione per i debiti pregressi del disponente<sup>96</sup>.

In ottica processuale, si rivela cruciale la valutazione del carattere del trasferimento, per comprendere se soltanto il disponente o anche il terzo debba essere coinvolto nell'accertamento della *scientia fraudis*<sup>97</sup>. Segnatamente, l'atto di destinazione risulta caratterizzato dalla gratuità ove impiegato senza alcun sacrificio nella sfera giuridica del beneficiario, mentre è oneroso se ricorre per l'adempimento di un debito<sup>98</sup>.

Peraltro, l'azione revocatoria può essere esercitata anche ove si sospetti un atto fraudolento o un abuso di potere da parte del disponente<sup>99</sup>.

Non solo l'azione revocatoria, bensì anche l'azione di simulazione, nonché dell'immeritevolezza o della nullità, ove non possa attivarsi il rimedio generale per via del termine di prescrizione o per l'assenza degli ulteriori presupposti.

D'altro canto, la legittimazione dell'azione di nullità terrebbe conto dell'illiceità dell'interesse posto a capo dell'atto di destinazione<sup>100</sup>.

Illiceità e immeritevolezza vanno, però, distinte, tant'è che la prima opera sul piano della fattispecie, mentre l'altra sul piano degli effetti; in altri termini, valicato l'esame della meritevolezza ne

consegue la segregazione e dunque l'opponibilità ai terzi<sup>101</sup>.

Analizzando il quadro giuridico preesistente all'introduzione dell'art. 2929-bis c.c., un dato saliente risiedeva nella centralità dell'esercizio della revocatoria ai fini della trascrizione del pignoramento; tale disciplina era prevista anche con riguardo all'iscrizione d'ipoteca, per cui in assenza della revocatoria la trascrizione dell'atto di destinazione prevaleva a scapito dell'esecuzione forzata<sup>102</sup>.

Inoltre, si distingueva l'ipotesi in cui prevaleva l'acquirente del diritto reale rispetto al creditore anteriore essendovi un trasferimento del bene al *trustee* e l'ipotesi in cui permanendo intatta la garanzia generica e mancando l'atto di trasferimento prevaleva il creditore anteriore rispetto al beneficiario. Questa differenza di tutela risulta venuta meno a seguito della riforma che rafforza la tutela dei creditori anteriori, attribuendo solo ad essi la pignorabilità dei beni senza necessità di revocatoria, con inversione dell'onere della prova in sede di opposizione all'esecuzione<sup>103</sup>.

Il nuovo art. 2929-bis c.c. avrebbe, dunque, fornito un *quid pluris* alla categoria dei creditori, consentendo la pignorabilità del bene oggetto dell'alienazione a titolo gratuito o dell'instaurazione di un vincolo di indisponibilità posteriore al sorgere del credito, senza necessità di ricorrere all'azione revocatoria.

<sup>96</sup> In questo senso, si pongono in linea di continuità le recenti pronunce di merito: Trib. Alessandria 25 agosto 2020 n. 486; Trib. Vicenza 15 giugno 202 n. 1047; Trib. Prato 24 marzo 2022 n. 170; Trib. Ravenna 22 marzo 2021 n. 227; Cass. 15 novembre 2019 n. 29727; Trib. Livorno 03 marzo 2020 n. 237; Trib. Monza 07 luglio 2020 n. 874; Trib. Pisa 20 marzo 2020 n. 316.

<sup>97</sup> Cass. Sez. III, 4 aprile 2019 n. 9320.

<sup>98</sup> Segnatamente, l'onerosità ricorre in caso di garanzia, mentre la liberalità in caso dei bisogni della famiglia, cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, *op. loc. cit.*

<sup>99</sup> M. MARTINELLI, E. POLAZZO, *op. cit.*, pp. 19-20, in cui, prendendo in analisi il rapporto tra l'atto destinazione e

concordato preventivo, si afferma che essendo l'atto caratterizzato dalla gratuità, sarebbe più agevole dimostrare la consapevolezza del disponente dei danni causati ai creditori, con conseguente irrilevanza dello stato soggettivo del terzo.

<sup>100</sup> C. DELLA GIUSTINA, *L'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *www.rivista.camminodiritto.it*, 2019, p. 8.

<sup>101</sup> Trattasi di una forma di inefficacia relativa, sicché l'atto di destinazione si rivela lecito ma immeritevole di tutela. Cfr. F. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>102</sup> G. IACCARINO, *La circolazione dei beni oggetto del vincolo di destinazione*, in *Notariato*, Milano, 2018, pp. 173-174, p. 176.

<sup>103</sup> G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2016, pp. 212 ss.





In realtà, nonostante l'auspicio del legislatore si afferma che l'utilizzo dell'azione revocatoria ordinaria continua ad essere largamente prevalente a svantaggio dell'innovativo strumento, a causa della sua limitata sfera di operatività<sup>104</sup>; infatti, in presenza di un atto oneroso non opera la presunzione relativa, sicché non trova spazio l'art. 2929-*bis* c.c.<sup>105</sup>.

Inoltre, il riferimento della norma agli atti di «costituzione di vincolo di indisponibilità» permette la sua applicazione anche all'art. 2645-*ter* c.c. A tal proposito, vale la pena rammentare che anche il fondo patrimoniale risulta caratterizzato dalla gratuità; quindi, non risultando indispensabile l'azione revocatoria sarebbe possibile l'iscrizione d'ipoteca e la promozione del pignoramento, entro i limiti temporali previsti dall'art. 2929-*bis* c.c.<sup>106</sup>.

Nel concorso tra l'art. 2929-*bis* c.c. e l'art. 2901 c.c., qualora il creditore non disponga di un titolo esecutivo e non benefici di alcun intervento in una procedura esecutiva, l'unica alternativa rimarrebbe l'actio *pauliana* entro il termine quinquennale di prescrizione ex art. 2903 c.c. Tuttavia, l'art. 2929-*bis* c.c., in quanto rimedio esecutivo, non può essere definito come «un'azione revocatoria anticipata», considerato che l'art. 2901 c.c. prevede un rimedio cautelare e non restitutorio<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> P. COPPINI, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>105</sup> F. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 17.

<sup>106</sup> G. IACCARINO, *op. loc. cit.*

<sup>107</sup> F. STEFANELLI, *op. loc. cit.*, in cui si chiarisce l'alternativa poco sopra esposta sostenendo la meticolosità dell'analisi del pregiudizio arrecato, trattandosi infatti di un'azione esecutiva e non già di cognizione.



## APPLICABILITÀ DEL PRIVILEGIO FONDIARIO ALLA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA

di **Elisabetta CADÈ\***

### ABSTRACT

*Tribunale di Verona – seconda sez. Civile, fallimentare e delle esecuzioni forzate – 20 dicembre 2022*

*L'art. 41 T.U.B., derogando al generale principio della concorsualità nella liquidazione dell'attivo, ha carattere eccezionale e, come tale, ai sensi dell'art. 14 Preleggi, non è suscettibile di applicazione analogica.*

### SOMMARIO

<b>1. Il caso</b> .....	<b>23</b>
<b>2. La questione giuridica e la relativa soluzione</b> .....	<b>23</b>
<b>3. Osservazioni</b> .....	<b>25</b>
<b>4. Conclusioni</b> .....	<b>30</b>

### 1. IL CASO

Nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare, avviata nell'anno 2020, il Tribunale di Verona, a seguito della sopravvenuta dichiarazione di apertura delle procedure di liquidazione controllata del patrimonio dei debitori esecutati, avvenuta nel dicembre 2022, ha dichiarato improcedibile l'esecuzione forzata dell'immobile già aggiudicato, pur in presenza di un creditore fondiario che, in sede di udienza *ex art.* 569 c.p.c., ha richiesto l'applicazione del privilegio di cui all'art. 41 T.U.B.

Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione ha precisato che l'art. 41 T.U.B. debba trovare

applicazione soltanto alla liquidazione giudiziale, atteso che tale disposizione disciplina l'operatività del privilegio fondiario limitatamente al "fallimento" (la sola procedura concorsuale menzionata dalla disposizione), oggi sostituito dalla "liquidazione giudiziale", e non anche in presenza di altre procedure concorsuali.

### 2. LA QUESTIONE GIURIDICA E LA RELATIVA SOLUZIONE

L'annosa questione giuridica dell'interpretazione, estensiva o restrittiva, dell'art. 41, comma 2, T.U.B. risale a molto tempo prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (d.lgs. 14/2019), avvenuta, come ben noto, dopo vari rinvii, il 15 luglio 2022.

Dottrina e giurisprudenza, difatti, hanno iniziato a interrogarsi circa l'applicabilità, o meno, del privilegio fondiario a procedure differenti rispetto a quella espressamente considerata dalla norma – ovvero sia al fallimento (ora "liquidazione giudiziale") – sin dai tempi del r.d. 16 luglio 1905, n. 646 (c.d. "Testo unico del credito fondiario"), il cui art. 42 si pone quale antecedente storico dell'attuale art. 41 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. T.U.B.).

In particolare, la previgente disciplina di cui all'art. 42, comma 2, del Testo unico delle leggi sul credito fondiario, prevedeva che: "*Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli Istituti di credito fondiario*", omettendo, pertanto, di considerare espressamente la sorte del privilegio fondiario nell'ambito di procedure concorsuali diverse dal fallimento.

\* Dottoressa in giurisprudenza, titolo conseguito presso l'Università di Brescia.

In applicazione di questa disposizione, alla vigilia della sua abrogazione, la S.C.<sup>1</sup>, dopo aver osservato che la questione dell'applicabilità del citato art. 42 nei confronti del debitore ammesso a concordato preventivo non aveva, sino a quel momento, costituito oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione (che, con sentenza n. 6487 del 6 novembre 1986, si era semplicemente limitata ad asserire la soluzione positiva, senza affrontarla *ex professo*), ha escluso l'applicabilità dell'art. 42 del T.U. 16 luglio 1905 n. 646 al concordato preventivo, atteso che il divieto di inizio o proseguimento di azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore ammesso a tale procedura (di cui all'art. 168, R.D. 16 marzo 1942, n. 267) era di tipo assoluto e, pertanto, non derogato dal citato art. 42.

L'orientamento interpretativo maggioritario era quindi giunto alla conclusione che la norma eccezionale di cui all'art. 42 T.U. del 1905 non fosse suscettibile di interpretazione analogica<sup>2</sup>.

La questione dei rapporti tra esecuzione di credito fondiario e procedure concorsuali minori è poi proseguita anche dopo l'introduzione del c.d. Testo Unico Bancario (d.lgs. 385/93), ora vigente, il quale ha abrogato il T.U. del 1905 e il cui art. 41, comma 2, prima parte, statuisce espressamente che: "*L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore*".

Tale norma, tanto sintetica quanto equivoca nella sua formulazione<sup>3</sup>, è stata parimenti oggetto di analisi da parte della giurisprudenza.

Una delle prime pronunce di legittimità pronunciate in applicazione dell'art. 41, comma 2, cit.<sup>4</sup>, discostandosi dall'orientamento sino ad allora prevalente, ammise la possibilità di un'esecuzione di credito fondiario in costanza di amministrazione controllata, negandola, invece (in conformità con la tesi maggioritaria), in costanza di concordato preventivo<sup>5</sup>.

Come già precisato, con la recente pronuncia del 20 dicembre 2022, il Tribunale di Modena si interroga sull'operatività del vigente art. 41 T.U.B. rispetto alla procedura di liquidazione controllata del patrimonio dei debitori esecutati, la cui dichiarazione di apertura è sopravvenuta rispetto all'aggiudicazione dell'immobile dei debitori, oggetto di espropriazione forzata.

La liquidazione controllata, disciplinata dagli artt. 268 e seguenti del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, è il procedimento, equivalente alla liquidazione giudiziale, finalizzato alla liquidazione del patrimonio del consumatore, del professionista, dell'imprenditore agricolo, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, che si trovi in stato di crisi o di insolvenza<sup>6</sup>.

Quanto ai rapporti tra esecuzione individuale e procedura di liquidazione controllata, l'art. 270, comma quinto, C.C.I., rinvia espressamente all'art. 150 C.C.I., dettato in ambito di liquidazione giudiziale, che prevede, dal giorno della dichiarazione di apertura della procedura, il divieto di iniziare o proseguire qualsivoglia azione individuale esecutiva, salvo diversa disposizione di legge. Quest'ultima disposizione, la quale fissa il fondamentale

<sup>1</sup> Si fa riferimento a Cassazione civile, sez. I, del 7 novembre 1991, in *ilCaso.it*.

<sup>2</sup> Si veda, a tale riguardo, G. TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Studi, Padova, 1994, pp. 479 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda A. PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, commento a Cass. civ., sez. III, 3 giugno 1996, n. 5081, in *Fallimento*, 1997, 1, p. 49.

<sup>4</sup> Cassazione civile, sez. III, 3 giugno 1996, n. 5081, in *Fallimento*, 1997, 1, p. 49.

<sup>5</sup> Questa conclusione è stata accolta criticamente dalla dottrina, tra cui A. PETRAGLIA, *op. cit.*, che lamenta la fragilità delle argomentazioni addotte dalla S.C. a sostegno della medesima.

<sup>6</sup> A tal proposito, si veda la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 155/2017, p. 203.



principio dell'intangibilità del patrimonio del debitore dal momento in cui la procedura viene aperta, non è che la mera riproposizione, con i necessari adattamenti lessicali, dell'art. 51 l. fall.<sup>7</sup>

Tra le norme derogatorie del principio generale di cui all'art. 270, comma quinto, C.C.I., si evidenzia il privilegio di cui all'art. 41 T.U.B., il quale ha natura di privilegio processuale e attribuisce al creditore fondiario il potere di iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore anche dopo – e, dunque, nonostante – il fallimento del debitore esecutato.

Il privilegio accordato agli istituti di credito fondiario, come chiarito dalla giurisprudenza<sup>8</sup>, è processuale e non sostanziale, considerato che costituisce una deroga alla previsione generale di cui all'art. 51 l. fall., che, tra gli altri effetti della dichiarazione di fallimento, fa divieto, dal giorno della dichiarazione di fallimento, di iniziare o proseguire azioni individuali esecutive sui beni compresi nella procedura, salvo diversa disposizione della legge.

Nella fattispecie oggetto di esame da parte del Tribunale di Verona, il giudice dell'esecuzione ha dichiarato l'improcedibilità della esecuzione forzata argomentando che il privilegio fondiario debba essere applicato esclusivamente alla liquidazione giudiziale, atteso che l'art. 41 T.U.B., in quanto deroga al generale principio della concorsualità nella liquidazione dell'attivo, ha carattere eccezionale e, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica, *ex* art. 14 disp. att. preleggi.

Il Giudice veronese ha infatti precisato che il rinvio dell'art. 270, comma quinto, C.C.I. all'art. 150 C.C.I., che contiene l'inciso “salva diversa disposizione di legge”, non vale anche ad estendere le deroghe al principio della concorsualità al di fuori dei casi previsti dalle norme speciali e,

dunque, la “diversa disposizione di legge” rispetto alla regola della concorsualità prevale soltanto limitatamente al caso da essa espressamente contemplato.

Difatti, se il legislatore avesse voluto estendere il privilegio fondiario al di là dei suoi confini tradizionali, sarebbe ragionevolmente intervenuto sulle norme del testo unico bancario (ossia sulla norma istitutiva del privilegio), mentre il rinvio operato dall'art. 270 all'art. 150 C.C.I. deve intendersi riferito esclusivamente alla regola della concorsualità, e non anche alle sue eccezioni, la cui disciplina si rinviene nelle singole norme attributive del privilegio.

Da ultimo, atteso che, nel caso in esame, la dichiarazione di improcedibilità dell'esecuzione forzata è intervenuta dopo l'aggiudicazione del bene immobile, il giudice dell'esecuzione, in forza della regola generale espressa dall'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., ha fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, onerando il professionista delegato di predisporre, dopo l'incasso del saldo prezzo, la minuta del decreto di trasferimento, nonché onerando il custode di informare l'aggiudicatario del diritto di presentare istanza per conseguire la liberazione del bene (ai sensi dell'art. 560, comma sesto, c.p.c.) e, in caso affermativo, di informarne il Giudice dell'Esecuzione e il Delegato prima della pronuncia del decreto di trasferimento.

### 3. OSSERVAZIONI

Il provvedimento del Giudice veronese è conforme all'orientamento giurisprudenziale che sostiene l'eccezionalità del privilegio processuale fondiario, escludendo qualsivoglia interpretazione estensiva o analogica dell'art. 41 T.U.B.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Così, Relazione illustrativa al d.lgs. n. 155/2017, p. 140.

<sup>8</sup> In particolare, si veda, tra le altre, Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2008, n. 13996, in *DeJure.it*.

<sup>9</sup> In senso conforme, per un'interpretazione restrittiva della disposizione in esame si vedano, tra gli altri: Tribunale di Modena, sez. civ., 1° giugno 2017, in *ilFallimentarista*, che ha deciso

Tale orientamento – consolidatosi durante la vigenza della l. n. 3/2012 – esclude la legittimazione del creditore fondiario alla prosecuzione della procedura (con conseguente dichiarazione di improcedibilità dell'azione esecutiva individuale già promossa), fondando il proprio ragionamento su due ordini di motivi.

In particolare, la giurisprudenza di merito ha statuito, in primo luogo, che la legge sul sovra indebitamento non prevedeva alcunché riguardo a possibili deroghe al generale principio della concorsualità nella liquidazione dell'attivo, né operava rinvii di sorta alla disciplina di cui all'art. 51 l. fall., il quale sanciva espressamente, salvo diversa disposizione di legge, il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali e, in secondo luogo, ha affermato che il secondo comma dell'art. 41 T.U.B., nel prevedere che l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dopo la dichiarazione di fallimento, si riferiva esclusivamente a questa procedura. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (così come disposto dall'art. 389 C.C.I., per come da ultimo modificato dal D.l. 30 aprile 2022, n. 36, conv. con l. 29 giugno 2022, n. 79) ha provveduto al riordino e alla semplificazione della disciplina delle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento di cui alla l. 3/2012.

Il legislatore della riforma, difatti, ha deciso di collocare le norme relative alle procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento all'interno del Codice della Crisi d'Impresa effettuando, così, una scelta diametralmente opposta rispetto a quella attuata con la previgente legge n. 3/2012, la

quale prevedeva un procedimento del tutto autonomo rispetto a quello dettato per il fallimento.

In particolare, quanto all'odierna procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato, oggetto della pronuncia in esame, la relativa disciplina è stata innestata sul modello della liquidazione giudiziale, adattandola alle caratteristiche dei soggetti sovraindebitati.

Tale allineamento fra liquidazione controllata e liquidazione giudiziale, fa sì che, a seguito della riforma, l'interprete possa ricorrere, quanto meno per le imprese "sotto-soglia", all'applicazione analogica delle norme previste in tema di liquidazione giudiziale, là dove quelle sul sovraindebitamento nulla dispongano in relazione ad uno o più aspetti sostanziali e/o procedurali.

Attesa, dunque, la possibilità di applicare in via analogica le norme previste per la liquidazione giudiziale anche alla liquidazione controllata, sorta a seguito della riforma, emerge la necessità di analizzare il provvedimento emesso dal Giudice dell'esecuzione veronese alla luce delle nuove norme del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Tale allineamento fra le due procedure, difatti, potrebbe giustificare l'applicazione, sempre in via analogica, dell'art. 41 T.U.B., previsto per il solo fallimento, anche alla liquidazione controllata posto che, peraltro, la l. 3/2012 prima vigente non operava alcun espresso rinvio alle norme del fallimento in materia di divieto di esecuzioni individuali, ovverosia all'art. 51 l. fall.<sup>10</sup>, mentre, oggi, l'art. 270, comma 5, CCI richiama espressamente l'art. 150 CCI, il quale, esattamente come il previgente art. 51 l. fall., dispone il divieto di iniziare o

---

che: "L'art. 41 TUB riserva al creditore titolare di credito fondiario un privilegio procedimentale limitato al fallimento, e non esteso ad ogni diversa procedura concorsuale. Trattasi di norma di stretta interpretazione, inapplicabile a fattispecie diverse da quella contemplate"; Tribunale di Monza, sez. III, 26 marzo 2018, in *DeJure*, cui si deve l'affermazione secondo cui "il privilegio processuale del creditore fondiario di cui all'art. 41 T.U.B., trattandosi di norma derogatoria ed eccezionale,

può esercitarsi solo nelle ipotesi espressamente previste e, pertanto, solo nella procedura fallimentare".

<sup>10</sup> Sul punto si veda, P. FARINA, *Omologa del piano del consumatore e prosecuzione dell'espropriazione forzata su istanza del liquidatore*, nota a Tribunale di Monza, 26 marzo 2018, sez. III, in *DeJure.it*.



proseguire azioni esecutive individuali “salvo diversa disposizione di legge”, così operando un rinvio all’art. 41 T.U.B. in quanto deroga al divieto di cui sopra.

Tuttavia, nonostante le novità introdotte dal Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza (sia quanto al riordino sistematico della disciplina sia quanto al rinvio operato espressamente dall’art. 270, comma 5 CCI al divieto di azioni esecutive individuali di cui all’art. 150 CCI), è ragionevole ritenere che non possano ritenersi applicabili in via analogica alla liquidazione controllata, quelle norme aventi carattere derogatorio e disposte eccezionalmente con riguardo alla sola procedura della liquidazione giudiziale.

Come già precisato dalla dottrina<sup>11</sup>, difatti, il collegamento ermeneutico tra le norme previste per la liquidazione giudiziale e quelle previste per la liquidazione controllata vale solo nei limiti in cui le norme sulla liquidazione giudiziale abbiano carattere “generale”, non potendosi invece applicare alla liquidazione controllata le norme della procedura maggiore che assumano rilevanza quali disposizioni “speciali” ovvero “eccezionali”.

Il ragionamento del Giudice veronese, si pone in linea con tale precisazione, in particolar modo nella parte in cui, a sostegno dell’inapplicabilità del privilegio di cui all’art. 41 T.U.B. anche alla liquidazione controllata, ha argomentato che “*ove il legislatore avesse voluto estendere il privilegio fondiario al di là dei suoi confini tradizionali sarebbe ragionevolmente intervenuto sulle norme del testo unico bancario (ossia sulla norma istitutiva del privilegio), mentre il rinvio dell’art. 270 all’art. 150 CCI deve intendersi riferito alla regola della concorsualità, piuttosto che anche al sistema di eccezioni alla medesima regola, la cui disciplina si rinviene nelle singole norme attributive del privilegio*”.

Gli argomenti a sostegno dell’interpretazione restrittiva dell’applicabilità del privilegio di cui all’art. 41 T.U.B. sembrano peraltro essere oltremodo ragionevoli se letti in combinato disposto con l’art. 7, comma 4, lett. a), della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (Delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza) posto che l’intento originario del legislatore – poi non perseguito nell’attuazione della delega – era quello di potenziare la procedura di liquidazione giudiziale mediante l’adozione di misure dirette a (fra le altre cose) escludere l’operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari e prevedere, in ogni caso, che il privilegio fondiario continui ad operare sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell’ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega.

Pertanto, se l’intento del legislatore era quello di abolire il privilegio fondiario espressamente previsto per la sola liquidazione giudiziale, l’esclusione dell’applicabilità del privilegio di cui all’art. 41 T.U.B. alla liquidazione controllata e, dunque, l’interpretazione restrittiva di tale deroga, appare assolutamente ragionevole, nonché conforme a tale finalità.

Tuttavia, come già precisato, in punto di interpretazione della norma regolatrice del privilegio fondiario, la giurisprudenza è tutt’altro che pacifica.

Accanto alle numerose pronunce a sostegno dell’orientamento restrittivo, difatti, non mancano argomentazioni di segno diametralmente opposto, anche recenti, le quali propendono per un’interpretazione estensiva della norma in oggetto (tra le pronunce a sostegno di tale opposta linea

<sup>11</sup> Sul punto si veda, in particolare, L. GAMBI, *Una panoramica sulla nuova liquidazione controllata nel sovraindebitamento*, in *ilFallimentarista.it*, 2022.





interpretativa, si ricordano, fra le ultime: - Tribunale di Torre Annunziata, n. 11478 del 14 marzo 2023, in *DeJure.it*, secondo cui: “L’azione esecutiva individuale intrapresa o proseguita dal creditore munito del privilegio processuale di cui all’art. 41 Tub è destinata a proseguire – oltre che nel caso di liquidazione giudiziale – anche nel caso di liquidazione controllata, e ciò in forza del rinvio non recettizio all’art. 150 CCI operato dall’art. 270, comma 5, CCI, giacché la disposizione richiamata contiene in sé ad un tempo la regola (ossia, il divieto di iniziare o proseguire l’esecuzione) e la sua eccezione (“Salvo diversa disposizione della legge”). (Nella specie, il giudice dell’esecuzione ha ritenuto non operante - con riferimento alla procedura esecutiva pendente dinanzi a sé e giunta alla fase liquidatoria - il divieto di prosecuzione dell’espropriazione singolare sancito dal Tribunale Concorsuale nella sentenza di apertura della liquidazione controllata)”; - Tribunale di Brescia, sez. IV civile, del 12 aprile 2023, in *ilCaso.it*, che ha affermato che, nella liquidazione controllata, il divieto di iniziare o proseguire l’azione esecutiva individuale opera in termini, non assoluti, bensì relativi e ciò in virtù di plurimi argomenti di tipo letterale, logico, di comparazione temporale e sistematico.

In particolare, quanto al piano letterale, il giudice bresciano sostiene che l’art. 270 comma 5, parte prima, C.C.I., richiami l’art. 150 C.C.I. nella sua interezza e senza limitarne l’applicabilità sulla base del criterio di compatibilità tra le discipline dei due istituti. Pertanto, tale richiamo assumerebbe valore di rinvio materiale e, di conseguenza, gli effetti della liquidazione controllata per i creditori sarebbero regolati dalla disposizione citata in modo diretto (e non analogico). Quanto al piano logico, il Tribunale di Brescia rileva che il rinvio integrale all’art. 150 C.C.I. sarebbe sintomatico della volontà del legislatore di applicare la medesima disciplina sia alla liquidazione giudiziale che a quella controllata, posto che, in caso contrario, egli avrebbe previsto per la liquidazione controllata una disciplina *ad hoc* o, quantomeno, avrebbe circoscritto l’ambito oggettivo del rinvio. E ancora,

quanto al piano di comparazione temporale, il giudice dell’esecuzione sostiene l’applicabilità dell’art. 41 comma 2, T.U.B. alla liquidazione controllata adducendo che, a differenza della previgente legge sulla Composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3), la quale, nel conformare la liquidazione del patrimonio del sovraindebitato – rispetto alla quale quella controllata si pone in continuità – non prevede un rinvio alla disciplina fallimentare, il nuovo C.C.I., prevedendo invece un espresso richiamo alla disciplina della liquidazione giudiziale, esprimerebbe inequivocabilmente la (nuova) volontà del legislatore di uniformare in merito il regime delle procedure liquidatorie. Da ultimo, sul piano sistematico, la sentenza in esame sostiene l’applicazione dell’art. 150 C.C.I. alla liquidazione controllata adducendo che il legislatore delegante avrebbe omesso di formulare principi o criteri direttivi ostativi all’applicazione diretta della norma richiamata).

Quanto alla dottrina, tra i maggiori sostenitori della tesi estensiva si richiama R. D’Alonzo, *Le misure protettive negli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento ed improseguibilità dell’esecuzione forzata per credito fondiario*, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, febbraio 2023, p. 431, il quale, in sede di commento della sentenza n. 11478 del Tribunale di Torre Annunziata del 14 marzo 2023, condividendone le conclusioni, precisa che, ad oggi, il privilegio processuale previsto per il creditore fondiario non è venuto meno e che, pertanto, esigenze di pari trattamento di situazioni analoghe imporrebbero di mantenerlo tanto nella liquidazione giudiziale quanto nella liquidazione controllata del sovraindebitato, la quale – a detta di d’Alonzo – “*altro non*





è se non la liquidazione giudiziale del soggetto “non fallibile”<sup>12</sup>.

In ogni caso, l’orientamento restrittivo sostenuto dal Giudice modenese è stato ampiamente avallato sia dalla dottrina che da recente giurisprudenza.

In particolare, quanto alla dottrina, tra i sostenitori della tesi restrittiva, si collocano, altresì E. Bertolotto, E. Tosi, *Il Giudice dell’esecuzione alle prese con le procedure concorsuali: punti fermi e proposte per nuove prassi operative*, in *Leggi D’Italia Legale*, Wolters Kluwer, 2020, i quali, dopo aver dato atto che nella liquidazione controllata il divieto di azioni esecutive è previsto dall’art. 270, comma 5, C.C.I. che, a sua volta, richiama gli artt. 150 e 151 dettati per la liquidazione giudiziale, affermano espressamente che “il chiaro riferimento contenuto nell’art. 41, 2° co., t.u.b. alla <<dichiarazione di fallimento>> induce a ritenere che nella liquidazione controllata il divieto operi anche per i creditori fondiari”, nonché G. B. Nardecchia, *Liquidazione controllata, procedure esecutive e privilegio processuale fondiari*, in *Il Fallimento*, luglio 2023, 963 ss, secondo cui il rinvio operato dal comma 5 dell’art. 270 CCI all’art. 150 CCI non consente eccezioni ai principi della concorsualità, al di fuori dei casi tassativamente previsti, di tal che l’art. 41, comma 2, TUB è insuscettibile, ai sensi dell’art. 14 delle preleggi, di applicazione analogica e, pertanto, non può essere interpretato estensivamente. In merito, Nardecchia aggiunge, altresì, che la tesi restrittiva costituirebbe una “interpretazione costituzionalmente orientata, coerente con le regole che devono sovrintendere al rapporto tra legislatore delegante e legislatore delegato”, posto che la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 aveva espressamente escluso “l’operatività di esecuzioni speciali e dei privilegi processuali, anche fondiari”. A fronte di tale previsione, dunque, l’autore sostiene

fermamente che non potrebbe di certo privilegiarsi un’interpretazione – come quella estensiva – che avrebbe l’effetto contrario di estendere l’ambito di applicazione del privilegio fondiario a una diversa e ulteriore procedura rispetto a quella originariamente prevista.

Sul punto, si veda altresì M. Astorre, *Il privilegio fondiario ex art. 41 TUB nella liquidazione controllata*, in *ilCaso.it*, 4 settembre 2023, il quale, sposando la tesi che nega l’estensione del privilegio processuale in favore del creditore fondiario nella liquidazione controllata, statuisce espressamente che il richiamo all’art. 150 CCI operato dall’art. 270, comma 5, CCI vale per la regola generale rappresentata dal divieto di avvio o prosecuzione delle azioni esecutive, non anche per fare salve le norme di deroga o di eccezione, che devono intendersi valide solo per i casi, esplicitamente ed originariamente, in esse considerati, posto che il legislatore del Testo Unico Bancario ha ommesso di prevedere espressamente, tramite un richiamo normativo *ad hoc*, l’estensione del privilegio fondiario anche alla liquidazione controllata.

In conformità alle opinioni sopracitate, si pone l’orientamento di F. De Santis, *Relazioni normative ed interferenze pratiche tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni individuali*, in *Il Fallimento*, ottobre 2023, 1270, il quale, dopo aver dato atto della presenza di orientamenti divergenti in materia di applicabilità dell’art. 41, comma 2, TUB alla liquidazione controllata, propende per un’interpretazione restrittiva di tale norma, posto che essa, pur dopo l’introduzione del Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, continua a fare riferimento al “fallimento” (sostituito, oggi, dall’espressione “liquidazione giudiziale”) e che, pertanto - così come affermato da G. B. Nardecchia, *op. cit.*, 968 –, “l’estensione

<sup>12</sup> In senso conforme, si veda altresì, P. FARINA, *La procedibilità dell’esecuzione forzata intrapresa o proseguita dal creditore fondiario in costanza di liquidazione controllata*, in *ilprocessocivile.it*, secondo cui

“riconoscere la sussistenza del privilegio processuale in favore del fondario costituisce oggi una piana interpretazione estensiva e non più una (troppo audace) applicazione analogica dell’art. 41 T.U.B.”.



*del privilegio processuale del creditore fondiario ad una diversa ed ulteriore procedura concorsuale sarebbe stata possibile soltanto con la modifica delle disposizioni del testo unico bancario”.*

Quanto alla giurisprudenza, si veda, tra le ultime, Tribunale di Treviso, sez. II, 28 novembre 2022, in *Leggi d'Italia Legale*, Wolter Kluwers, il quale ha sospeso una procedura esecutiva ai sensi degli artt. 150 e 270 C.C.I., ribadendo espressamente che l'art. 41, comma 2, TUB pone una deroga al divieto di azioni esecutive individuali solo per l'ipotesi del <<fallimento del debitore>> e non anche per la diversa ipotesi della liquidazione controllata, e sostenendo chiaramente che, *“trattandosi di norma eccezionale, essa non è suscettibile di applicazione in via analogica, né può essere estesa a procedure concorsuali diverse da quelle specificamente contemplate nel testo della norma medesima (il “fallimento del debitore”)*”, nonché Tribunale di Modena, sez. III, 3 marzo 2023, in *Il Fallimento*, luglio 2023, 961 ss, secondo cui il rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCI all'articolo 150 CCI va inteso correttamente nel senso che: (i) alla liquidazione controllata è applicabile, in via di principio, l'automatic *stay of executions*; (ii) tale principio può sopportare delle eccezioni, ove previste dalla legge; (iii) ciò non toglie che la legge che prevede l'eccezione debba riferirsi espressamente alla liquidazione controllata (ciò che, con riferimento all'art. 41 TUB, sicuramente non avviene). Il giudice modenese, inoltre, prosegue affermando che tale interpretazione è avallata dall'analisi dell'art. 7, comma 4, l. 155/2017, il cui obiettivo – come già precisato – era proprio quello di abolire i privilegi processuali, anche fondiari. Secondo il Tribunale, difatti, indipendentemente dall'avvenuto esercizio o meno della delega, sul punto, con riferimento alla liquidazione giudiziale, un'interpretazione

sistematica che preveda l'estensione del privilegio fondiario a casi precedentemente non previsti (ovverosia, il privilegio fondiario nella liquidazione del debitore civile), costituirebbe diretta - e inaccettabile - violazione dei principi della delega.

#### 4. CONCLUSIONI

Nonostante il riordino e la semplificazione della disciplina delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla l. 3/2012, attuata con il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, nonché l'espresso rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCI all'art. 150 CCI, è ragionevole ritenere, come ampiamente argomentato dal Tribunale di Verona, che l'art. 41 T.U.B., derogando al generale principio della concorsualità nella liquidazione dell'attivo, ha carattere eccezionale e, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica (cfr. art. 14 disp. att. preleggi) ad altra procedura concorsuale non prevista nel disposto letterale della norma medesima, ivi inclusa la liquidazione controllata. Peraltro, la conclusione a cui giunge il giudice veronese pare ancora più fondata se si considerano le ragioni storiche che hanno condotto all'introduzione del cosiddetto privilegio fondiario nell'ordinamento italiano.

Tale privilegio, difatti, trova la sua causa giustificatrice nella vigenza del cosiddetto sistema delle cartelle fondiarie, le quali (fino al 1976) venivano emesse dagli istituti di credito e avevano la funzione di costituire la provvista utile per la concessione di mutui – per l'acquisto di proprietà immobiliare – garantiti da ipoteca di primo grado<sup>13</sup>.

Il previgente art. 42 del R.d. n. 646 del 1905 (il quale, come già precisato, si pone quale antecedente storico dell'art. 41 T.U.B.), statuendo

<sup>13</sup> Sul punto, si veda F. P. PIATTI, *Credito fondiario e fallimento: il superamento del privilegio processuale*, in *GiustiziaCivile.com*, approfondimento del 2 gennaio 2017.



espressamente che, in caso di fallimento del debitore, l'istituto mutuante avrebbe potuto iniziare o proseguire l'azione esecutiva immobiliare sul bene ipotecato, si poneva all'interno di quell'ampia disciplina di favore nei confronti degli istituti di credito fondiario che consentiva a questi ultimi di avvalersi, nei confronti dei mutuatari inadempienti, della procedura esecutiva di cui si giovava lo Stato per la riscossione delle imposte dirette (*ex art. 40, R.d. 16 luglio 1905, n. 646*).

Alla luce del predetto sistema, pertanto, atteso che l'attività di emissione delle cartelle e quella di prestito di denaro erano influenzate dal buon esito delle operazioni attive di finanziamento, il privilegio fondiario previsto a favore degli istituti di credito trovava la sua *ratio* nello scopo di assicurare all'istituto una rapida ed efficace tutela delle ragioni creditorie, anche a protezione del sistema di risparmio e dell'investimento immobiliare.

Tuttavia, la ragion d'essere di tale privilegio iniziò a venir meno già verso la fine degli anni '70 quando il legislatore, intervenendo con la l. 13 ottobre 1975 e il d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7, cercò di ridimensionare la stretta connessione economica tra l'operazione di emissione delle cartelle e i mutui concessi, avvicinando l'attività e la posizione giuridica degli istituti di credito fondiario alla condizione degli altri istituti di credito<sup>14</sup>.

Nonostante tale intervento normativo, la facoltà di iniziare o proseguire l'esecuzione individuale in caso di fallimento del debitore venne espressamente ribadita dall'art. 15 dello stesso d.p.r. n. 7/1976 e, nonostante i cambiamenti e il definitivo superamento del sistema delle cartelle fondiarie, anche il successivo d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. TUB) mantenne la possibilità per la banca di iniziare o proseguire, anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, l'azione esecutiva individuale sui beni ipotecati a garanzia dei

finanziamenti fondiari (art. 41, comma 2), possibilità che fece sorgere non poche difficoltà di coordinamento rispetto al sopravvenuto art. 51 l. fall., relativo al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali.

Tali difficoltà, peraltro, permangono anche a seguito della riforma del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sebbene – come già precisato – il legislatore della legge delega n. 177/2017 avesse chiaramente previsto, all'art. 7, comma 4, la fine dei privilegi degli istituti di credito operanti nelle operazioni di credito fondiario.

L'ostinato perdurare del privilegio fondiario è stato oggetto di non poche critiche da parte della dottrina, tra cui, fra gli altri, M. Fabiani, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 167, il quale, dopo aver osservato che l'evidente conflitto sussistente tra legge delega e decreto delegato, con riferimento al divieto di azioni esecutive, potrebbe costituire una possibile incostituzionalità di quest'ultimo, ha altresì condivisibilmente affermato che “*la congerie dei privilegi, oltre ad incidere in profondità sul principio di parità di trattamento (art. 2741 c.c.) meriterebbe un larghissimo ripensamento perché i privilegi si fondano sulla causa del credito ed una causa del credito è più o meno meritevole non già in assoluto ma in relazione al momento storico, politico e sociale. Alcuni privilegi che avevano ragion d'essere nel 1942 sono diventati inattuali*”.

Non solo, sul punto si veda, altresì, M. Attanasio, *Il privilegio fondiario ed il Codice della Crisi*, in *Diritto della crisi*.it, 25 settembre 2023, 4, la quale afferma, espressamente e inequivocabilmente, che, sebbene il privilegio fondiario sia sopravvissuto nella legislazione vigente e debba ritenersi, pertanto, tuttora operante, esso sia evidentemente “*anacronistico e disfunzionale*”. Secondo l'autrice, difatti, alla luce dei numerosi interventi normativi che hanno

<sup>14</sup> Così, F.P. PIATTI, *op. cit.*



condotto al potenziamento dell'attività di liquidazione dei beni dell'attivo, rendendola più celere, trasparente ed efficace (fra i più recenti si ricorda, tra gli altri, l'intervento operato dal Codice della Crisi, il cui art. 136, comma 2, statuisce che le operazioni di liquidazione devono essere compiute contemporaneamente a quelle di accertamento del passivo), il privilegio fondiario ha perso la propria storica *ratio* giustificatrice, identificabile nell'esigenza di “consentire alla banca un più celere realizzo della garanzia, senza dover attendere i tempi e la definizione della procedura fallimentare”<sup>15</sup>, posto che, ad oggi, il credito fondiario può ormai essere soddisfatto, nella liquidazione giudiziale, con tempistiche non superiori a quelle che caratterizzano le procedure esecutive individuali<sup>16</sup>.

A fronte di quanto precisato, pertanto, risulta ancora più irragionevole voler interpretare estensivamente una disciplina di favore che – utilizzando le parole di Renato Rordorf – ha <<ormai perso la ragion d'essere>><sup>17</sup> anche per la procedura concorsuale (il “fallimento”, ora “liquidazione giudiziale”) da essa espressamente richiamata, tutt'al più se si considera che, come già precisato, l'intento originario del legislatore della legge delega n. 155/2017 – poi non perseguito nell'attuazione della delega – era proprio quello di abolire il privilegio fondiario.

---

<sup>15</sup> M. SEPE, *Commento sub artt. 38 – 41*, in *Commentario al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia* diretto da F. Capriglione, Padova, 2012, 429 ss., citato in *Il trattamento fondiario del nuovo Codice della crisi d'impresa* di C. D'ARRIGO, in *inexecutivis.it*.

<sup>16</sup> L. GAFFURI, *Insussistenza del privilegio fondiario nella liquidazione giudiziale*, in *Dirittodellacrisi.it*.

<sup>17</sup> R. RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Roma, 29 dicembre 2015, p. 22.



## LA BLOCKCHAIN E GLI SMART CONTRACT\*

di **Antonio CAPONE\*\***

### ABSTRACT

*La mutevolezza dei mercati negli ultimi anni ha avuto come conseguenza la creazione di nuove forme contrattuali e di nuovi modelli di regolamentazione degli stessi. L'esempio più concreto di questa continua trasformazione sono gli Smart contracts basati su Blockchain o in generale sulle Distributed Ledger Technologies – chiamate DLT –, ossia delle Tecnologie basate su Registri Distribuiti.*

*La digitalizzazione delle transazioni commerciali ha implicato lo sviluppo di un rapporto costante tra l'uomo e la macchina, per cui il primo utilizza i programmi informatici, costituiti da Script, Imput e Output.*

*L'elaborato presenta anche uno studio su quelle che potrebbero essere le conseguenze dell'utilizzo degli Smart Contract basati su Blockchain nel campo del gaming, che attualmente si sta avvicinando sempre di più a queste nuovi strumenti.*

### SOMMARIO

<b>1. Premessa .....</b>	<b>33</b>
<b>2. La blockchain .....</b>	<b>34</b>
<b>3. Gli smart contract possono essere nuovi contratti?.....</b>	<b>36</b>
<b>4. Il legislatore europeo, quello nazionale... e quello anglosassone!...</b>	<b>42</b>

\* Questo elaborato è stato estratto della tesi di laurea dell'Autore presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa dal titolo "Acquisti online effettuati dai minori attraverso smart contract basati su blockchain".

\*\* Dottore in Giurisprudenza, laureato presso l'Università Suor Orsola Benincasa.

<sup>1</sup> In merito si rimanda a Chamber of Digital Commerce, "Smart Contracts" Legal Primer. Why Smart Contracts Are Valid Under Existing Law and Do Not Require Additional Authorization to Be Enforceable, 2018, disponibile in [http://bw-](http://bw-98d8a23fd60826a2a474c5b4f5811707-bwcore.s3.amazonaws.com/photos/SmartConPrimer.pdf)

<b>5. Pseudonimizzazione e anonimizzazione: come conciliare tali tecniche con l'obbligo di identificazione .....</b>	<b>46</b>
<b>6. Quali rimedi esperibili? .....</b>	<b>49</b>
<b>7. Il case study: comprami io ti posso far superare il livello! .....</b>	<b>51</b>
<b>7.1. Fortnite: cos'è e come funziona ....</b>	<b>52</b>
<b>7.2. Il problema degli acquisti in-app e l'inadeguatezza dei rimedi nel mondo gaming in caso di d-app .....</b>	<b>53</b>
<b>7.2.1. Onere probatorio .....</b>	<b>54</b>
<b>7.2.2. Foro competente.....</b>	<b>54</b>
<b>7.2.3. La vulnerabilità del minore e la responsabilità della piattaforma. Possibile l'applicazione dei normali rimedi? .....</b>	<b>55</b>

### 1. PREMESSA

L'evoluzione dei mercati ha portato negli anni alla creazione di nuove forme contrattuali e di nuovi modelli di regolamentazione degli stessi. Un esempio sono proprio gli *Smart contracts* basati su *Blockchain* o in generale sulle *Distributed Ledger Technologies* – chiamate *DLT* –, ossia delle Tecnologie basate su Registri Distribuiti<sup>1</sup>.

*98d8a23fd60826a2a474c5b4f5811707-bwcore.s3.amazonaws.com/photos/SmartConPrimer.pdf*, in cui si riporta che «*In the most basic terms, a smart contract is computer code that programmatically executes transactions in accordance with pre-defined terms. The term "smart contract" was first used by Nick Szabo in 1994 who proposed embedding computer code "in all sorts of property that is valuable and controlled by digital means" to automate the execution of predetermined actions based on pre-programmed parameters. However, it wasn't until the rise of Distributed Ledger Technology ("DLT") and blockchain technology, that smart contracts could operate in an environment that also afforded*





Il loro utilizzo garantisce la certezza e la non modificabilità dei dati e delle informazioni contenute all'interno dell'accordo e delle modalità di conclusione ed esecuzione dello stesso. Inoltre, l'inadempimento è un'operazione che vien preclusa alle parti proprio attraverso le DLT, che consentono la "disintermediazione".

La digitalizzazione delle transazioni commerciali ha implicato lo sviluppo di un rapporto costante tra l'uomo e la macchina, per cui il primo utilizza i programmi informatici, costituiti da stringhe di codice che rappresentano lo *script*, per cui a determinate condizioni, definite come *Input*, danno dei risultati, ovvero gli *Output*<sup>2</sup>.

Questo costituisce una novità nel panorama della materia contrattualistica poiché si affida alla macchina – o meglio, al codice – la conclusione e l'esecuzione del contratto<sup>3</sup>.

## 2. LA BLOCKCHAIN

Prima di procedere a trattare della materia degli *smart contracts*, è doveroso partire dalla *blockchain*, ovvero un database sul quale si sviluppano gli stessi *smart contracts*.

A ben vedere la *blockchain* non ha una definizione univoca, piuttosto può essere definita come

---

*transparent and independently auditable and verifiable records of their activity».*

<sup>2</sup> L. PIATTI, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, in *Cyberspazio e diritto*, Mucchi Editore, 2016, p. 326, «Nei primi anni novanta è stato ipotizzato 3 come questi programmi possano essere utilizzati per sostituire l'odierno concetto di contratto, introducendo gli smart contracts 4, script che contengono ed eseguono l'accordo tra due o più parti: il linguaggio corrente sarebbe sostituito dal codice, aprendo spiragli interessanti nella redazione e nella conclusione di contratti informatici automatizzati».

<sup>3</sup> In riferimento al contratto telematico si rimanda a L. PIATTI, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, p. 326, «Il contratto telematico viene, oggi, concluso in modo separato e indipendente rispetto al codice che poi lo esegue: gli smart contracts – registrati sulla blockchain – potrebbero, invece, costituire un nuovo

una vera e propria "catena di blocchi" che forma una piattaforma di tipo decentralizzato nel quale vengono registrate tutte le operazioni svolte che vengono criptate e alle quali viene assegnato un *timestamp*, ovvero, una marca temporale che serve ad individuare quando è stata eseguita.

Usare la crittografia permette, per tale ragione, di conservare i dati digitali nella loro integrità e al momento della loro registrazione. Questo è possibile attraverso la funzione di *hash* che formula una stringa, la quale, si modifica ogni volta viene eseguita la benché minima modifica<sup>4</sup>.

In quanto registro pubblico criptato, è accessibile a chiunque ma solo chi è autorizzato può verificarne il contenuto.

Molti rinvergono la nascita delle *blockchain* nel 2009, poiché è da quel momento che questa tecnologia si è diffusa tra il pubblico, soprattutto grazie alle *cryptocurrencies* nascenti, come il Bitcoin. Proprio su questo punto, nello stesso anno veniva diffuso il *white paper* di Satoshi Nakamoto<sup>5</sup> che, andando a definire ciò che si intende per Bitcoin, va ad analizzare anche l'aspetto della *Blockchain* quale "*Peer-to-Peer Electronic Cash System*". Effettivamente, senza l'invenzione delle criptovalute non sarebbe stato possibile andare a sviluppare questa tecnologia, che *de facto* risulta essere attualmente oggetto di numerosi studi in ambito economico giuridico.

*modello in grado di automatizzare l'intero rapporto contrattuale, garantendone data, integrità, paternità ed esecuzione».*

<sup>4</sup> M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 25 – 26.

<sup>5</sup> S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009, disponibile in [bitcoin.org/bitcoin.pdf](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf), in cui «A purely peer-to-peer version of electronic cash would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution. Digital signatures provide part of the solution, but the main benefits are lost if a trusted third party is still required to prevent double-spending. We propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer network. The network timestamps transactions by hashing them into an ongoing chain of hash-based proof-of-work, forming a record that cannot be changed without redoing the proof-of-work. The longest chain not only serves as proof of the sequence of events witnessed, but proof that it came from the largest pool of CPU power».



Precedentemente è stato sottolineato che tutte le transazioni vengono registrate, ed è proprio questo l'aspetto più interessante, in quanto vengono datate e criptate nei "blocchi". Successivamente, devono essere confermate dal *Network* – costituito dalle catene – attraverso il *proof-of-work*<sup>6</sup>.

Questo viene definito come la tecnica utilizzata per verificare l'accuratezza delle nuove transazioni che vengono registrate nella *Blockchain* utilizzando i nodi della rete, proprio poiché manca l'autorità governativa. All'interno di questi nodi, le transazioni vengono validate dai partecipanti, chiamati *miners*, "minatori", che svolgono questa attività di tipo lucrativo, in quanto ricevono altre criptovalute per ogni operazione validata<sup>7</sup>.

Per utilizzare le criptovalute, l'utente deve preventivamente creare un *wallet* digitale, che permette l'assegnazione di credenziali necessarie per eseguire le operazioni.

I pilastri su cui si fonda questa tecnologia possono essere individuati in cinque aspetti fondamentali: la decentralizzazione, la trasparenza, la sicurezza, l'immutabilità ed il consenso<sup>8</sup>.

Il vantaggio principale di questa tecnologia è sicuramente quello di costruire un sistema distribuito, caratterizzato dalla garanzia della pseudonimia e della sicurezza atto a conservare i dati e le informazioni, ad esempio, di un trasferimento di denaro o di un titolo di proprietà.

Inoltre, risulta essere un sistema basato sulla trasparenza per cui se ne potrebbe trarre vantaggio in numerosi ambiti, come quelli relativi alla spesa pubblica.

Altro aspetto vantaggioso è sicuramente l'immutevolezza dei dati, di cui è caratterizzata la *blockchain*, in quanto proprio attraverso il protocollo *proof-of-work* (chiamato anche POW) si garantisce ciò applicando poi il *timestamp*. Da quanto detto finora è possibile trarre ulteriori vantaggi, se si pensa a fattispecie come quelle che possono intercorrere nel caso di conflitto tra più acquirenti o, anche, in merito alla capacità delle parti in relazione alla conclusione di un contratto<sup>9</sup>.

La situazione dal 2009 ad oggi è notevolmente cambiata, tant'è che attualmente non è possibile definire la *blockchain* in via generale, ma bensì, risulta essere ottimale essere specifici. Questo perché le *blockchains* si dividono in, pubbliche o private, *permissionless* o *permissioned*.

La prima distinzione attiene alla visualizzazione del contenuto, ossia, se il contenuto è in chiaro oppure è visibile solo a utenti autorizzati. La seconda distinzione, invece, attiene alla limitazione dell'ingresso di nuovi nodi ed utenti e su ciò che possono fare. Infatti, nel caso delle *blockchain permissioned*, solo alcuni nodi possono svolgere i compiti di autorizzazione e aggiunta di nuovi blocchi<sup>10</sup>.

Attualmente, i maggiori esempi di *blockchain permissionless* sono il *Bitcoin* e l'*Ethereum*<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> J. ARCARI, *Decoding smart contracts: technology, legitimacy, & legislative uniformity*, in *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, 2019, pp. 367 – 380.

<sup>7</sup> E. NAPOLETANO, B. CURRY, *Proof of work explained*, in *Forbes*, [www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/proof-of-work/](http://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/proof-of-work/), 2022

<sup>8</sup> G. GUIDA, *Blockchain e smart contract: benefici e limiti*, in *Altalex*, [www.altalex.com/documents/news/2020/10/21/blockchain-smart-contract-benefici-limiti](http://www.altalex.com/documents/news/2020/10/21/blockchain-smart-contract-benefici-limiti), 2020, «Da ciò si evince che sono cinque i pilastri concettuali sui quali detta tecnologia trova fondamento: la decentralizzazione, la trasparenza, la sicurezza, l'immutabilità ed il consenso. Pilastri che hanno permesso alla blockchain di introdurre un nuovo paradigma capace di declinare in digitale un nuovo concetto di fiducia. Questo modello

*porta in dote quelle garanzie di Trust, Fiducia, affidabilità e sicurezza che nel passato erano necessariamente delegate a una figura "terza" e che in questa tecnologia, in forza di dette garanzie, non viene contemplata»*

<sup>9</sup> Di questo avviso, si rimanda a L. PIATTI, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, p. 329

<sup>10</sup> M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, pp. 25 – 26.

<sup>11</sup> Per quanto attiene al Bitcoin questa viene definita come una moneta virtuale ed è strettamente legato alla figura di Satoshi Nakamoto. In quanto criptovaluta viene definita dalla Direttiva (UE) 2018/843 del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del





Le caratteristiche fin ora analizzate brevemente di questa tecnologia, la rendono molto simile ad un libro mastro. L'innovazione, in questo senso è la traslazione dal *decentralized ledger* al *distributed ledger*, in quanto una serie innumerevole di copie del registro possono essere distribuite a chiunque ottenga la chiave per decriptare la *blockchain*.

Per quanto attiene gli ambiti applicativi, questi sono i più numerosi, infatti, la *blockchain* può essere adoperata sicuramente in ambito finanziario, ma anche in quello relativo alla *cybersecurity*. Un altro campo è quello della *governance* o del voto elettorale. Ma senz'altro, le applicazioni più interessanti si

sono avute nel campo dell'Internet of Things – IoT, l'ambito musicale, artistico<sup>12</sup> o quello dei videogames.

Nell'ambito del diritto di famiglia, invece, la *blockchain* ha trovato la sua applicazione nella fattispecie degli *smart contracts*, in particolar modo, in riferimento alla disciplina successoria degli atti testamentari<sup>13</sup>.

### 3. GLI SMART CONTRACT POSSONO ESSERE NUOVI CONTRATTI?

terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, come « *“valute virtuali”*: una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente ». Inoltre, questa definizione viene recepita dall'ordinamento italiano con il Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 90, Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006, ex art. 1, co. 2, lett. qq. Anche Ethereum è una blockchain e deriva dal Bitcoin, tuttavia si differenzia perché questa è stata creata proprio in relazione alla scrittura degli smart contracts.

<sup>12</sup> Si veda il caso emblematico degli NFT. In F. BARONCELLI POGGI, *NFT, smart contracts e aspetti legali*, Firenze Legale, [www.firenzelegale.it/nft-smart-contracts-e-aspetti-legali/](http://www.firenzelegale.it/nft-smart-contracts-e-aspetti-legali/), 2022, in cui vengono definiti come «un tipo di token crittografici, emessi attraverso vari protocolli. Ad oggi, il più conosciuto è ERC-721 sulla blockchain di Ethereum. Questi “gettoni” -non essendo fungibili- non sono intercambiabili e diversamente dalle criptovalute, come i bitcoin- rappresentano un'unicità. Giuridicamente sono dunque assimilabili al concetto di cose infungibili e inquadabili come beni che possono formare oggetto di diritti, introducendo così il concetto di bene infungibile nel campo del digitale».

<sup>13</sup> Si fa riferimento ad alcuni esempi trattati in F. ARRIGO, *Blockchain e Smart Contract: funzionamento e applicazioni*, in *Altalex*, [www.altalex.com/documents/news/2019/04/29/tecnologia-blockchain-e-smart-contract](http://www.altalex.com/documents/news/2019/04/29/tecnologia-blockchain-e-smart-contract), in cui afferma che «A livello internazionale è indubbio che il primo settore, nonché quello che più ha risentito positivamente dell'affermazione di questa nuova tecnologia, sia quello finanziario. Più in generale, e sempre inerente al settore dei trasferimenti di

danaro, la blockchain ha portato enormi novità: la tecnologia blockchain rende possibile un flusso di pagamento più diretto tra colui che versa e il beneficiario, anche se i soggetti della transazione si trovano oltre i confini della propria nazione, senza bisogno di intermediari, a tariffe molto vantaggiose e a velocità quasi istantanea [...] Un secondo settore di utilizzo è quello della cybersecurity. Pur consistendo in un registro accessibile al pubblico, la tecnologia blockchain utilizza chiavi crittografate che consentono di verificare e inviare i dati al proprio interno, garantendo che le informazioni giungano corrette dalla fonte ai destinatari senza che vi sia il rischio di intercettazione e manipolazione durante il procedimento di trasmissione [...] Un ulteriore settore di utilizzo è quello del voto elettorale. In realtà questo ambito applicativo calza molto bene con le funzioni che la blockchain permette: un'attività di autenticazione dell'identità degli elettori, la conservazione dei registri in sicurezza e un'attività di spoglio e conteggio precisa e trasparente, assicurando così agli elettori che nessuna modifica, aggiunta o cancellazione dei voti sia possibile [...] Per quanto concerne, invece, la correlazione tra Internet of Things (IoT) e blockchain, IBM e Samsung hanno elaborato un sistema che prende il nome di ADEPT (telemetria peer-to-peer autonoma decentralizzata), nel quale una tecnologia simile alla blockchain fornisce la spina dorsale per una rete decentrata di IoT, funzionando come libro mastro per gestire una massiccia quantità di dispositivi [...] Altri due, apparentemente sorprendenti campi di utilizzo, sono quelli della Pubblica Amministrazione e del monitoraggio e compravendita di armi. Per quanto riguarda la Pubblica Amministrazione, il ramo della distribuzione degli aiuti pubblici e del welfare potrebbe essere di gran lunga semplificato garantendo così una governance pubblica migliore e trasparente». Aggiunge che «in ambito civilistico, oltre alla generale e innovativa applicazione agli smart contract, che verrà qui di seguito trattata, i testamenti sono una particolare branca negoziale che potrebbe sfruttare i benefici della blockchain, visto che le maggiori dispute legate ai testamenti fanno riferimento proprio alla prova reale e concreta della volontà del defunto. A questo proposito tutti i documenti relativi alla proprietà e ai diritti goduti dalla persona in questione, per effetto della registrazione nei registri della blockchain, darebbe accesso agli esecutori testamentari a dati più affidabili e verificabili rispetto ai sistemi attuali».



La traduzione letterale di questa tipologia contrattuale è “contratto intelligente”, definito tale in quanto programmato per l’esecuzione automatica a determinate condizioni. Si basa principalmente su una struttura in codice che determina il *quid* e il *quomodo*.

Parte di autorevole dottrina preferisce parlare di questa tipologia contrattuale come dei “super-contratti” per sottolineare l’aspetto di esecuzione autonoma delle clausole contenute all’interno del code<sup>14</sup>.

Sebbene lo *smart contract* possa ben essere implementato senza l’utilizzo di ulteriori strumenti, è con l’avvento della *blockchain* che diviene possibile automatizzare sempre più con precisione le transazioni che avvengono mediante tale strumento<sup>15</sup>. Inoltre, gli *smart contract* ben possono essere definiti come l’applicazione più evoluta della tecnologia *blockchain*, finalizzata alla conclusione di transazioni

commerciali mediante la creazione di un database<sup>16</sup>.

È possibile far rientrare la nozione di questo strumento nella categoria più ampia del negozio giuridico inteso come contratto? Sul punto la dottrina si è interrogata più volte, andando a evidenziare una reale problematicità dell’inquadramento della fattispecie, questo perché da un lato vi è l’elevata tecnicità del sistema e della sua struttura – basata su catene in blocchi, nodi di emissione, ecc.-, dall’altro un’estrema sintesi semplicistica del caso, riconducendo lo *smart contract* nell’ambito degli accordi ad esecuzione automatizzata<sup>17</sup>.

Ancora, vi è chi, sempre in riferimento all’automatizzazione, considera tali strumenti come un contenitore, nel quale confluiscono tutte le promesse per le quali le parti si obbligano, ovvero, chi in modo quasi scientifico, identifica lo *smart contract* come un contratto “necessariamente condizionato”. Questo in virtù delle condizioni *if-then*<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> In R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «*Smart contract: lusinghe ed equivoci dell’innovazione purchessia*», in *Foro Italiano*, 2019 affermano che «*Nicholas J. Szabo, lanciò, a livello di glossario, l’etichetta di «smart contracts», che si è soliti tradurre come contratti intelligenti, mentre sarebbe forse più consono uscire dal solco e parlare di supercontratti, perché, proprio come i supereroi che si rispettino, fanno tutto da soli. Definiti — nel segno di un controllato «understatement», basso profilo — come “protocolli transattivi computerizzati che eseguono i termini di un contratto”».*

<sup>15</sup> M. BELLINI, *Smart Contracts: che cosa sono, come funzionano quali sono gli ambiti applicativi*, [www.blockchain4innovation.it/mercati/legal/smart-contract/blockchain-smart-contracts-cosa-funzionano-quali-gli-ambiti-applicativi/](http://www.blockchain4innovation.it/mercati/legal/smart-contract/blockchain-smart-contracts-cosa-funzionano-quali-gli-ambiti-applicativi/), 2018, in cui «[...] lo Smart Contract deve essere preciso sia nella sua stesura sia nella gestione delle regole che ne determinano l’applicazione e delle regole che devono governarne le eventuali anomalie. [...] Gli Smart Contract così come li conosciamo oggi hanno bisogno di modelli di sviluppo che permettano a questo strumenti di “automatizzare le relazioni tra diverse parti impegnate in transazioni” e per farlo in modo sempre più preciso la nuova frontiera è quella che prevede di aumentare la capacità di conoscenza dei significati per ridurre sempre di più i rischi di errore e di “interpretazione”. Arriva in soccorso alla ricerca la integrazione tra il mondo delle reti blockchain e quello della semantica proprio per aiutare i sistemi alla comprensione dei “significati” delle parole».

<sup>16</sup> Questa è la definizione data dal Prof. M PENNASILICO in occasione del convegno *Dal contratto “autoregolato” al contratto “automatizzato”*. *Quale futuro per l’interpretazione dei contratti?*, promosso dall’Università degli studi di Napoli Federico II su

“Nuovi profili dell’interpretazione del contratto”, 12 novembre 2021

<sup>17</sup> R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «*Smart contract: lusinghe ed equivoci dell’innovazione purchessia*», «[...] il nodo pregiudiziale è costituito dal problema definitorio, che sin troppo spesso si di pana attraverso estenuanti spiegazioni sulle «technicalities» della catena di blocchi, nonché delle strutture che su tale tecnologia si basano (ossia, in primis, l’insieme dei nodi di emissione di bitcoin e la piattaforma Ethereum) e sul loro nesso (occasionale? strutturale?) con la fenomenologia degli smart contract. In effetti, l’approccio più semplicistico si accontenta di evocare un accordo soggetto ad esecuzione automatizzata: la traccia è vaga quanto basta perché nel perimetro rientrino le transazioni finanziarie ad alta frequenza e fors’anche le interazioni collusive fra algoritmi che fissano dinamicamente i prezzi in vista dell’obiettivo di massimizzazione del profitto, gli uni e gli altri in assenza di consapevole partecipazione di soggetti umani; ma anche, all’estremo opposto, assetti — più brutalmente, «pezzi» o frammenti di rapporto esecutivo — in cui non ricorre parvenza alcuna di programmabilità negoziale [...]»

<sup>18</sup> Sul punto M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, in *Jus Civile*, Giappichelli, 2022, p. 834, per cui «*Pur traducendosi letteralmente come “contratti intelligenti”, la natura giuridica degli smart contract è stata oggetto di vivace dibattito. Mentre secondo alcuni autori, in considerazione della definizione data in origine dal suo ideatore, lo smart contract si sostanzia in “un complesso di promesse, seppure in forma digitale, compresi i protocolli all’interno dei quali le parti adempiono automaticamente a tali promesse”, ovvero in “un documento automatizzato”; secondo altri, invece, esso consiste esclusivamente in un*



Queste tesi esposte hanno in comune un aspetto, quello di identificare o meno gli *smart*

*insieme di protocolli automatizzati e si struttura secondo un registro logico molto semplice, per cui al verificarsi di una certa condizione matematicamente accertabile (if this ...) si produce l'evento digitalmente collegato (... then that). Esso, di conseguenza, può assolvere funzioni semplici, come il pagamento in moneta digitale o la gestione di una procedura di voto, o complesse, quale la formazione di accordi giuridicamente vincolanti». Si veda anche D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti (I)*, IPSOA, 2020, per cui «Lo smart contract è frutto di una codificazione informatica della volontà dei contraenti, esso si autorealizza secondo una logica di if/then e cioè con l'operare di clausole che stabiliscono, in un dato momento e tenendo conto delle circostanze concrete (if), il contenuto delle prestazioni delle parti (then). Le singole pattuizioni sono trasformate in codici crittografici, esse formano dei "mattoncini" che vanno a costituire un "blocco". [...] Le parti di uno smart contract, pur non avendo in sede di esecuzione del contratto la possibilità di modificare o sciogliere il contratto, possono decidere modellare i futuri effetti contrattuali in sede di codificazione del programma contrattuale. In particolare, possono modellare gli effetti del contratto e orientarli in modo da renderli maggiormente idonei a realizzare i propri interessi. Sicché, in una normale vendita mobiliare le parti possono decidere l'immediato trasferimento di proprietà con automatico scambio dei beni, così come possono programmare che una singola prestazione di un contraente possa essere subordinata alla prestazione dell'altro contraente. Lo smart contract si rileva, dunque, come un contratto necessariamente condizionato dagli eventi (if) senza i quali non potrebbe operare (then). Generalmente, si ritiene che l'elemento condizionale sia, infatti, affidato alla autonomia privata delle parti, l'art. 1353 dispone che "le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un patto a un avvenimento futuro e incerto". La possibilità di inserire nel contratto una condizione, caratterizza l'accidentalità dell'elemento della condizione. A differenza della fattispecie descritta dall'art. 1353 c.c., in cui le parti possono apporre una condizione, nel caso in cui si concluda uno smart contract le parti devono subordinare l'efficacia o la risoluzione dell'accordo o di un patto all'evento futuro e incerto. La condizione, dunque, assume il ruolo di un "elemento esistenziale" dello smart contract, senza il quale il software non avrebbe modo di operare: senza la condizione (if/then) il software non opererebbe automaticamente. La condizione nello smart contract equivale a codificazione del programma contrattuale e cioè progettare gli effetti o la cessazione di effetti al verificarsi di eventi che possono dipendere o meno dalla volontà delle parti. In questi termini, in un'ottica di assoluta ingovernabilità degli effetti del contratto, la condizione si presenta come strumento di gestione dei rischi, ossia di situazioni incerte e rischiose che possano incidere negativamente sull'esecuzione del programma contrattuale. Per tali ragioni, la condizione di uno smart contract, per poter operare, deve essere contenuta - a mo' di codice - esplicitamente nel programma. Non possono, dunque, considerarsi ammesse le c.d. presupposizioni che, essendo condizioni implicite e inesprese, non concorrono al funzionamento e all'auto-realizzazione del programma, né potrebbero alterare lo scambio. Si è detto che l'evento oggetto di condizione, dunque dedotto nello smart contract, deve essere futuro e incerto».*

*contracts* come contratti piuttosto che degli «strumenti tecnologicamente avanzati»<sup>19</sup>, utilizzati per la sola conclusione del contratto.

<sup>19</sup> M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, p. 834. Sullo stesso tema, v. S. A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, Giuffrè, 2020, in cui si predilige la visione dello smart contract non come contratto bensì come strumento per l'esercizio dell'attività negoziale, infatti, «lo smart contract (inteso come fattispecie astratta) non è un contratto (cioè un accordo con il quale le parti regolano un rapporto giuridico patrimoniale) e in particolare non è un contratto atipico nei termini fissati dall'art. 1322 c.c., poiché non ha un contenuto precettivo prefissato ex ante o comunque ricorrente per prassi commerciale a cui le parti si affidano per soddisfare una specifica esigenza, come invece accade per esempio con un contratto di franchising o di leasing. Rovesciando la tela e passando dall'ordito alla trama, vengono in luce indizi che spingono piuttosto a considerare lo smart contract uno strumento di esercizio dell'attività negoziale, che le parti possono utilizzare in via esclusiva o unitamente alle altre note modalità di negoziazione (di persona o a distanza, anche eventualmente usando mezzi telematici), conclusione (con scambio contestuale o differito di proposta o accettazione, mediante firma in presenza o trasmessa) o esecuzione (diretta o tramite intermediari) di un contratto». Per affermare ciò, vengono analizzati quattro aspetti, ossia: l'aspetto redazionale, il ricorso alla tecnologia blockchain, automazione e stabilità. In riferimento al primo aspetto dice che «[...] lo smart contract si caratterizza non per «cosa» contiene ma per «come» è elaborato il contenuto, e precisamente per l'uso, che non ammette equipollenti, di linguaggio informatico invece che linguaggio umano. Ciò consente di marcare la distanza fra questo strumento e tutti i (più o meno) tradizionali mezzi di negoziazione [...] (pensiamo agli acquisti online), che presentano un'interfaccia di comunicazione fra uomo e macchina in linguaggio umano. In queste situazioni il «dialogo» a distanza fra le parti è intermediato due volte dalla macchina, che in un primo momento tramuta gli input espressi con linguaggio umano dal mittente in istruzioni telematiche e quindi riconverte queste in linguaggio umano sul terminale del ricevente. Ebbene, la differenza risiede proprio in ciò, che l'attività negoziale condotta utilizzando uno smart contract non viene espressa se non in linguaggio informatico nativo e ciò dipende dalla seconda caratteristica essenziale di uno smart contract, cioè l'utilizzo necessario e diretto delle parti, cioè senza il tramite di un «traduttore», del protocollo blockchain. Volendo sintetizzare, mi sembra che il ricorso allo smart contract determini una inversione della normale dinamica nel rapporto fra l'uomo e la tecnologia: mentre finora ci si è mossi nella direzione di «umanizzare» la macchina, rendendone le logiche di funzionamento intelleggibili all'utente attraverso l'intermediazione di interfacce user-friendly che «parlano» in linguaggio umano, permettendo quindi la creazione e la condivisione di accordi negoziali classici attraverso gli strumenti tecnologici, il ricorso allo smart contract richiede — mi si passi l'espressione — che sia l'uomo a «robotizzarsi» apprendendo (o al limite utilizzando grazie all'aiuto di esperti) il linguaggio informatico[...]. In riferimento alla tecnologia blockchain afferma che «Venendo al secondo elemento «tipologico» dello smart contract, cioè il ricorso alla tecnologia blockchain, rileviamo subito che essa è considerata il passaporto per la rivoluzione



Allo stesso tempo, non è trascurabile chi si pone in una posizione che ben si può definire come intermedia. Infatti, questi strumenti vengono analizzati sotto un duplice aspetto, ossia, quello dello *smart code* e dello *smart legal contract*, intendendo rispettivamente, il *software* – soggetto, quindi alla tutela del diritto d'autore *ex* Legge 22 aprile 1941, n.

*culturale che lo smart contract promette di portare, cioè la disintermediazione totale dei rapporti negoziali e il superamento dell'elemento fiduciario. La distanza rispetto a tutte le altre forme note di contrattazione per via telematica è di immediata evidenza: in queste lo strumento informatico costituisce soltanto il medium attraverso cui si conclude o si esegue un rapporto contrattuale tradizionale; il ricorso alla blockchain viceversa è in grado di proiettare il contratto in un dimensione che neutralizza l'interferenza umana, che non è richiesta perché il rapporto abbia esecuzione e neppure può provocarne l'inadempimento proprio per via della impermeabilità della blockchain a qualsiasi iniziativa volta a mutarne il contenuto. Di qui deriva l'affermazione secondo la quale lo smart contract azzera il rischio di inadempimento ed azzera il costo della sfiducia nel comportamento della controparte [...]». In merito all'automazione: «Il terzo elemento è l'automaticità dell'esecuzione dello smart contract. Al pari di qualsiasi programma informatico, una volta che sia inserito e validato sulla blockchain lo smart contract si avvia e, non appena riscontra il verificarsi del presupposto («if...») al quale è soggetta l'esecuzione della prestazione dedotta nella transazione informatica, vi dà luogo («then...»). Dal punto di vista giuridico, di primo acchito il meccanismo richiama alla mente la figura della condizione o del termine, cioè quella clausola accessoria che fa dipendere il dispiegarsi degli effetti del contratto ovvero la sua risoluzione al verificarsi di un evento (per la condizione) o al sopraggiungere di una data (termine); mi sembra tuttavia che l'algoritmo «if... then...» si presti ad un utilizzo molto più esteso rispetto al perimetro tipico della condizione o del termine apposti ad un contratto tradizionale». Infine, andando ad analizzare l'ultimo aspetto, quello della cd. stabilità, viene sottolineato che «Il quarto elemento caratterizzante la figura dello «smart contract» può essere riassunto con l'espressione «stabilità», vale a dire — declinato nelle sue conseguenze funzionali — irrettabilità, immutabilità e inarrestabilità dello smart contract, neppure se tutte le parti della transazione siano d'accordo, per effetto del meccanismo di consenso diffuso tra tutti i partecipanti sul quale si basa la blockchain. Irrettabile, poiché una volta che sia importato e validato sulla blockchain esso non può più essere cancellato e rimosso dalla catena, restandovi per sempre, salvo — come già si è detto — che lo smart contract stesso sia dotato di una funzione kill atta a disintegrarlo ed eliminarlo. Immutabile, poiché non vi è modo di intervenire *ex post* per emendare il contenuto di uno smart contract. Infine, inarrestabile non potendo essere bloccata o annullata la sua esecuzione (e il conseguente adempimento delle operazioni economiche secondo le istruzioni fornite). Questo elemento della «stabilità» si rivela potenzialmente molto pericoloso, poiché nei fatti disinnescava lo strumento giuridico del «mutuo dissenso» — mercé il quale le parti possono sempre eliminare qualsiasi rapporto negoziale al quale abbiano dato vita — e, più in generale, trasforma lo smart contract in un monstrum che ipostatizza il principio per cui il contratto ha forza di legge fra le parti (art. 1372 c.c.): qualsiasi*

633 – e l'accordo – che opera sulla *blockchain* ed è dotato di efficacia negoziale<sup>20</sup>.

Dall'analisi delle teorie finora esposte nasce però una consapevolezza via via sempre più concreta, in capo agli operatori del diritto, di non dover soffermarsi troppo nel ricondurre la fattispecie nelle classiche categorie di diritto, nel senso che

*accordo, una volta reso esecutivo sulla blockchain, anche ove contenga una clausola contra legem o sia totalmente e radicalmente invalido (pensiamo al caso di una transazione con oggetto illecito o contrario all'ordine pubblico, come la commissione di un delitto di sangue), sarà inesorabilmente efficace e, verificandosi la condizione dedotta, regolarmente adempiuto». Di questo avviso, v. M. MANENTE, L. 12/2019 – Smart Contract e tecnologie basate su registri distribuiti – prime note, in Consiglio Nazionale del Notariato, 2019, per cui «Alla luce della disamina che precede, appare potersi concludere che uno smart contract potrà porsi prevalentemente come “strumento” di supporto o come “parte” di un più ampio accordo contrattuale, magari redatto secondo forme più “tradizionali”, curandone e semplificandone l'aspetto relativo all'adempimento delle obbligazioni pattuite. Nonostante, infatti, esso possa ritenersi astrattamente idoneo – pur con qualche importante difficoltà – a costituire (una volta emanate le linee guida AgID) unica fonte del rapporto contrattuale, tale idoneità appare (al momento) ristretta ad ipotesi di contratto dalla struttura assai basilare. Ma vi è di più, perché anche volendo considerare strutture contrattuali semplici, da tradurre interamente in smart contract, la normativa in esame lascia comunque alcune zone d'ombra inesplorate, chiamando l'interprete al difficile compito di mettervi un po' di luce. In particolare, dubbia è la compatibilità di uno smart contract con taluni gruppi di norme che sovrintendono la generalità dei contratti. Ci si riferisce in primo luogo alle norme relative all'interpretazione del contratto. Uno smart contract non è scritto in linguaggio naturale, ma unicamente in linguaggio di programmazione, il quale ha un unico significato: quello attribuito dall'elaboratore a cui il programma viene sottoposto. Se, da un lato, tale caratteristica è considerata (dai suoi sostenitori) uno degli aspetti più positivi di uno smart contract, per la sua capacità di essere insensibile alle differenti interpretazioni che ciascuna mente umana può dare di un medesimo documento, dall'altro non si rinviene nella norma alcuna sterilizzazione delle regole codicistiche relative alla interpretazione del contratto (artt. 1362 e seguenti c.c.), la cui applicazione ad uno smart contract, tuttavia, non può che risultare a dir poco difficoltosa».*

<sup>20</sup> M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, p. 835 ss., in cui si afferma però che «Questo orientamento, però, non convince pienamente poiché finisce per limitare l'analisi dello smart legal code proprio alla fase di perfezionamento del contratto, tralasciando di considerare il momento esecutivo-applicativo che, invece, negli smart contract risulta peculiare». Sul punto v. R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «Smart contracts: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, in riferimento alla blockchain affermano che «il «libro mastro digitale condiviso rappresenti la nuova frontiera dell'innovazione digitale, destinata a ridefinire buona parte degli assetti sin qui conosciuti», sarà lecito presupporre che proprio lì vada cercata quella che qualcuno ha voluto definire la “contract law 2.0”».





queste possono adattarsi sicuramente agli strumenti nascenti dal progresso tecnologico, ma laddove l'ordinamento risulti inidoneo a fornire una disciplina applicabile, è compito proprio del legislatore configurare la soluzione più adatta<sup>21</sup>.

Provando ad interpretare la fattispecie secondo l'ottica contrattuale, la questione preliminare è verificare l'applicabilità della disciplina dei contratti in generale. Vi è da sottolineare che negli *smart contracts* manca la componente del contatto diretto tra le parti, ma tutto si basa su stringhe di codice che compongono il *software*. Proprio per questa caratteristica, l'esecuzione ricalca per certi versi quella di un contratto di «deposito presso terzi»<sup>22</sup>.

La fase della negoziazione ricomprende in primo luogo le parti e la loro volontà di concludere

il contratto, ma soprattutto, la componente tecnologica; infatti, il software passa dall'essere un «mezzo di trasmissione» ad uno «strumento di integrazione della volontà negoziale»<sup>23</sup>.

Se è vero che nell'ordinamento è previsto il principio della libertà della forma in riferimento alle fattispecie contrattuali, indubbiamente può essere accettato lo *smart contract*. Se ciò non bastasse ad affermare la validità della forma, basti ricordare che con il Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD sono stati resi validi e pienamente efficaci quei contratti conclusi in via telematica, per cui se la dichiarazione di volontà delle parti nello *smart contract* avviene in via informatica, questo è da reputarsi certamente efficace, per cui produttivo di effetti<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Sul punto v. M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, p. 836, in cui «Le categorie concettuali classiche, infatti, dinanzi alle nuove tecnologie, non devono necessariamente essere considerate un a priori ma vanno verificate, talvolta adattate, e possono rappresentare uno strumento di passaggio per pervenire “ad un risultato plausibile”. E laddove lo strumentario giuridico esistente si riveli insufficiente a disciplinare nuove forme di relazioni, specie se ci si trovi di fronte a paradigmi del tutto nuovi, come nel caso dei rapporti dematerializzati eseguiti in una rete, in cui, oltre ai beni, è la stessa persona ad assumere un'identità virtuale, sarà compito del legislatore adottare le più opportune soluzioni affinché l'individuo possa esplicare la propria attività in un contesto comunque garantito e regolato». Invero, R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, «In primo luogo, giova distinguere in modo netto la riflessione in materia di progresso tecnologico, da un lato, e quella dogmatica sul diritto dei contratti, dall'altro. Ciò perché, come si è visto, ad oggi una diffusione di «supercontratti», davvero capaci di gestire in automatico la sconfinata pluralità di aspetti che possono caratterizzare il rapporto negoziale appare di difficile realizzazione. Di conseguenza, porsi il problema dell'irriducibilità delle nuove figure, per tanti risvolti fantomatiche, alle categorie tradizionali rischia di innescare, al più, un «esercizio di stile», senza condurre nei fatti ad una maggiore comprensione della tecnologia concretamente in gioco, né alla predisposizione di un paradigma interpretativo adeguato, posto che, al di là degli slogan trionfalistici, difficilmente si potrà prescindere, nel valutare caratteri e implicazioni, dal riscontro di come effettivamente tale tecnologia si svilupperà e di quale tipo di opportunità essa potrà rendere disponibile. A tal fine, parimenti opportuno appare superare l'errato sillogismo metodologico-concettuale secondo il quale ad un'innovazione tecnologica debba corrispondere, necessariamente, un'innovazione giuridica».

<sup>22</sup> A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti, esigenze di regolazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, CEDAM, 2021, per cui «Nei cc.dd.

*smart contracts l'intera vicenda negoziale è rimessa a un programma elettronico, senza che tra le parti vi sia uno scambio di dichiarazioni verbali o un contatto fisico e diretto. Il meccanismo di funzionamento di siffatta tecnica ricalca il modello del deposito presso terzi, consistendo nell'affidamento di una porzione di patrimonio ad agenti indipendenti che lo gestiscono, sulla scorta di istruzioni preimpostate dalle parti, all'interno della piattaforma. Per tale caratteristica la tecnica contrattuale in questione si presta particolarmente per tutti quei contratti in cui è prevista un'opera di intermediazione da parte di un terzo estraneo ai contraenti (come nel caso, ad esempio, dei contratti di fornitura di energia, assicurativi o di compravendita immobiliare)».*

<sup>23</sup> A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti, esigenze di regolazione*, cit., secondo il quale «In tale nuova forma di negoziazione il ruolo ascrivito al medium elettronico nella formazione dell'accordo è destinato a cambiare, in quanto da mero mezzo di trasmissione svolto nella c.d. contrattazione telematica, diventa strumento di integrazione della volontà negoziale già formatasi. Se, infatti, nella prima lo scambio delle comunicazioni, ai fini della conclusione dell'operazione negoziale, avviene tra due utenti ed il sistema si limita a svolgere la funzione di trasportare il dato dall'emittente al ricevente, nella seconda, viceversa, ad intervenire attivamente è lo strumento informatico, rafforzato da uno specifico programma applicativo di intelligenza artificiale, cioè della capacità di ricreare alcuni dei processi mentali tipici dell'uomo».

<sup>24</sup> Di questo avviso M.F. Tommasini, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, p. 842, che afferma «Non vi sono ostacoli a considerare lo smart contract come veicolo atto a dar luogo alla redazione di un contratto. Nel nostro ordinamento, infatti, vige il principio della libertà della forma del contratto, ragion per cui la manifestazione del programma negoziale può avvenire con dichiarazione orale, con comportamento concludente, con dichiarazione per iscritto o, appunto, per via informatica. Con riferimento alla particolare modalità di manifestazione del consenso negli smart



Ma cosa succede se, per il contratto da stipulare, la legge richieda espressamente la forma solenne? In tale situazione, parte della dottrina è dell'avviso che lo *smart contract*, non possa essere impiegato. Tuttavia, se questo è sottoscritto sulla *blockchain* mediante il processo fissato dall' Agenzia per l'Italia Digitale – AgID – e tenendo conto anche delle linee guida del Ministro per l'Innovazione Tecnologica – MITD – può essere dotato del requisito di forma scritta.

A tal fine si richiede l'utilizzo di una firma elettronica, così come disposto *ex art.* 20 CAD<sup>25</sup>.

---

*contracts, e in genere nei contratti telematici o cibernetici, pur nella loro differente struttura, il legislatore nazionale dapprima con l. n. 59 del 15 marzo 1997 e con il d.P.R. n. 513 del 10 novembre 1997 57, poi trasfuso nel d.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 e poi con il CAD 59, ha affermato il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica, prevedendo che “gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”. Attraverso uno smart contract, dunque, le parti possono esprimere una dichiarazione intesa a realizzare un contenuto giuridicamente vincolante, imputabile direttamente ai soggetti ai quali i codici digitali sono legati e che si attua secondo quanto programmato 60. Può ipotizzarsi che alla stesura di uno smart contract si pervenga a seguito di trattative condotte tra le parti (art. 1337 cod. civ.) ovvero dopo che sia stato stilato un contratto preliminare (art. 1351 cod. civ.) che prelude alla redazione di un definitivo sotto forma di smart contract. Nulla osta alla configurabilità di una opzione di smart contract (art. 1331 cod. civ.), ovvero alla possibilità di una proposta strutturata sotto forma di proposta irrevocabile (art. 1329 cod. civ.). Inoltre, si noti che «Poiché il secondo comma dell'art. 8 ter del D.L. 135/2018 precisa che lo smart contract deve “vincolare automaticamente due o più parti” risultano esclusi dalla normativa “tutti quegli applicativi su DLT che non hanno effetto su almeno due parti quali gli smart contract di natura meramente procedurale, di emissione di token o di attestazione di informazioni o eventi”. Peraltro, poiché la norma aggiunge che il vincolo automatico creato dallo smart contract sulle parti deve essere basato su “effetti predefiniti dalle stesse”, vanno altresì esclusi dall'applicazione della norma in commento gli smart contract sviluppati da una sola parte o che implicino un meccanismo di semplice accettazione per adesione dell'altra parte (ad esempio gli smart contract che prevedano una offerta al pubblico o un contratto aperto)».*

<sup>25</sup> M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, pp. 844 – 846, in cui però si sottolinea che «La sottoscrizione del documento, compiuta dalle parti (o da loro rappresentanti), certifica il consenso prestato dalle stesse imputando loro le decisioni assunte, fornisce validità giuridica alle transazioni concluse in ambiente virtuale rendendole immutabili, e, infine, garantisce la sicurezza di tutti i consociati. È pur

Per quanto riguarda il linguaggio, in questa sede è stato ribadito più volte che questo sia basato su codici che vengono letti dagli algoritmi; per cui questo deve essere chiaro, comprensibile e crittografato mediante tecniche di pseudonimizzazione, in grado da garantire l'individuazione informatica delle parti ma non la loro identità. Ciò però non significa che le parti non debbano essere messe nella condizione di poter decifrare quanto contenuto. Inoltre, vi è da evidenziare che il linguaggio di programmazione potrebbe non essere lo stesso per tutti i sistemi, ma cambiare a seconda della piattaforma adoperata<sup>26</sup>.

*vero, però, che esiste sempre un margine di incertezza dettato dal fatto che colui il quale utilizza la firma in un dato momento non sia anche il titolare della stessa ma che se ne sia appropriato illecitamente. Sul punto una sentenza del Tribunale di Roma, depositata il 23 gennaio 2017, mette proprio in evidenza l'aspetto debole della firma digitale che certamente non assicura che sia stato proprio il titolare ad utilizzare e ad autorizzare la transazione o sottoscrivere un atto. Il Tribunale ha ritenuto che in relazione al tipo di documento (informatico) e di firma (digitale) l'uso del dispositivo si presume riconducibile al titolare salvo che questi, ai sensi del disposto di cui all'art. 21, comma 2, del Codice sull'amministrazione digitale (CAD), non fornisca la prova contraria. Si realizza, pertanto, un'inversione dell'onere della prova in quanto compete a chi opera il disconoscimento della sottoscrizione smentire di averla effettuata provando di non aver apposto la firma digitale. Con la conseguenza implicita che, provando di non avere inserito la propria firma (codice identificativo), il soggetto dimostra di non avere espresso alcun consenso e, quindi, di non essersi voluto vincolare».*

<sup>26</sup> C. MORELLI, *Come Scrivere uno Smart Contract*, in *Altalex*, [www.altalex.com/documents/news/2019/02/25/smart-contract](http://www.altalex.com/documents/news/2019/02/25/smart-contract), 2019, afferma che lo smart contract va scritto «Utilizzando un linguaggio di programmazione, cioè programmando, cioè imparando il coding. Ci sono diversi linguaggi di programmazione a seconda del dominio interessato: per ottenere determinati risultati occorre utilizzare un certo linguaggio di programmazione piuttosto che un altro. È come se dal ceppo linguistico “coding” discendessero tanti dialetti, con specificità proprie. Il “dialetto” utilizzabile è conseguente all'utilizzo di alcune (non tutte) BC, che tramite una propria interfaccia permettono di codificare smart contracts, come se fossero una lavagna. Massimo Simbula ci ha fornito qualche indicazione operativa in più sulle BC che permettono la redazione di smart contract. Ethereum, per esempio, dove gli SM sono codificati utilizzando il linguaggio Solidity consente la codifica di istruzioni di codice looping e ramificato. EOS, che grazie alla community crypto, sta diventando sempre più popolare visto che le transazioni sulla piattaforma richiedono tariffe quasi nulle e ha la capacità di gestire milioni di transazioni al secondo. I contratti intelligenti sono programmati utilizzando C++, aumentando la flessibilità di programmazione. Aion invece è una piattaforma di contratto intelligente che consente il routing di transazioni e messaggi tra diverse





Indubbiamente, lo *smart contract* può essere applicato sicuramente ai rapporti tra privati, ma anche nei cd. B2B, ovvero, *Business to Business*. Ci si è chiesti, dunque, se questi possano essere applicati anche nel caso di B2C, ossia *Business to Consumer*, andando ad applicare la relativa disciplina della tutela del consumatore.

A tal riguardo, quindi, lo *smart contract* dovrà essere considerato alla stregua di un contratto di massa per adesione. La dottrina sul punto non rileva particolari criticità nell'applicazione della tutela del consumatore digitale. Questo grazie alla standardizzazione e l'unilateralità di cui sono connotati questi strumenti<sup>27</sup>.

Infine, un aspetto quantomeno singolare è sicuramente, in virtù della tecnologia *blockchain*, l'esecuzione automatica e irreversibile del contratto, il che denota una grandissima differenza rispetto alle

categorie contrattuali tipiche. Infatti, viene meno – o comunque diminuisce – il rischio di inadempimento della controparte, per cui si dice che il processo è irrevocabile<sup>28</sup>.

#### 4. IL LEGISLATORE EUROPEO, QUELLO NAZIONALE... E QUELLO ANGLOSAS- SONE!

Volgendo lo sguardo ora alla normativa, in ambito europeo è possibile riscontrare un primo strumento nella risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione.

Secondo il Parlamento europeo gli *smart contracts* sono da annoverarsi tra quelle tecnologie che

---

*blockchain* tramite i suoi innovativi protocolli di "bridging". I linguaggi utilizzabili sono Python o Groovy. Ma in previsione la piattaforma si baserà su un linguaggio "proprietario", per la creazione di script di contratti intelligenti. NEM è più scalabile di Ethereum, visto che a fronte di 15 transazioni al secondo di quest'ultima, NEM può gestire centinaia di transazioni al secondo. E' più veloce, più sicura, fornisce un codice di programmazione più leggero e tecnologia semplice di contratto intelligente, e meno decentralizzata, ma promuove livelli di sicurezza più elevati, conferma più rapida delle transazioni. Stellar è una piattaforma di contratto intelligente in cui le transazioni sono più sicure, veloci ed economiche rispetto alle transazioni sulla blockchain di Ethereum, ed è implementato sotto forma di accordi programmati tra più. I contratti intelligenti di Hyperledger Fabric (HLF) sono noti come "chaincode". HLF è scritto in lingua Go, il linguaggio di programmazione open source di Google. Corda è una piattaforma di contratto intelligente ideale per la creazione di accordi finanziari, utilizza linguaggi di programmazione JVM come Java o Kotlin».

<sup>27</sup> V. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in *Judicium*, Pacini Giuridica, 2020, afferma che «non sembrano sussistere, con riferimento allo smart contract, problematiche specifiche ed insuperabili, tali da fare ipotizzare che esso possa avere un utilizzo limitato ai soli contratti di impresa tra professionisti e ci sembra che nulla induca a negare che la disciplina a tutela del consumatore potrà applicarsi, ricorrendone le condizioni, anche agli smart contracts. Anzi, è diffusa l'opinione per cui gli smart contracts troveranno proficua applicazione, come già sta accadendo, proprio nel campo dei contratti dei consumatori, sia perché tali contratti sono normalmente standardizzati ed unilateralmente predisposti e ciò agevola l'utilizzo di protocolli informatici ricorrenti, sia perché sono proprio i consumatori a necessitare più degli altri dei benefici derivanti dalla esecuzione automatica, trovandosi spesso, con i contratti

tradizionali, nel caso dell'altrui inadempimento, di fronte a costi e difficoltà che li scoraggiano dal far valere giudizialmente i loro diritti. Inoltre, la tracciabilità garantita dalla blockchain è stata indicata come uno strumento atto a ridurre le asimmetrie informative, con il suo rendere trasparenti e condivisibili i dati della catena in tempo reale, diminuendo anche il rischio di frodi e manipolazioni». Tuttavia, avverte che «Una difficoltà, legata al sistema di pseudonimato, potrebbe essere, nelle blockchain pubbliche, quella di identificare i soggetti agenti come consumatori o come professionisti, il che però non riguarda gli smart contracts riconosciuti come tali dalla legge italiana, la quale, come si è detto, pretende la identificazione delle parti e, quindi, implica la possibilità di conoscerne, da questo punto di vista, lo status».

<sup>28</sup> Sul punto v. M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione, Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Giappichelli, 2021, pp. 116 – 122, in cui afferma «La tecnologia blockchain permette, dunque, l'esecuzione automatica e irreversibile del contratto al verificarsi degli eventi predeterminati dalle parti e iscritti nel codice. Pertanto, a differenza dei contratti tradizionali, che offrono la libertà di adempiere o non le prestazioni, tale opzione non è ammissibile in uno smart contract, il cui adempimento, oltre che «atto dovuto», è anche «atto automatico». Lo smart contract è, quindi, un contratto digitale, le cui clausole sono incorporate nel software sotto forma di codice; autoeseguibile, il cui adempimento, essendo governato dagli input previsti nel protocollo codificato, prescinde non soltanto dall'animus solvendi del debitore, ma finanche dal comportamento delle parti; e irrevocabile, giacché il processo di esecuzione non può essere fermato o modificato. La registrazione dello smart contract sul blockchain lascia una traccia indelebile e trasparente, diminuisce il rischio di danni derivanti da errori e frodi, e riduce (se non azzerava) il rischio di inadempimento e di sopravvenienze».



ben possono prestarsi all'abbattimento dei costi di intermediazioni oltre che essere in grado di rafforzare la fiducia degli utenti attraverso gli aspetti propri della trasparenza e disintermediazione<sup>29</sup>.

A questo, si aggiunge che le tecnologie cd. DLT permettono sicuramente di accrescere la consapevolezza dei cittadini europei in merito ai dati condivisi e alle modalità di trasmissione e condivisione dei dati<sup>30</sup>.

L'interesse da parte dell'Unione Europea a fronte di questa fattispecie è rinvenibile in ulteriore modo attraverso l'istituzione della Commissione ad hoc nominata EU *Blockchain Observatory and Forum*<sup>31</sup> e dell'*European Blockchain Partnership*. La prima, con il ruolo di monitoraggio e raccolta dei dati di utilizzo di queste nuove tecnologie, mentre alla seconda viene attribuito un ruolo ancora più importante, ossia, il consolidare importanza che

l'Europa riveste in ambito di sviluppo della tecnologia e della legislazione applicabile.

Nel report del 2019 a cura del *EU Blockchain Observatory and Forum* viene però sottolineato oltremodo che queste nuove tecnologie costituiscono, per quanto innovative e utili, pur sempre un eventuale rischio, in quanto sviluppate negli ultimi decenni e non si è ancora pienamente consapevoli delle conseguenze in negativo.

Inoltre, l'utilizzo di questi strumenti non assicura che il rapporto intercorrente tra le parti sia esentato da eventuali inadempimenti<sup>32</sup>.

Nel 2018, il Parlamento Europeo è intervenuto nuovamente sul tema della *blockchain* con la Risoluzione del 13 dicembre 2018 sulla *Blockchain: una politica commerciale lungimirante* (2018/2085(INI)), nella quale enuncia alcuni dei vantaggi che possono derivare dall'applicazione di questo strumento nel mercato<sup>33</sup>

<sup>29</sup> In Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)), pubblicata nella Gazz. Uff. UE del 13 gennaio 2020, Serie C 11/7, lett. A,B «considerando che le tecnologie DLT e blockchain possono costituire uno strumento che rafforza l'autonomia dei cittadini dando loro l'opportunità di controllare i propri dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa vedere tali dati; considerando che la DLT è una tecnologia a scopo generico in grado di migliorare l'efficienza dei costi delle transazioni eliminando intermediari e costi di intermediazione, oltre ad aumentare la trasparenza delle transazioni». Continua ai Paragrafi 1-3 «sottolinea che la DLT riduce i costi di intermediazione in un ambiente di fiducia tra le parti di una transazione e consente scambi di valore tra pari suscettibili di rafforzare l'autonomia dei cittadini, destrutturare i modelli tradizionali, migliorare i servizi e ridurre i costi lungo le catene del valore in un'ampia gamma di settori chiave; sottolinea il profondo impatto che le applicazioni basate sulla DLT potrebbero avere sulla struttura della governance pubblica e sul ruolo delle istituzioni e chiede alla Commissione di effettuare uno studio per valutare le potenziali scenari di una più ampia diffusione delle reti pubbliche basate sulla DLT; pone l'accento sull'ampia gamma di applicazioni basate sulla DLT che potrebbero potenzialmente interessare tutti i settori dell'economia».

<sup>30</sup> Sul punto v. F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Giuffrè, 2019

<sup>31</sup> All'interno di EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, *Thematic Report Legal and regulatory framework of*

*blockchains and smart contracts* su iniziativa della Commissione Europea, [www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report\\_legal\\_v1.0.pdf](http://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf), 2019, p. 2 viene segnalato che «The European Union Blockchain Observatory & Forum has set as one of its objectives the analysis of and reporting on a wide range of important blockchain themes, driven by the priorities of the European Commission and based on input from its Working Groups and other stakeholders. As part of this it will publish a series of thematic reports on selected blockchain-related topics. The objective of these thematic reports is to provide a concise, easily readable overview and exploration of each theme suitable for the general public».

<sup>32</sup> EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, *Thematic Report Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts* su iniziativa della Commissione Europea, p. 24, «the conclusion is that the use of smart contracts does not resolve or eliminate the problem of breaches of contract, contractual liability and enforcement. The problem of the lack of available tools to easily identify actors on a blockchain-based network therefore arises again. It will require a solution, not only in relationships between blockchain players and state authorities, but also in vertical relations between the participants of the blockchain space. Otherwise, the current system of consumer (or any creditor) protection, currently based on judicial system and enforcement of liability, may no longer be effective».

<sup>33</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2018 sulla Blockchain: una politica commerciale lungimirante (2018/2085(INI)), pubblicata nella Gazz. Uff. UE del 13 novembre 2020, Serie C 388/141, Paragrafo 9, lett. A, C ed E, in cui «sottolinea che la blockchain può essere applicata, ad esempio, per:

Tuttavia, le fonti europee citate finora sono da considerarsi come non vincolanti.

L'Italia, invece, è stato uno dei primi Stati a realizzare una regolamentazione in materia di *blockchain* e *smart contracts*, che è possibile ritrovare nel Decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, pubblicato nella Gazz. Uff. 14 dicembre 2018, n. 290, convertito poi in legge con la Legge 11 febbraio 2019, n. 12, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, pubblicata nella Gazz. Uff. 12 febbraio 2019, n. 36.

Tuttavia, sembrerebbe mancare una vera e propria integrazione del Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione

digitale<sup>34</sup>, sebbene per certi versi può sembrare avere alcune similitudini con l'art. 20, co. 1 -*bis*<sup>35</sup>.

Ciò che viene regolato dal legislatore riguarda le piattaforme che si basano su tecnologie DLT (tecnologie basate su registri distribuiti), ossia, *ex Art. 8 -ter*, co. 1, «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architeturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

Questa definizione, tuttavia, non è esente di critiche da parte della dottrina che, intervenuta sul caso, ha più volte sottolineato quanto questa classificazione porti a confondere la *blockchain* e le DLT<sup>36</sup>.

---

*offrire maggiore certezza circa la provenienza e i diritti di proprietà intellettuale delle merci, riducendo in tal modo il rischio che merci di provenienza illecita, comprese merci false e contraffatte, entrino nella catena di approvvigionamento; [...] lungo la catena di approvvigionamento; [...] migliorare la trasparenza e la tracciabilità consentendo a tutti i partecipanti di registrare le loro transazioni e di condividere tali informazioni nella rete; [...] ridurre i costi di gestione della catena di approvvigionamento eliminando la necessità di intermediari e i costi associati nonché l'obbligo fisico di preparare, trasportare e trattare documenti cartacei».*

<sup>34</sup> Sul punto v. F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, per cui «Al livello nazionale, l'art. 8-ter del d.l. n. 135/2018, convertito in legge n. 12/2019, si occupa esplicitamente di tali tecnologie e, in particolare, definisce le tecnologie basate su registri distribuiti e una rilevante applicazione, gli smart contracts, conferendo specifici effetti giuridici e demandando la regolazione tecnica a standard e linee guida di competenza dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID). Al riguardo, nonostante la tematica affrontata, relativa a una significativa innovazione tecnologica, il legislatore non ha scelto di integrare il d.lgs. n. 82/2005, ossia il Codice dell'amministrazione digitale (CAD), ma ha lasciato la norma formalmente fuori dal Codice, seppure, per ambito di materia e per i contenuti trattati, potesse ambire a farne parte, in considerazione del fatto che il d.lgs. n. 82/2005 dovrebbe porsi quale riferimento principale in tema di innovazione».

<sup>35</sup> C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *DIMT*, <https://www.dimt.it/news/breve-commento-alla-legge-11-febbraio-2019-n-12-di-conversione-del-decreto-legge-14-dicembre-2018-n-135->

*recante-disposizioni-urgenti-in-materia-di-sostegno-e-semplificazione-per-le-imprese-e-per-la-pu/*, 2019, in cui «La disposizione sostanzialmente ricalca l'art. 20, co.1-bis, del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), che nella sua ultima versione ha previsto che il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta ed ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. non solo se formato con firma elettronica digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata, ma anche qualora venga formato mediante un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) mediante regole tecniche, che garantisca integrità e immutabilità del documento ed il collegamento manifesto ed inequivoco con il suo autore, il quale va dunque previamente identificato».

<sup>36</sup> v. F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in cui «La definizione, limitata alle distributed ledger technologies, è stata oggetto di critiche da parte della dottrina per il fatto che rischia di confondere le distributed ledger technologies e le blockchains, dal momento che alcune caratteristiche evocano più propriamente queste ultime, in particolare nella tipologia permissionless (inalterabilità, immutabilità e verificabilità dei dati da parte di ciascun partecipante), e, di conseguenza, si rischia di determinare una sovrapposizione erronea tra i due fenomeni, che in realtà differiscono: la blockchain è una particolare tipologia, una species del genus delle distributed ledger technologies, dotata di proprie caratteristiche distintive». Sul punto v. inoltre C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in cui si afferma che «La definizione rimanda evidentemente alle cd "distributed ledger technologies" (o DLT), che si contrappongono alle classiche architetture client-server. Mentre nelle seconde le voci del registro sono detenute



Infatti, bisogna evidenziare alcuni aspetti: in primo luogo, gli *smart contracts* non sono necessariamente dipendenti dalla *blockchain*, difatti, è ben plausibile l'indipendenza del primo rispetto al secondo, questo, in quanto la *blockchain* è una tipologia di DLT e gli *smart contracts* sono una delle applicazioni della *blockchain*, ma che ben potrebbero essere conclusi benissimo mediante altre piattaforme<sup>37</sup>.

In secondo luogo, secondo una parte della dottrina, questa norma potrebbe indurre gli interpreti

nel considerarla un limite se non addirittura superflua per l'ordinamento giuridico italiano<sup>38</sup>.

La definizione di *Smart contract* è contenuta al co. 2 dello stesso articolo e viene definito come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da

---

centralmente, le DLT prevedono la loro replica in una serie di devices, denominati “nodi”, che si sincronizzano periodicamente. L'aggiornamento dei dati ivi inclusi, in assenza di un unico centro di gestione, avviene secondo regole predeterminate, o “meccanismi di consenso condiviso”. Le DLT assicurano una maggiore resistenza a manipolazioni esterne rispetto a sistemi centralizzati. La blockchain rientra tra le DLT. Essa si contraddistingue per il fatto che i dati vengono raggruppati e memorizzati in “blocchi”, tra loro collegati (o meglio, concatenati, da cui il termine “blockchain”, che sta per “catena di blocchi”) mediante richiami dell'hash (una stringa alfanumerica in grado di contraddistinguere univocamente dati elettronici, costituendone l'impronta digitale) del blocco precedente nel blocco successivo. Con questa modalità la blockchain viene detta immutabile, poiché la modifica dell'hash di un blocco causerebbe quella dei blocchi conseguenti, rendendo l'operazione di ricalcolo degli hash da modificare eccessivamente dispendiosa da un punto di vista tecnico. [...] non è chiaro che cosa il legislatore intenda con “non alterabili e non modificabili”. Certamente, come detto, i sistemi distribuiti posso in astratto assicurare un più alto livello di sicurezza rispetto a quelli tradizionali; dunque, l'espressione potrebbe riferirsi ad una tendenziale incorruttibilità. D'altra parte, inalterabilità ed immutabilità evocano le peculiarità della blockchain rispetto agli altri registri distribuiti, tant'è vero che i primi commenti alla norma danno conto del tentativo del Governo italiano di fornire una definizione di blockchain. [...] Ci sarebbe un'errata sovrapposizione tra DLT, da una parte, e blockchain, dall'altra, posto che se è corretta l'affermazione secondo cui tutte le blockchain sono DLT, lo stesso non si può dire al contrario. Indipendentemente da ciò, si ritiene rischioso mettere in risalto inalterabilità ed immutabilità; oltre alla rapidità che caratterizza l'evoluzione tecnologica, infatti, a quanto consta, la blockchain è solo unilateralmente immutabile, poiché il raggiungimento del controllo sulla maggioranza dei nodi consentirebbe l'apporto di cambiamenti (sul punto, comunque, c'è un acceso dibattito, considerata la novità della tecnologia, i molteplici meccanismi di raggiungimento del consenso e le differenze tra blockchain permissionless, permissioned o ibride). Al momento dato, sarebbe forse stato più opportuno limitarsi ad una descrizione tecnica. Inalterabilità ed immutabilità paiono infine non collidere con l'aggiornamento dei dati (verosimilmente da ritenersi come aggiornamento del sistema all'aggiunta di nuovi dati».

<sup>37</sup> Sul punto v. C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in cui si afferma che «Lo smart contract, inoltre, può esistere indipendentemente dalla blockchain o da qualsiasi registro distribuito, meri sistemi informatici su cui lo smart contract può essere eseguito (dove eseguire, in termini tecnici, significa elaborare le istruzioni di un programma informatico)». A questo aggiunge che «Nonostante si tratti di una proposizione infelice e fuorviante, dunque, il legislatore avrebbe forse fatto meglio a non limitare le funzionalità dello smart contract, in quanto “programma per elaboratore”, al contratto; lo smart contract è un programma per elaboratore che può operare su tecnologie basate su registri distribuiti e che può rappresentare la forma di un contratto a cui due o più parti si vincolano. Se si fosse voluto, invece, utilizzare l'espressione “smart contract” solo nell'ambito contrattuale, abbandonando del tutto la confusione dettata dall'utilizzo del lemma “contract” in altri settori non a rilevanza giuridica o a diversa rilevanza giuridica, si sarebbe potuto discorrere di “smart contract” come di un “contratto espresso nella forma di un programma per elaboratore e capace di auto-eseguirsi”».

<sup>38</sup> Sul punto v. C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in cui si afferma che «[...] pare che la norma, nata evidentemente per stimolare gli investimenti sulle tecnologie basate su registri distribuiti, possa risultare superflua o limitare l'innovazione. Non si intuisce, infatti, la ragione per cui ci sia limitati a riconoscere il valore di forma scritta ai soli smart contracts creati mediante un processo di attribuzione della paternità specifico per le DLT, quando sarebbe stato sufficiente richiamare l'art. 20 co. 1 bis del CAD. Si potrebbe, infatti, determinare l'efficacia di forma scritta dello smart contract per via interpretativa, sulla base delle norme vigenti. Anzitutto includendo lo smart contract tra i documenti informatici, ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. p) del CAD e dell'art. 3, par. 1, n. 35 del Regolamento (UE) n. 910/2014 (eIDAS); in secondo luogo, conferendo tale valore unicamente ai documenti informatici firmati con firma avanzata o qualificata o prodotti mediante processi conformi a quanto dettato da AgID. Si crea così un conflitto interpretativo, dovendosi dedurre che il requisito della forma scritta debba essere negato nei casi coperti dall'art. 20, co 1-bis del CAD, con conseguente rimessione alla libera valutazione del giudice».



adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Purtroppo, però, l'AgID ad oggi non ha ancora adottato alcuna linea guida, il che denota una lentezza del processo attuativo del decreto, nonostante, - come affermato in precedenza - l'Italia sia stata una delle prime a fornire una prima - seppur basica e per certi versi controversa - normativa<sup>39</sup>.

Gli altri Stati hanno cercato di avviare il processo di riconoscimento degli *smart contract* e della loro classificazione. In particolare, si rimanda al Regno Unito che nel novembre del 2021 ha incaricato la *Law Commission* di redigere un prospetto sull'applicabilità della normativa vigente alle tecnologie espone in questo capitolo.

Prima di continuare, però, è doveroso ricordare due aspetti fondamentali: in primo luogo, che nel Regno Unito vige un sistema di *Common Law*, per cui assai distante da quello di *Civil Law* al quale appartengono la maggior parte dei Paesi europei e l'Italia, oggetto dell'esame; in secondo luogo, il documento analizzato non è vincolante, per cui si tratta di un lavoro effettuato dalla commissione per evidenziare alcuni aspetti della materia e l'applicabilità della legislazione attuale.

All'interno del report la commissione analizza la fattispecie in relazione all'incremento dell'utilizzo di questa forma di accordi tra i cittadini inglesi, dai quali nascono delle vere e proprie *obligations of a legally binding contract*<sup>40</sup> per cui si necessita informare il governo in merito alla possibilità di applicare

correttamente e concretamente la normativa in merito alla commercial law.

*Nell'Advice to Government* presentato dal *Lord Chancellor* e il *Secretary of State for Justice* vengono così analizzate le diverse forme di automazione dello *smart legal contract* proprio per analizzare la fattispecie sotto il più ampio spettro, studiando in primo luogo la loro natura, come si formano, l'interpretazione e i rimedi. Prima di concludere il *paper*, però, la commissione si sofferma anche sulla giurisdizione applicabile in caso di dispute nascenti da casi di *breaches*, andando a verificare come risolvere i conflitti di giurisdizione a seconda dello *smart contract* sottoscritto. Questo, in quanto nella realtà virtuale non esiste un *forum contractus* fisicamente accessibile, ma piuttosto il luogo in cui sorge l'obbligazione è digitale e astratto, per cui ben potrebbe verificarsi una problematica di questo tipo.

Al termine del lavoro svolto, la commissione riferisce al governo che l'ordinamento attuale può supportare ed essere applicabile alle fattispecie degli *smart contract*, questo perché soddisfano i requisiti della materia contrattuale, per cui non si richiede l'intervento legislativo<sup>41</sup>.

## 5. PSEUDONIMIZZAZIONE E ANONIMIZZAZIONE: COME CONCILIARE TALI TECNICHE CON L'OBBLIGO DI IDENTIFICAZIONE

<sup>39</sup> M. MAUGERI, *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2021, p. 27.

<sup>40</sup> In LAW COMMISSION UK, *Smart legal contracts*, disponibile al link <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>

<sup>41</sup> In LAW COMMISSION UK, *Smart legal contracts. Advice to Government*, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 2021, ai paragrafi 3.146 e 3.147 si afferma che «Given

*our conclusion that smart legal contracts can satisfy the requirements for a contract, a legislative statement that smart contracts are capable of being legally enforced (or to confirm that a contract is not unenforceable merely because it is a smart legal contract) seems unnecessary. In the absence of a real need for legislation, we do not think it would be justified. We anticipate that market standards and guidance will develop to assist industry participants, and those considering using or developing smart legal contracts. We hope too that the analysis set out in this paper will help to explain some of the legal considerations of which parties should be aware».*



Nel paragrafo precedente è stato evidenziato che il legislatore italiano prevede che, affinché lo *smart contract* soddisfi il requisito della forma scritta, deve essere garantita l'identificazione delle parti che sottoscrivono l'atto.

Proprio questo aspetto diventa una delle problematiche relative agli *smart contract*, infatti, rileva la possibilità di imputare la volontà ad uno specifico soggetto in virtù dell'utilizzo di tecniche di anonimizzazione<sup>42</sup> o di pseudonimizzazione<sup>43</sup>.

Proprio per questi motivi e per queste tecniche innovative, secondo la dottrina, gli ordinamenti giuridici non sono ancora adeguatamente formati per risolvere questa tipologia di problematiche. Principalmente, dovrebbe provvedere l'Agenzia per l'Italia Digitale – AgID, ma attualmente non

sembrerebbe aver ancora tracciato la strada da percorrere.

Piuttosto, in ambito bancario, la CONSOB ha aperto una discussione pubblica pubblicata il 19 marzo 2019<sup>44</sup>, in cui propone un sistema in cui le piattaforme di cripto attività devono provvedere sia all'accesso sia all'identificazione dei partecipanti, al fine di limitare l'utilizzo delle DLT permissionless – che, per antonomasia, sono ad accesso libero e anonimo<sup>45</sup> –.

La Commissione pone quindi come obiettivo quello di rendere possibile la creazione, la conservazione e la trasmissione tramite *Distributed Ledger Technology* o *blockchain* delle «registrazioni digitali rappresentative di diritti connessi a investimenti in progetti imprenditoriali<sup>46</sup>».

<sup>42</sup> In M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, p. 56 ss., viene citato un esempio di blockchain che utilizza tecniche crittografiche che permettono di eseguire smart contract in totale anonimata. Infatti, alla nota 11 viene riportato che «*Alcune Blockchains, come Zcash, utilizzano tecniche crittografiche avanzate zero knowledge proof, che consentono di agire in modo totalmente anonimizzato e non tracciabile. Sul punto vedi D. Carboni, Dagli Smart Contract alle ICO. La Blockchain non dorme mai, immutabile. today, 2017, p. 22. Sui problemi derivanti dall'anonimizzazione vedi E. Battelli e E.M. Incutti, Gli «smart contracts» nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione, in Contr. e impr., 2019, pp. 931 ss.*».

<sup>43</sup> All'interno della Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione viene infatti considerato che le tecnologie di registro distribuito prevedono e promuovono quella che la pseudo limitazione degli utenti sebbene non richiedano l'anonimizzazione.

<sup>44</sup> CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Documento per la Discussione*, disponibile al link [https://www.consob.it/documents/1912911/1972122/doc\\_disc\\_20190319.pdf/2044537e-487c-5093-112e-3eacc69b12d4](https://www.consob.it/documents/1912911/1972122/doc_disc_20190319.pdf/2044537e-487c-5093-112e-3eacc69b12d4), 2019

<sup>45</sup> CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Documento per la Discussione*, p. 13, «i sistemi di scambi di cripto-attività, per i quali cioè il gestore abbia esercitato l'opt-in, risulterebbero soggetti alla vigilanza da parte della Consob sul rispetto dei requisiti sia soggettivi che di organizzazione e funzionamento del sistema, nonché nell'ottica di tutelare l'ordinato svolgimento degli scambi. Tenendo conto dei diversi modelli di business riscontrabili nella realtà, sarebbe opportuno prevedere che i sistemi di scambio in parola siano dotati di regole e procedure idonee per l'accesso e l'identificazione dei partecipanti in modo tale da rendere inutilizzabili – da parte dei relativi organizzatori che sono responsabili dei processi di ammissione – tecnologie basate su registri distribuiti nella forma

*c.d. permissionless (ossia con accesso libero anche anonimo) per gli aspetti relativi alla gestione dei processi di scambio e di trasferimento delle cripto-attività sul registro medesimo».*

<sup>46</sup> In CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Documento per la Discussione*, p. 6, si afferma infatti che «appare ipotizzabile definire le “cripto-attività” (o crypto-asset) in modo di dare evidenza della natura di registrazioni digitali rappresentative di diritti connessi a investimenti in progetti imprenditoriali. Al fine di cogliere, in particolare, la peculiarità dell'impiego di tecnologie del tipo comunemente noto come distributed ledger technology o blockchain, le suddette registrazioni digitali dovrebbero essere create, conservate e trasferite mediante tecnologie basate su registri distribuiti, alle quali tuttavia occorre riconnettere la capacità di consentire l'identificazione del titolare dei diritti relativi agli investimenti sottostanti e incorporati nella cripto-attività o crypto-asset. In ultimo, la categoria dovrebbe ricomprendere soltanto quelle cripto-attività che sono destinate a essere negoziate o sono negoziate all'interno di uno o più sistemi di scambi. In altri termini, ferma restando la sussistenza dell'elemento dell'investimento (comune a prodotti e strumenti finanziari), i tratti distintivi della cripto-attività oggetto di esame consistono ne: l'impiego di tecnologie innovative, tipo blockchain, onde incorporare nei token i diritti dei soggetti che hanno investito con l'obiettivo del finanziamento del progetto imprenditoriale sottostante, e la destinazione alla successiva negoziazione dei token (crypto-asset), la cui trasferibilità è peraltro strettamente connessa con la tecnologia impiegata, ovvero con la sua capacità di registrare e mantenere l'evidenza della titolarità dei diritti connessi con i crypto-asset in circolazione. Con particolare riguardo all'aspetto della tecnologia si ritiene opportuno valorizzare quanto già dettato dal legislatore nazionale in occasione dell'adozione del c.d. decreto Semplificazioni (decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135), in base a cui le “tecnologie basate su registri distribuiti”: [sono] le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la





Per fare ciò, propone l'ipotesi di una disciplina in cui solo in caso di cripto attività che costituiscono offerta al pubblico «possono essere ammesse agli scambi e, dall'altro, l'iscrizione, su domanda dell'organizzatore, del sistema di scambi di cripto-attività in un apposito registro della CONSOB<sup>47</sup>».

L'esito di questa discussione ha portato poi alla pubblicazione nel 2020 del report finale, nel quale è emerso che i soggetti coinvolti non ritengono necessaria l'identificazione da parte delle piattaforme,

---

*registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».*

<sup>47</sup> CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Documento per la Discussione*, p. 13, si evidenzia che «Un'ipotesi di disciplina in materia potrebbe prevedere, da un lato, la previsione che solo le cripto-attività che abbiano costituito oggetto di offerta al pubblico attraverso una o più piattaforme per le offerte di cripto-attività (cfr. paragrafo 2 del presente documento) possono essere ammesse agli scambi e, dall'altro, l'iscrizione, su domanda dell'organizzatore, del sistema di scambi di cripto-attività in un apposito registro della Consob a condizione che il sistema presenti:

a) regole e procedure trasparenti e non discriminatorie con riguardo allo svolgimento degli scambi, così come all'iniziale selezione delle cripto-attività, all'accesso al sistema e all'identificazione dei partecipanti al sistema stesso [...]».

<sup>48</sup> CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Rapporto finale*, disponibile al link: [https://www.consob.it/documents/1912911/1938506/ICO\\_s\\_rapp\\_fin\\_20200102.pdf/e83b06b8-6e7a-2dd7-9fe5-f742e9f2621e](https://www.consob.it/documents/1912911/1938506/ICO_s_rapp_fin_20200102.pdf/e83b06b8-6e7a-2dd7-9fe5-f742e9f2621e), 2020, p. 5, «Un elevato numero di soggetti ha espresso riserve a proposito dell'opportunità di considerare l'elemento dell'identificabilità dei titolari dei diritti incorporati nella cripto-attività quale elemento definitorio della cripto-attività stessa, pur avendo alcuni argomentato, a livello tecnico, che le tecnologie di tipo DLT sono di per sé idonee a consentire l'identificazione dei titolari dei cosiddetti token. In linea con tali suggerimenti, si ritiene di espungere il suddetto elemento dalla definizione di cripto-attività, attenendo eventualmente tale aspetto ad una successiva fase di verifica da parte degli operatori coinvolti più che a profili distintivi sul piano classificatorio. In tale ottica, la Consob dispiagherà, in futuro, la propria attività di vigilanza a tutela degli investitori richiedendo, già in sede di emanazione della normativa regolamentare, che tale caratteristica venga accertata e garantita rispettivamente dal gestore della piattaforma per il lancio delle offerte di prima emissione e dall'organizzatore del sistema di scambi di cripto-attività (cfr. infra). Per completezza si evidenzia, in ogni caso, che si è consapevoli della circostanza in base alla quale il gestore della piattaforma per le offerte di prima emissione potrà essere ritenuto responsabile per l'identificazione degli aderenti alle offerte, ma non anche con riferimento alle fasi successive, in cui si siano già realizzate attività di scambio».

<sup>49</sup> In merito si veda I. A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del*

semmai, come fa notare la stessa CONSOB, è una fase di verifica che spetta successivamente agli operatori coinvolti<sup>48</sup>.

Tuttavia, bisogna considerare che nel caso di contratto stipulato dal minore, l'identificazione nell'accesso al bene o al servizio è fondamentale. Da questo punto di vista, la dottrina si è interrogata sul punto evidenziando che i meccanismi di riconoscimento adottati ai nostri giorni sono sempre più sofisticati ed aggiornati<sup>49</sup>.

*Regolamento UE 2016/679, tra diritto e techno-regolazione*, p. 21 ss., in cui «nell'ottica di un'interpretazione della normativa esistente di tutela del minore, due problemi fondamentali sono emersi dallo scenario tecnologico e normativo: la possibilità di aggirare con la creazione di profili falsi il limite di età da parte dei minori, abili nativi digitali; la difficoltà, per i responsabili del trattamento ma anche dei titolari della responsabilità genitoriale, di controllare e limitare i contenuti della navigazione o l'utilizzo di software da parte dei minori, tra l'altro sotto questo profilo emergendo questioni di riservatezza dei figli rispetto ai genitori. Rispetto a queste problematiche, nell'ambiente digitale è illusorio pensare che la risposta possa essere soltanto giuridica e quindi risolvibile esclusivamente dalla nuova disposizione che si è commentata, ma, come si è visto, non può che passare per lo sviluppo e le soluzioni offerte dalla tecnologia. Con riguardo a queste ultime, si è segnalato che, a fronte del problema dell'anonimia o pseudoanonimia della navigazione, meccanismi di autenticazione sempre più attendibili possono essere sviluppati in ambito tecnologico fino all'utilizzo di sistemi biometrici, già commercializzati (impronte digitali, riconoscimento facciale o iride). Il problema che si pone nel caso di autenticazione biometrica è rappresentato dalla ulteriore immissione di dati, anche dei minori stessi e della tutela. Si potrebbe dire di assistere al paradosso che per proteggere il minore dal trattamento dei suoi dati (unitamente ad altri pericoli) si è costretti ad immettere più dati personali, dei genitori». In relazione all'espressione del consenso e all'imputabilità della volontà afferma che «Il nodo cruciale, dopo la corretta identificazione del minore nell'accesso a beni o servizi, è rappresentato, per quei servizi che comportano una durata nell'utilizzo, dallo sviluppo di tecnologie di navigazione/impiego protetti sempre più intelligenti. Per entrambe le problematiche evidenziate, parrebbe allora che la soluzione risieda nelle leggi dell'informatica o della tecnologia. Lo sviluppo tecnologico, però, può essere visto non solo come una corrente a-direzionale, ma come un flusso che deve essere guidato da strumenti normativi. Lo si è visto nell'applicazione del principio della privacy by design<sup>61</sup>, che nel caso del consenso privacy digitale, è il criterio per definire le modalità di prestazione e di controllo del consenso medesimo. Nello spazio giuridico europeo, tale principio può essere specificato in strumenti di soft law per meglio orientare i titolari di trattamento, state il principio dell'accountability a loro carico. Esso rappresenta l'alternativa europea alla specificazione da parte dell'hard law delle tecnologie adottabili, com'è nell'esperienza statunitense in tema di verifica del consenso digitale».

## 6. QUALI RIMEDI ESPERIBILI?

Uno dei caratteri degli *smart contracts* esposti all'interno di questo capitolo è sicuramente l'esecuzione automatizzata, per la quale si è sottolineato quanto questa sia un vantaggio in termini di abbattimento di costi di intermediazione per le parti.

Tuttavia, bisogna osservare come questa caratteristica abbia come risultato l'incapacità di esercizio degli strumenti posti per l'autotutela, per cui la parte contraente può esercitare rimedi «successivi e ripristinatori»<sup>50</sup>.

Si badi, inoltre, che se proprio l'automaticità è un vantaggio in termini di eliminazione dell'inadempimento contrattuale, per convesso non permette al debitore di poter agire per autotutela o comunque il diritto a porte richiedere una «rimodulazione equitativa della prestazione dovuta»<sup>51</sup>.

Nel caso in cui insorga l'inadempimento, autorevole dottrina indica che non vi è alcun motivo per vietare l'obbligo nascente in capo ai contraenti di stipulare uno *smart contract*, infatti, in tale ipotesi, questo non osta all'applicazione dell'Art. 2932 c.c.<sup>52</sup>. Per giunta, le parti sebbene obbligate alla stipula di un contratto avente la veste di uno *smart contract*, possono sempre adire il giudice per dirimere la controversia nascente dal rapporto intercorrente tra le parti, da quale potranno ottenere un provvedimento che produrrà gli effetti richiesti secondo il principio del *tantum devolutum quantum appellatum*<sup>53</sup>.

Ulteriormente, vi è da aggiungere un ulteriore aspetto. Precedentemente si è affermato che questa tipologia di contratti possono essere adoperati sia in ambito Business to Business, sia in caso di Business to Consumer. Ecco, nel caso dei rimedi, i problemi nascono proprio in riferimento a questi ultimi.

<sup>50</sup> Sul punto v. A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti, esigenze di regolazione*, per cui «Una gestione automatizzata del contratto comporta, però, l'impossibilità di avvalersi degli ordinari strumenti di autotutela (ad es. sospensione dell'esecuzione della prestazione, ex art. 1461 cod. civ.), venendosi, così, a creare una condizione simile, sia pur in termini fattuali e non giuridici, a quella derivante da una clausola solve et repete che costringe le parti a fare affidamento solo su rimedi successivi e ripristinatori[73]. È, cioè, configurabile solo un intervento successivo che sia correttivo dell'effetto automaticamente prodottosi, volto a ripristinare la situazione antecedente attraverso restituzioni reciproche. Sebbene, infatti, l'esecuzione del contratto artificiale sia sottratta alla libertà delle parti, non possono certo escludersi contestazioni circa l'esattezza dell'adempimento. Ciò significa che, mentre nel classico rapporto contrattuale ciascuna parte, seppur vincolata dalle obbligazioni contratte verso l'altra, resta comunque libera di non dare seguito a quanto pattuito e di decidere, così, di sopportare le conseguenze negative del proprio inadempimento, nel contratto artificiale, invece, i contraenti non hanno più alcun ruolo nella gestione dell'adempimento che, dunque, non dipende più da una scelta del debitore».

<sup>51</sup> Di questo avviso v. S. A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, per cui «[...] il dato dell'automaticità del funzionamento introduce una significativa rigidità che gioca a discapito dell'appel per lo smart contract e che potrebbe — fintantoché non siano implementati sistemi «intelligenti» di valutazione delle circostanze di fatto e dei comportamenti umani — limitarne il perimetro di utilizzo alle sole categorie di transazioni più semplici e destrutturate. Inoltre, se è vero che l'automaticità di esecuzione elimina per il creditore il costo insito nel rischio di inadempimento, parallelamente priva il debitore sia dell'opportunità di

*esercitare in autotutela i rimedi previsti in caso di inadempimento altrui o di modifica dell'originario equilibrio del sinallagma (29), sia del diritto ad ottenere in via giudiziaria una rimodulazione equitativa della prestazione dovuta, sia infine della chance di ricorrere al cd. inadempimento efficiente tutte le volte in cui — insegnano gli studi di analisi economica del diritto — risulti Pareto-efficiente non adempiere all'obbligazione e risarcire il danno».*

<sup>52</sup> Ex Art. 2932 c.c., rubricato Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, e collocato nel Libro VI, Capo II, Sezione II, recita «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso [250, 651, 849, 1032, 1351, 1679, 1706, co. 2, 2597, 2643 n. 14, 2645 -bis, 2652 n. 2, 2690, 2775 -bis, 2825 bis, 2908]. Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione [1208 ss.] o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

<sup>53</sup> Sul punto v. S. A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in cui l'autore afferma che «Non ravvedo motivi per ritenere vietato che le parti si obbligino a stipulare uno smart contract. Qualcuno potrebbe forse sollevare dubbi in relazione ai rimedi in caso di inadempimento, ed in specie all'esperibilità dell'azione di cui all'art. 2932 c.c.; a ben osservare, però, la circostanza che le parti si siano impegnate a concludere un certo contratto in modalità smart non impedisce il ricorso al giudice, che d'altronde è volto ad ottenere non la stipulazione di quel contratto bensì un provvedimento che ne produca solo gli effetti».



Infatti, si pensi a casi in cui una delle parti decida di recedere dal contratto. Cosa accadrebbe? Ex Art. 52, co. 1 del codice del consumo « il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 56, co. 2, e all'articolo 57». Effettuando il combinato disposto con l'Art. 59, co.1, lett. O)<sup>54</sup> ne consegue che il diritto di recesso è escluso, però, se attiene ad un contratto avente ad oggetto un bene digitale distribuito attraverso un «supporto non materiale», in quanto con l'esecuzione si evince la volontà di accettazione dell'accordo e, quindi, il contraente perde il diritto di esercitare il recesso.

Nondimeno, sembra essere chiaro che la struttura degli *smart contract* non ha precisamente le stesse caratteristiche proprie della conclusione di un contratto tipico, per cui parlare di accordo espresso del contraente e la relativa accettazione, risulta essere quantomeno difficile da rinvenire. Come se ciò non

bastasse, ci sono altre problematiche relative all'applicazione della norma *hic et nunc*.

In dottrina sono state vagliate alcune ipotesi, come quella di dotare il sistema dello *smart contract* di una stringa di codice per cui questo sia capace di accertare la volontà della parte di recedere e avviare così il processo di «retrocessione». Per quanto innovativo, però, siffatto sistema comporterebbe non poche problematiche, prima fra tutte, l'abbattimento della certezza dell'esecuzione di cui sono dotati gli *smart contract*<sup>55</sup>.

Per quanto attiene, piuttosto, alla via giurisdizionale, sembrerebbe possibile instaurare una causa innanzi al giudice, ma solo in una fase successiva all'adempimento, per cui si andranno ad analizzare le «condizioni di validità ed efficacia» del contratto, non tanto l'invalidità del contratto o della presenza di errori nel processo di esecuzione dello *smart contract*. La soluzione proposta, in questo caso, dalla dottrina è quella di intervenire direttamente sulla *blockchain*, andando a modificare i blocchi ma, seppur già utilizzata in passato, si riscontra il reale rischio di bloccare interi procedimenti<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Ex Art. 59, co.1, lett. O), Cod. Consumo, rubricato eccezioni al diritto di recesso, afferma che «Il diritto di recesso di cui agli articoli da 52 a 58 per i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali è escluso relativamente a: [...] o) la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso».

<sup>55</sup> M. MAUGERI, *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, p. 35 ss., in cui si afferma che «Astrattamente si potrebbe immaginare di dotare lo Smart Contract di un meccanismo idoneo a consentire, attraverso un oracolo esterno, di accertare la volontà di recedere del consumatore e di inviare l'input di retrocessione (sempreché le utilità non risultassero già trasferite ad altri). Si tratterebbe, però, di un rimedio eccessivamente farraginoso con riferimento a quel sistema, un rimedio non gratuito, e non in linea con l'esigenza a cui rispondono gli Smart Contracts, che è quello della certezza dell'esecuzione. Con riferimento al profilo considerato sembra, per tanto, troppo "invasiva" la richiesta del Parlamento Europeo, contenuta nella Risoluzione, di prevedere «misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione». In altre parole, l'obbligo allo stato esiste, non operando per le ragioni dette l'esenzione, ma è un obbligo distonico rispetto al modello di funzionamento dello Smart Contract e alle ragioni

*per cui anche i consumatori decidono di utilizzare le nuove tecnologie [...] Resterebbe sempre la possibilità per il consumatore di far valere il rimedio al di fuori della Blockchain o della DLT. Verrebbe, però, per un verso, meno l'efficacia di un rimedio, il recesso, pensato anche per evitare di far gravare sul consumatore l'obbligo di adempiere e, per altro verso, proprio perché sarebbe difficile acquisire all'interno di uno Smart Contract l'accordo espresso del consumatore e la sua accettazione relativa alla perdita del diritto di recesso, il rimedio risulterebbe eccessivamente gravoso con riferimento alla fornitura eseguita di un contenuto digitale mediante un supporto non materiale. Il recesso, si rivela, in altre parole, con riferimento agli Smart Contracts, un rimedio al contempo depotenziato e gravoso. Si potrebbe, dunque, immaginare, con riferimento alla conclusione del contratto attraverso l'uso di queste nuove tecnologie, di modificare la disciplina, eliminando quanto meno il c.d. recesso di pentimento».*

<sup>56</sup> Sul punto v. V. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, afferma che «L'intervento della tutela giudiziale non è tuttavia del tutto precluso, ma potrà porsi in un momento successivo all'adempimento, in cui verranno eventualmente verificate, se controverso, le condizioni di validità ed efficacia del contratto, non potendo neanche l'invalidità contrattuale, o la presenza di errori di sistema nell'esecuzione informatica, fermare l'esecuzione automatica delle prestazioni previste. La valutazione giudiziale, quindi, non viene eliminata, ma, richiamando ancora la clausola "solve et répete", un po' come avviene in presenza di quest'ultima, o

Altra dottrina, concludendo, propende nel suggerire che nei contratti a prestazioni corrispettive, i caratteri dell'irreversibilità e dell'automaticità non configurano la non applicabilità della risoluzione di adempimento, in quanto questa permetterebbe di poter agire attraverso rimedi restitutori, consentendo allo stesso tempo di adempiere ad una prestazione da eseguire in forma specifica o equivalente.

Questo risulta essere possibile proprio perché nella stringa di codice che compone lo *smart contract* può essere inserite diverse variabili adoperando il noto algoritmo “*if this, then that*”<sup>57</sup>.

---

anche di contratti di garanzia a prima richiesta, eventualmente segue l'adempimento della prestazione. Si realizza così una inversione del tradizionale paradigma contrattuale, garantendo innanzitutto l'esecuzione del contratto e riservando ad un momento successivo ogni sindacato sul rapporto (ormai già) eseguito. Ciò potrebbe dare luogo alla necessità di ristabilire lo status quo ante. A tale proposito una soluzione potrebbe essere quella di intervenire direttamente sulla catena di blocchi, per invertire l'ordine di quanto già (indebitamente) eseguito. Un tale intervento, tuttavia, se non impossibile ed anzi già sperimentato, sconta, come è stato evidenziato, grandissime difficoltà tecniche, ma anche ideali, di realizzazione. Non resterebbero allora che i rimedi tradizionali, le restituzioni e i risarcimenti, con tutti i conseguenti rischi. Certo, il sistema si apprezza principalmente per il suo superare il contenzioso legato all'inadempimento, il che potrebbe essere compromesso dall'ipotizzato intervento giudiziale a posteriori; tuttavia, si tratta di un intervento non eliminabile, che costituisce una basilare garanzia e una tutela per le parti e che peraltro si ipotizza di potere contenere a casi eccezionali e destinati ad essere sempre più rari con il progredire della tecnologia in esame (e, quindi, il diminuire dei possibili malfunzionamenti, errori del codice, cattiva trasposizione della volontà delle parti ecc.). Inoltre, continua dicendo che «Secondo un orientamento giurisprudenziale sempre più diffuso nel nostro ordinamento, difatti, anche un'esecuzione aderente a quanto previsto nel contratto potrebbe costituire, nel singolo caso concreto, un inadempimento, perché contraria al canone generale di buona fede che presiede sempre all'esecuzione di tutti i contratti in virtù dell'art. 1375 c.c.125, con parallela sempre maggiore valorizzazione del potere del giudice di intervenire equitativamente sul contenuto contrattuale, ai fini di sindacarne lo stesso equilibrio<sup>126</sup>. Il funzionamento dello *smart contract* non consente che valutazioni siffatte possano essere compiute prima dell'adempimento, che è appunto automatico, ma al contempo non impedisce che tali questioni possano successivamente comunque costituire oggetto di tutela giudiziale, attraverso i rimedi tradizionali, conducendo eventualmente ad obblighi di restituzione di prestazioni già eseguite<sup>127</sup>. Il

## 7. IL CASE STUDY: COMPRAMI IO TI POSSO FAR SUPERARE IL LIVELLO!

Giunti al termine di questa analisi, potrebbe essere lecito domandarsi se un minore può realizzare l'acquisto di un bene o di un servizio tramite uno *smart contract*; ebbene, in questa sede si proveranno a fornire alcune delucidazioni in merito al quesito, o quantomeno a dettare i profili di criticità della fattispecie.

Prima di continuare, però, è bene soffermarsi su alcune questioni preliminari, in primo luogo, bisogna capire se esistono o possano esistere casistiche di questo tipo. A ben vedere, la risposta non può che essere affermativa; infatti, se c'è un terreno

sindacato del giudice ed il suo intervento correttivo ispirato ai principi di buona fede, correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, sono sempre possibili [...].».

<sup>57</sup> Sul punto M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, in *Jus Civile*, Giappichelli, 2022, p. 856 ss., in cui «L'irreversibilità delle transazioni effettuate mediante *smart contract* e l'automaticità dell'adempimento che si realizza a prescindere da un comportamento delle parti, non osta alla possibilità di prevedere, nei contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione per inadempimento. La fattispecie si presta alla collaborazione di una *library* (contenitore) di “variabili” che corrispondono a particolari “clausole contrattuali”. In questo caso la *library* può individuare i casi di inadempimento scritti su misura dello *smart contract*. Se la fattispecie di inadempimento risulta tra quelle comprese nella *library* e non ricade tra quelle pre-considerate di scarsa importanza (art. 1455 cod. civ.), essa è utilizzabile per attivare le conseguenze derivanti dall'inadempimento. Infatti, con l'algoritmo ... *if* ... *then* ... (se le variabili sono contenute nella *library* ... allora ...) è possibile prevedere, così come disposto dall'art. 1453 cod. civ., l'alternativa tra la scelta dell'adempimento e della risoluzione, o il blocco della possibilità di chiedere l'adempimento una volta che sia stata chiesta la risoluzione del contratto, o l'impossibilità di adempiere dopo la domanda di risoluzione. Anche il risarcimento del danno potrà essere integrato con tali mezzi: si pensi alla stipulazione di una clausola penale (art. 1382 cod. civ.) ed alla possibilità di ridurla se l'obbligazione principale sia stata in parte eseguita (art. 1384 cod. civ.), o alla individuazione di somme messe a disposizione (in riserva di eventuali danni) che possano essere liberate una volta che il sistema abbia accertato il diritto della parte ad ottenerle». Aggiunge in nota 135, che «Ciò permetterebbe alle parti di esperire rimedi di carattere restitutorio, adempiendo cioè ad una prestazione da eseguire in forma specifica o per equivalente, ove ciò sia possibile. Nel caso di prestazioni infungibili, la parte adempiente dovrebbe poter accedere alla chiave privata della controparte oppure alla password del computer in cui è conservata».



in comune tra minori e acquisti online, quale esempio migliore se non i *videogames*?

Partendo dal presupposto che le recenti notizie dal mondo rilevano la diffusione e l'entità del fenomeno<sup>58</sup>, sono proprio i videogiochi ad essere terreno fertile per la nascita di casistiche relative al tema trattato fin ora.

Il principale motore di interesse verso queste forme di intrattenimento è l'aspetto della socialità, che nel gioco è ancor più accentuata dai ruoli e dal raggiungimento in comune di obiettivi assegnati ai giocatori. Fin dall'introduzione della modalità multiplayer, il gioco di ruolo permette a chi vi partecipa di mettersi in contatto con altri players provenienti dalle località più remote<sup>59</sup>.

Per attirare ancora di più l'attenzione dell'utente e fidelizzarlo, la maggior parte dei software ad oggi sono passati dall'essere basati su un modello *Pay-to-Play* – per i quali l'utente una volta acquistato poteva scaricarlo sulla consolle e poi giocarci –, ad un modello *Free-to-Play* (o anche detti Freemium) permettono agli utenti di scaricare gratuitamente il gioco, ma per proseguire l'esperienza di gioco è necessario – o quanto meno suggerito “vivamente” –

di acquistare beni in app o la sottoscrizione di un abbonamento.

Proprio questo è l'aspetto sul quale possono nascere le prime controversie, proprio perché i videogames non sono solo per i soggetti maggiorenni, e che per tale ragione possono realizzare la transazione in quanto viene riconosciuta la capacità di contrarre.

Con l'introduzione anche nel mondo gaming degli *smart contract* e delle *blockchain*, gli interrogativi che si aprono sono ancora più numerosi e proprio per tale ragione si proverà nelle seguenti pagine e segnare quelli che sono i profili problematici più interessanti.

Primo fra tutti, il problema delle micro-transazioni che avvengono nei videogiochi e per le quali una, seppur minima, parte sono state eseguite inavvertitamente, a causa dell'ingenuità del *gamer* minore d'età. Tutto ciò si aggrava tenendo conto del fatto che in alcuni casi il costo complessivo risulta essere estremamente alto<sup>60</sup>.

## 8. FORTNITE: COS'È E COME FUNZIONA

<sup>58</sup> Di poco tempo fa, una notizia proveniente dagli USA riportava il caso di una bambina di 5 anni che ha utilizzato il cellulare della madre per effettuare una serie di acquisti su di una nota piattaforma di e-commerce per un valore complessivo di oltre 2700 euro. La notizia è stata riportata da Sky TG 24, *Usa, bimba di 5 anni prende il cellulare della mamma e spende 3mila dollari in giocattoli*, <https://tg24.sky.it/mondo/2023/04/05/bambina-giocattoli-amazon-cellulare-mamma>, 2023

<sup>59</sup> In F. PANISI, *Da Dungeons & Dragons a Bitcoin e oltre. Nuove prospettive per i videogame nell'era della crypto-revolution*, in *Diritto industriale* (II), IPSOA, 2020, si afferma che «i videogame di ruolo si sviluppano in modo esponenziale anche, se non soprattutto, per via della sempre maggiore diffusione di personal computer e della creazione dei primi computer network, che, anticipando Internet, permettono a più utenti di connettersi contemporaneamente ad un unico computer centrale (c.d. server) e giocare gli uni con (o contro) gli altri. Ogni giocatore può esplorare e dirigersi nel mondo virtuale, incontrare e sconfiggere avversari, appropriarsi del loro bottino o guadagnare punti necessari per accedere al livello successivo e vivere esperienze sempre più entusiasmanti. [...] Grazie al supporto dell'IT, ai videogame di ruolo l'industria affianca ben presto videogame

*multi-player e social. Analogamente alla vita reale, in essi più giocatori possono svolgere molteplici attività, tra cui comunicare, interagire, collaborare o competere tra di loro per la realizzazione di qualcosa o il raggiungimento di certi obiettivi».*

<sup>60</sup> Si veda sul punto il documento della FEDERAL TRADE COMMISSION, *Apple Inc. Will Provide Full Consumer Refunds of At Least \$32.5 Million to Settle FTC Complaint It Charged for Kids' In-App Purchases Without Parental Consent*, [www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2014/01/apple-inc-will-provide-full-consumer-refunds-least-325-million-settle-ftc-complaint-it-charged-kids](http://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2014/01/apple-inc-will-provide-full-consumer-refunds-least-325-million-settle-ftc-complaint-it-charged-kids), 2014, in cui, a seguito di una class action sollevata dai genitori di minorenni che utilizzavano regolarmente le piattaforme di gioco, si contestava in primo luogo, la definizione poco chiara di questi giochi (in quanto Free-to-Play poteva essere inavvertitamente e ingenuamente percepito come gioco gratuito che non interessasse l'uso del denaro). In secondo luogo, i genitori eccepivano la spesa considerata eccessiva sull'App Store. In quella sede, la FTC stabilì che Apple era da ritenersi responsabile e tenuta ad un risarcimento quantificato in circa 32mln di dollari.



L'esempio più emblematico di game con acquisti in app è sicuramente *Fortnite*, gioco *Free-to-Play* sviluppato dalla casa *Epic Games* nel luglio del 2017.

Fin dall'uscita ha riscontrato ampio interesse tra i giovanissimi grazie alla grafica simile a quella di un cartone animato, alle modalità di gioco, che attualmente sono tre: "Salva Mondo", "Modalità Creativa" e "*Battle Royal*" – o "Battaglia Reale", e non da ultimo, le varie collaborazioni con diversi personaggi e aziende influenti nel mondo dell'entertainment<sup>61</sup>.

Ma se il gioco è – essenzialmente – gratuito e liberamente scaricabile su ogni piattaforma – dal PC alla *console* e addirittura sul telefono – come può resistere al tempo e al cambiamento incessante delle tendenze giovanili? Semplicemente con le micro-transazioni. Infatti, queste ultime hanno raggiunto in brevissimo tempo cifre altissime, con spese che si aggirano intorno ai due milioni di dollari al giorno<sup>62</sup>.

Il motivo di questi acquisti però, in alcuni casi, è puramente estetico, in quanto si tratta di accessori o configurazioni che possono essere utilizzate per abbellire il proprio personaggio<sup>63</sup>.

Prima di acquistare un *add-on*, l'utente deve convertire il denaro nella valuta del gioco, ossia i *V-bucks*, e a seconda della quantità prescelta, i costi vanno dai €9,99 fino a sfiorare i €100. Queste transazioni possono avvenire sulla piattaforma di *Epic*

*Games* o di chi eroga il gioco, nel caso in cui il gioco non fosse stato scaricato dal sito ma piuttosto da altri venditori autorizzati.

## 9. IL PROBLEMA DEGLI ACQUISTI IN-APP E L'INADEGUATEZZA DEI REMEDI NEL MONDO GAMING IN CASO DI D-APP

Il problema degli acquisti in *app*, prescinde, per certi versi dalla questione degli *smart contract*, in quanto il minore accede a una situazione di gioco, nel quale sono presumibilmente già inseriti i dati di pagamento di un genitore nell'account, e nel quale, con modalità più o meno accattivanti e persuasive, in un momento di minorità – e particolarmente vulnerabile, si voglia perché oggetti utili per accedere al passaggio successivo del videogame che lo ha particolarmente catturato o anche elementi puramente estetici per la personalizzazione del personaggio – gli viene proposto l'acquisto di un applicativo, di un *add-on*<sup>64</sup>.

In una realtà di servizio che, evolvendosi sempre di più, prevede il gaming decentrato, in cui l'acquisto viene effettuato con lo strumento dello *smart contract*, sorgono ulteriori problematiche.

Qui di seguito si provvederà alla disamina di alcuni aspetti.

<sup>61</sup> In uno dei forum creati dai fans del videogame si riportano collaborazioni del calibro di Marvel Entertainment, National Football League, Star Wars, DC Comics, Ghostbusters, Sony Interactive Entertainment, The Walking Dead, Neymar, NBA, LeBron James, Ferrari, Ariana Grande, ed altri. Fonte: [www.fortnite.fandom.com/it/wiki/Collaborazioni](http://www.fortnite.fandom.com/it/wiki/Collaborazioni)

<sup>62</sup> L. TRE, *Perché Fortnite sta cambiando le regole del gioco dell'industria del gaming*, in *Tecnologia*, in *Sole 24 Ore*, [www.ilssole24ore.com/art/perche-fortnite-sta-cambiando-regole-gioco-dell-industria-gaming--AEgnqrqE](http://www.ilssole24ore.com/art/perche-fortnite-sta-cambiando-regole-gioco-dell-industria-gaming--AEgnqrqE), 2018

<sup>63</sup> Nelle FAQ della piattaforma si legge, infatti, che «Per giocare alle modalità *Battaglia reale* o *Creativa* di *Fortnite* non è necessario acquistare alcun contenuto. Tutti gli acquisti sono facoltativi e forniscono vantaggi puramente cosmetici. Per giocare alla campagna della modalità *Salva*

*il Mondo* di *Fortnite* è necessario l'accesso attraverso alcuni acquisti in-app, come il *Pacchetto Lars* o il *Pacchetto Agente crociato*». Disponibile al link [store.epicgames.com/it/p/fortnite-faq](http://store.epicgames.com/it/p/fortnite-faq)

<sup>64</sup> In passato Facebook è stata ritenuta responsabile per essere a conoscenza della mole di acquisti effettuati dai minori sulla propria piattaforma, ma non essere mai intervenuta a riguardo. In HDBLOG.IT, *Facebook ha ignorato per anni il problema degli acquisti in-app fatti dai bambini*, [www.hdblog.it/2019/01/25/facebook-bambini-acquisti-in-app/](http://www.hdblog.it/2019/01/25/facebook-bambini-acquisti-in-app/), 2019. Ad aggravare la situazione, il fatto che i bambini, vista la loro innocenza e immaturità, non avevano coscienza del fatto che gli acquisti avvenissero utilizzando denaro e che i dati delle carte di credito o di debito intestate ai genitori fossero state registrate dalla piattaforma stessa.



## 10. ONERE PROBATORIO

In primo luogo, il primo problema da affrontare si riscontra nell'onere della prova, in quanto il genitore, o comunque il soggetto legittimato, deve provare che il minore si è trovato in questa situazione e che l'acquisto è stato effettuato da egli stesso.

Teoricamente, ciò, risulta essere una questione abbastanza immediata; tuttavia, nella realtà fattuale si riscontrano non poche problematiche, specialmente se facciamo riferimento a quelli che sono i contratti telematici, come potrebbe ben essere l'acquisto di un applicativo di un videogame. Questo, perché non viene sempre previsto un fattore di autenticazione dell'utente precedente all'acquisto; identità che viene ad ogni modo – per così dire – celata dal fatto di star stipulando il contratto dietro uno schermo.

Oltre a questo, si pensi anche alla società odierna, nella quale molto spesso, genitori e figli condividono la passione per le esperienze di gioco attraverso videogame, in alcuni casi documentati da sessioni di gioco in *live streaming*<sup>65</sup>. Come si potrebbe, quindi, provare con certezza che l'acquisto sia stato effettuato dal minore?

Se queste problematiche sorgono già con gli acquisti in-app, è presumibile ipotizzare che possano avere luogo anche nel caso dell'utilizzo delle *D-App*. A ciò, però si potrebbe obiettare che in quest'ultimo caso, le stesse *decentralised apps*, al momento dell'acquisto, richiedono un fattore di autenticazione – che potrebbe essere un codice pin, piuttosto che un dato biometrico – per cui l'onere della prova in tal senso risulterebbe essere agevolato. Al contrario, la fattispecie si complica. Benché l'utilizzo di

uno strumento di protezione possa essere un indice rilevante nel provare che l'acquisto sia fatto da tizio e non da caio, ben potrebbe essere configurabile l'ipotesi in cui il minore vada ad aggirare tali fattori di protezione, con l'ulteriore conseguenza, per il legittimato, di provare che il minore abbia posto in essere la condotta fraudolenta.

Su questo punto, nascono quindi ulteriori interrogativi, ai quali attualmente non c'è una risposta certa, né tantomeno una giusta o una sbagliata.

## 11. FORO COMPETENTE

Il secondo problema riscontrabile nella fattispecie ad oggetto dell'esame potrebbe essere la giurisdizione competente.

Nel caso degli acquisti online, infatti, potrebbe essere dubbia la competenza territoriale del giudice presso il quale proporre le eventuali azioni per l'annullamento del contratto telematico stipulato. Questo perché, a differenza dell'acquisto fisico, tutto avviene mediante server, spesso non localizzati nel territorio in cui avviene la stipula. Per cui si verificherebbe una situazione in cui il contratto viene stipulato in uno Stato ma la sede in cui sorge l'obbligazione non necessariamente corrisponde a quello in cui risiede il minore contraente.

La situazione potrebbe complicarsi con l'avvento delle *D-Apps*, in cui il servizio potrebbe essere decentrato o distribuito su più server, per cui la fattispecie sembrerebbe complicarsi ulteriormente.

Tuttavia, ben potrebbe ipotizzarsi il ricorso alla disciplina consumeristica, in cui, nel caso di contratti a distanza effettuati dal consumatore, il codice del consumo *ex Art. 66 -bis* afferma che «la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore,

---

<sup>65</sup> Si veda ad esempio la piattaforma Twitch nella quale ogni giorno conta più di 31 milioni di utenti attivi che registrano sessioni di live gaming o le seguono. Riguardo al caso di un

genitore che gioca con il proprio figlio, registrando il tutto sulla piattaforma, si segnala l'account "FatherSonGaming" che ad oggi è seguito da più di 256mila utenti.



se ubicati nel territorio dello Stato». Per cui, considerando il minore come un “piccolo” consumatore, deve presupporre che nel caso di acquisti in-app – e anche in *D-App*? – il foro competente sia quello dove risiede il minore consumatore.

## **12. LA VULNERABILITÀ DEL MINORE E LA RESPONSABILITÀ DELLA PIATTAFORMA. POSSIBILE L'APPLICAZIONE DEI NORMALI RIMEDI?**

Nella maggior parte degli acquisti online, tra il venditore e l'acquirente si interpone un'ulteriore figura, quella dell'intermediario. A quest'ultima sono legate una serie di garanzie per il corretto funzionamento del mercato, per cui svolgono un controllo sulle pratiche commerciali poste in essere dai venditori, tutelando il consumatore da pratiche commerciali potenzialmente scorrette. Per tale motivo la presenza di una figura come questa risulta essere una tutela da ambo le parti nel caso di contratti B2C.

In riferimento all'oggetto in esame, in caso di acquisto in-app sulla piattaforma di gioco Fortnite, la figura dell'intermediario è data dalla casa di produzione *Epic Games*, o, comunque, dai marketplaces dai quali è stato scaricato il *videogame* (es. *Google Play Store*, *App Store*, ecc.)

Laddove il videogioco proponesse l'acquisto attraverso uno *smart contract* interno all'app, bisogna tenere in considerazione, in primo luogo, della pluralità di servizi (distribuiti, decentrati, disintermediati, ecc.) online che si basano su rete *blockchain*, o comunque DLT. Questi ben possono essere rappresentate da applicazioni decentrate (*D-Apps*), in

cui sono presenti certamente delle condizioni generali di servizio.

Non da ultimo, già si riscontra, inevitabilmente, un problema di vulnerabilità del minore in contesti online dove è previsto l'intermediario, proprietario e responsabile della piattaforma. Si può quindi ben immaginare che sorgano nuove problematiche in situazioni in cui il terzo scompare e, in sostituzione, vi è la completa e pura disintermediazione, situazione aggravata dall'anonimato garantito alle parti – che sono ignote l'un l'altra –.

Per cui vi è un problema, infatti, i minori sono particolarmente vulnerabili già in un sistema di gaming con piattaforma con un terzo intermediario. Se invece, andiamo sul gaming decentralizzato, le *D-Apps*, non c'è neppure il terzo intermediario, che può essere oggetto di una politica di livello europeo che impone una serie di garanzie.

In tal senso il minore si ritrova ad essere completamente sguarnito di tutele, in mancanza di una disciplina che imponga, ad esempio, la pre-identificazione delle parti in modo obbligato.

Trovare la soluzione non è facile, perché se per certi versi potrebbe immaginarsi una responsabilità “della rete”<sup>66</sup>, che farebbe poi ricadere tale elemento sul creatore della piattaforma, tale tesi non pare convincente, perché per imputare una responsabilità si necessita di una forma di signoria sul funzionamento e, anche, il guadagno.

In tal modo è possibile attribuire una responsabilità in termini economici, in presenza di strumenti che possono essere presupposto per l'applicazione di una sanzione. Per cui, a livello di principio, la tesi non potrebbe funzionare.

Il problema che si pone diventa, quindi, legato al fatto che mancando uno schema preciso, anche l'elaborazione di una politica europea che voglia imporre delle misure risulterebbe problematica.

<sup>66</sup> Di questo avviso, L. BUONANNO, *Civil Liability in the Era of New Technology: The Influence of Blockchain. Blockchain as the*

*Backbone of a New Technology-based Civil Liability Regime*, in *European Law Institute*, 2019.

In tal senso i rimedi classici risultano essere difficilmente efficaci, perché bisognerebbe prima identificare la controparte, poi citarla in giudizio. Si aggiungono la questione di giurisdizione e la legge applicabile, in quanto i criteri di collegamento (per territorio) attuali non possono essere applicati e applicabili alla fattispecie – infatti, non è possibile rinvenire il luogo in cui si è formato il contratto nel caso di *smart contract* basato su *blockchain* globale –.



## MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO, LEASING DOPPIAMENTE INDICIZZATO E ASSUNZIONE DI UN'ALEA RAZIONALE

di **Francesco MARZIANI\***

### ABSTRACT

*Il contributo ha una duplice finalità: tornare sul concetto di meritevolezza del contratto alla luce dell'utilizzo che di recente ne è stato fatto dalla Corte di Cassazione a Sez. Un., nella sentenza del 23 febbraio 2023, n. 5657 e, in seguito, porre in rapporto le conclusioni cui essa giunge con i principi in precedenza affermati con la sentenza del 12 maggio 2020, n. 8770. Sotto il primo profilo, si riassumeranno in due principali filoni interpretativi le diverse tesi proposte in dottrina sulla nozione di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., così da individuare quale sia la reale impostazione seguita dalla giurisprudenza di legittimità. Sul piano dei rapporti con il precedente in materia di Interest Rate Swap, invece, s'intende evidenziare una colpevole trascuranza nell'ignorare (o comunque omettere di confrontarsi con) il requisito della razionalità dell'alea.*

### SOMMARIO

- 1. La meritevolezza come clausola propulsiva dell'autonomia privata ...57**
- 2. La meritevolezza in senso propulsivo nella giurisprudenza .....59**
- 3. La meritevolezza come strumento di controllo degli atti di autonomia privata .....62**
- 4. La decisione delle sezioni unite sul leasing doppiamente indicizzato ..... 63**

## 5. Riflessioni sui criteri di qualificazione giuridica del contratto e (in)validità del leasing con doppia indicizzazione ..... 66

### 1. LA MERITEVOLEZZA COME CLAUSOLA PROPULSIVA DELL'AUTONOMIA PRIVATA

Il concetto di meritevolezza del contratto, com'è noto, è previsto dall'art. 1322, comma 2 c.c., che subordina la creazione di contratti atipici alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La meritevolezza funge da filtro di ammissibilità di modelli contrattuali per i quali non opera alcun previo apprezzamento valoriale da parte del legislatore.

Storicamente, la clausola di meritevolezza nasce dall'esigenza di salvaguardare il regime totalitario e assecondare il dirigismo economico del periodo senza comprimere radicalmente gli spazi di autonomia privata<sup>1</sup>; tuttavia, l'avvento della Costituzione non poteva lasciare immutato l'intendimento che della meritevolezza si aveva nell'epoca fascista: così, nel tempo, si sono susseguite diverse interpretazioni volte ad adeguarne il contenuto in senso conforme ai principi che ispirano l'attuale ordinamento.

\* Diplomato presso la S.S.P.L. "A. Galati" del dipartimento di Giurisprudenza presso l'Università di Catania.

<sup>1</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 3, in cui l'A. evidenzia come "il giudizio di meritevolezza doveva fungere da filtro che impedisse la giuridificazione delle convenzioni private lecite,

ma insignificanti o irrilevanti per lo svolgersi della vita economica dello Stato. In questo modo si intendeva raggiungere un compromesso tra tradizione liberale ed ideologia fascista: salvare la autonomia privata e funzionalizzare gli interessi individuali".



Le più varie opinioni espresse sul punto, in realtà, possono sinteticamente ricondursi a due principali correnti di pensiero.

Una prima impostazione, definibile antiliberista e sostanzialmente abrogatrice della disposizione, riteneva che la meritevolezza coincidesse e si esaurisse nel giudizio di illiceità del contratto (art. 1343 c.c.), rinvenendo in tale clausola un'ulteriore e superflua porta d'ingresso ai limiti dell'ordine pubblico e del buon costume<sup>2</sup>. L'idea della (im)meritevolezza come controllo negativo (o patologia) del contratto muoveva dall'intento di rifuggire dal pensiero bettiano che, in fedele ossequio al dettato della Relazione al codice del 42', sottoponeva i contratti atipici ad un giudizio ulteriore a quello di illiceità, espressione della conformità del contratto al requisito dell'utilità sociale<sup>3</sup>. Tuttavia, è proprio la radice storica della tesi esposta che, prima di ogni altro argomento, ne svela l'erroneità e pone le basi per il suo superamento.

Nell'impostazione bettiana illiceità e meritevolezza sono concetti ben distinti tra loro: mentre al primo corrisponde un giudizio negativo che occupa lo spazio dei divieti, il secondo si traduce nella libertà dei privati di adottare il modello contrattuale più confacente ai propri interessi negoziali. L'autore, quindi, individuava nella meritevolezza un predicato (e non un limite) dell'autonomia privata<sup>4</sup>; solo che nel momento in cui doveva individuarne il

contenuto finiva per ancorarla all'utilità sociale del contratto.

Si è detto "inevitabilmente" perché la tesi esposta - come del resto le teorie post-bettiane sulla meritevolezza del contratto - non poteva non risentire del contesto storico di riferimento (che, appunto, funzionalizzava l'autonomia privata alla realizzazione di interessi statali): è nella storicità del problema - favorita dall'impiego di una tecnica normativa per clausole generali - che si annida ciò che un'autorevole dottrina ha definito "*il peccato originale del giudizio di meritevolezza*"<sup>5</sup>, consistente nell'intendimento di essa come un limite di carattere negativo alla libera esplicazione dell'autonomia privata.

La meritevolezza, al contrario, va intesa in senso positivo, come predicato dell'autonomia privata, non come giudizio di valore teso a ridurre l'estensione del potere di autonomia contrattuale. Ed infatti, già sul piano letterale, la *meritevolezza*, a differenza della *illiceità*, è declinata terminologicamente in positivo. Inoltre, con riferimento alla collocazione sistematica, mentre l'area occupata dall'illiceità del contratto o di uno dei suoi elementi (artt. 1343 e 1418 c.c.) interseca quella della sanzione di nullità, gli interessi meritevoli di tutela compaiono in una disposizione (l'art. 1322 c.c.) espressamente dedicata all'autonomia contrattuale e segnano il campo entro cui essa può spaziare al di là dei confini tracciati dai contratti tipici<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Di questa corrente di pensiero si segnalano, tra le più autorevoli, le riflessioni di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, pp. 199-227 e F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 13.

<sup>3</sup> Ci si riferisce all'illustre opera di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa, Napoli, 1994, dove l'A. afferma (p. 107) che "*la liceità è condizione necessaria ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere ad un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione di interesse sociale che solo il diritto - attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza [...] - è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela*".

<sup>4</sup> E. BETTI, *op. cit.*, p. 323 e ss.: "*negli atti di autonomia privata l'iniziativa individuale è libera di perseguire ogni interesse socialmente apprezzabile, di tal natura da richiedere e meritare la tutela giuridica secondo le vedute generali della coscienza sociale quali si rispecchiano nell'ordinamento*".

<sup>5</sup> Si tratta della definizione fornita da M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Vol. 59, n. 6/2011, p. 790.

<sup>6</sup> L'espressione "spaziare" compare anche nella Relazione al codice civile del 1942, n. 603: "*Il nuovo codice non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di "spaziare" in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia*

La meritevolezza del contratto, in conclusione, contrassegna l'idoneità di un dato atto negoziale alla creazione di vincoli contrattuali atipici.

Il contenuto della meritevolezza, peraltro, non coincide affatto con i limiti imperativi operanti nel giudizio di illiceità. Nell'ordinamento giuridico attuale, infatti, l'autonomia privata, ancorché non espressamente menzionata dalla Costituzione, è in rapporto di implicazione necessaria con gli artt. 2 e 41 Cost., stagliandosi come un corollario della libertà di autodeterminazione degli individui nei rapporti economici e personali. In questi termini, dunque, l'interesse meritevole di tutela non può che ravvisarsi nell'interesse all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), e tale interesse dovrà ritenersi sufficiente per il riconoscimento di contratti atipici ogniqualvolta non contrasti con l'utilità sociale<sup>7</sup>. Il contratto atipico è quindi meritevole di tutela quando realizza nuove esigenze del mercato, dell'economia moderna, per le quali sono insufficienti gli strumenti già noti e purché non si rinvergano limiti assiologici di pari rango.

Annettere alla meritevolezza il significato di predicato dell'autonomia privata, infatti, non significa riconoscere l'arbitrio. Se la meritevolezza si riflette nell'esigenza di individuare nuovi strumenti negoziali in vista del perseguimento di valori

fondamentali dell'ordinamento, allora in quegli stessi valori dell'ordinamento l'autonomia privata trova il proprio limite. Ciò che si spiega anche per l'elementare principio, più volte affermato dalla Corte Costituzionale<sup>8</sup>, per cui non possono riconoscersi diritti tiranni.

Alla tesi della meritevolezza del contratto come predicato dell'autonomia privata presta adesione, almeno in linea di principio, anche la giurisprudenza di legittimità (la quale, invero, si è sempre allineata alle interpretazioni invalse in dottrina in un dato momento storico), seppure persista ancora in certi casi la tendenza a declinare tale concetto come strumento di controllo degli atti negoziali. Una rapida analisi casistica può aiutare a comprendere l'utilizzo pratico della meritevolezza, nonché ad introdurre la specifica disamina della recente sentenza sul leasing doppiamente indicizzato.

## 2. LA MERITEVOLEZZA IN SENSO PROPULSIVO NELLA GIURISPRUDENZA

La meritevolezza intesa come predicato dell'autonomia privata consente che un contratto o un negozio atipico deroghi a norme generali di rango ordinario in vista della realizzazione di principi generali dell'ordinamento<sup>9</sup>.

---

*nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico*". Si evidenzia, altresì, che il Guardasigilli subordina la rilevanza giuridica del contratto concluso all'esistenza di uno scopo pratico "ammesso" dalla coscienza civile, dall'economia nazionale (ecc.); non ad uno scopo pratico "non vietato" dagli stessi riferimenti assiologici.

<sup>7</sup> Cfr. M. C. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 436.

<sup>8</sup> Fra le altre, v. Corte Cost. n. 85/2013, n. 264/2012 e n. 63/2016, nelle quali si evidenzia costantemente l'esigenza di bilanciamento tra situazioni giuridiche di rango fondamentale: "per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Il bilanciamento deve perciò rispondere a criteri di

proporzionalità e ragionevolezza, in modo da non consentire la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, sì da garantire sempre una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati.

<sup>9</sup> Sul punto si veda M. BIANCA, *op. cit.*, p. 811. Consapevole della complessità del tema, sulla distinzione tra norme e principi mi sia consentito rinviare a E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFO', Milano, 1990, p. 841 e ss.: "come dai principi generali non si possono ricavare a priori, per semplice deduzione, le disposizioni particolari che risolvono problemi pratici e contingenti, così dalle sole disposizioni particolari non è dato ricavare, per induzione, una cognizione adeguata di quei principi". O ancora, un'efficace rappresentazione della distinzione è offerta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149: "alle regole si ubbidisce, e perciò è



Questa è la prospettiva che, in numerosi precedenti giurisprudenziali, viene adottata per ammettere contratti o negozi atipici nell'ambito di settori del diritto civile che, almeno tendenzialmente, comprimono l'autonomia privata entro spazi angusti.

Una prima classe di casi si registra in materia di famiglia. La Corte di Cassazione, con una recente sentenza<sup>10</sup>, ha riconosciuto la possibilità per i coniugi di inserire negli accordi di definizione della crisi coniugale pattuizioni volte alla produzione di effetti immediatamente traslativi di diritti reali immobiliari. Muovendo dalla distinzione tra contenuto essenziale e contenuto eventuale di questi accordi, è stato scardinato l'orientamento negativo che si appuntava sulla loro stretta tipicità per affermarne, al contrario, la riconducibilità alla disposizione dell'art. 1322, comma 2, c.c. Per questa via, si è di conseguenza affermato che l'impegno contrattuale ad effetti immediatamente traslativi di un diritto reale immobiliare a favore dell'altro coniuge persegue interessi meritevoli di tutela, in quanto consente una più celere definizione della crisi familiare ed evita la potenziale insorgenza di ulteriori

conflitti tra i consorti connessi all'adempimento (cronologicamente successivo) di una prestazione di contrarre di natura meramente obbligatoria<sup>11</sup>.

Sempre nell'ambito del diritto di famiglia, la valorizzazione della clausola di meritevolezza degli interessi da tutelare ha condotto la giurisprudenza, sebbene in precedenti piuttosto risalenti<sup>12</sup>, ad ammettere che il regime patrimoniale c.d. secondario della famiglia possa essere regolato dai coniugi mediante convenzioni matrimoniali atipiche.

Infine, benché l'orientamento prevalente aderisca ancora alla soluzione contraria, almeno in un caso la giurisprudenza di legittimità<sup>13</sup> ha riconosciuto la validità ed efficacia dei patti prematrimoniali in vista della separazione o del divorzio (cc.dd. *preuptial agreements*).

Con la valorizzazione dell'autonomia privata si è avviato, anche in altri campi del diritto civile, un processo di progressiva relativizzazione di alcuni principi tradizionalmente posti ad ostacolo alla stipulazione di negozi atipici.

La meritevolezza degli interessi da tutelare è asurta a grimaldello per scalfire i dogmi della responsabilità patrimoniale generica del debitore (art.

---

*importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono; ai principi si aderisce e perciò è importante comprendere il mondo dei valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione*".

<sup>10</sup> Si tratta della sentenza resa da Cass. Civ., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 2176, alla quale si rinvia anche per le questioni sulla trascrivibilità del verbale d'udienza e sull'ambito di applicabilità della nullità c.d. urbanistica.

<sup>11</sup> In dottrina questa conclusione era già stata auspicata da tempo. Per una visione sistematica dell'argomento si rinvia a G. GABRIELLI, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in *Studium Iuris*, 2008, pp. 917 e ss.; In argomento, A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, 43 e ss.; F. SANTORO - PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. Giur.*, 1945, pp. 3 e ss., ora in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pp. 381 e ss.; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *Contratti*, 2014, pp. 582 e ss. Per lo specifico tema dei trasferimenti immobiliari tra coniugi si veda V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, in *Fam. e dir.*, 1994, pp. 139 e ss.

<sup>12</sup> La Suprema Corte, con le sentenze nn. 2309/1973 e 3111/1969, ha riconosciuto che gli sposi, come possono liberamente scegliere fra gli istituti previsti dalla legge circa il regime patrimoniale della famiglia, così possono apportare deroghe ai tipi del codice, purché le modificazioni o variazioni non contrastino con la natura del regime adottato o con norme cogenti, o con principi generali sull'ordinamento della famiglia.

<sup>13</sup> Cass. Civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713. Si veda anche il commento di E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *I contratti*, Padova, n. 3/2013, pp. 221 e ss. In senso conforme anche Trib. Torino, Sez. VII, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 803; Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 822. Il consolidato orientamento negativo, espresso tra le tante da Cass. 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giur. It.*, 2006, 10, 1826, ritiene invece nulli tali accordi per illiceità della causa, giacché, anche nel caso di una vantaggiosa sistemazione patrimoniale per uno dei due coniugi, l'accordo potrebbe indirettamente coartare la volontà del coniuge rispetto alla celebrazione del matrimonio.

2740 c.c.) e della tipicità dei diritti reali. Emblematico, sotto entrambi i profili, è il dibattito sull'ammissibilità del trust interno, che com'è noto consiste in un negozio atipico, con causa astratta destinataria, costitutivo di una forma di proprietà separata e conformato (da vincoli di natura reale) nell'interesse del *settlor* o di terzi beneficiari. In diversi arresti la giurisprudenza<sup>14</sup>, prevalentemente di merito, ma anche di legittimità, ha riconosciuto l'ammissibilità del trust interno, ritenendo che il negozio istitutivo possa rispondere, in concreto, ad interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.; e del resto, proprio sulla base della ragione concreta del negozio, anche nella manualistica più recente<sup>15</sup>, si rinvengono tassonomie del trust basate sulla funzione del negozio e accomunate dalla necessità di disporre di nuovi strumenti che possano superare la rigidità di specifici ambiti del diritto civile: trust per l'adempimento delle obbligazioni alimentari o di mantenimento da parte del coniuge; trust a tutela di soggetti deboli; trust in sostituzione del fondo patrimoniale; trust liberale e successorio.

Infine, la giurisprudenza ha utilizzato la meritevolezza per il riconoscimento del contratto di lease-back, del contratto autonomo di garanzia e della c.d. polizza fideiussoria, del pegno rotativo e del contratto atipico di vitalizio alimentare<sup>16</sup>.

Concludendo, dalla breve rassegna giurisprudenziale operata può evincersi un utilizzo in chiave propulsiva della nozione di meritevolezza. Il tratto comune di questi riferimenti è rappresentato dalla distinzione tra meritevolezza e illiceità, e dalla declinazione della prima (non come strumento di controllo, ma) come ricerca di un valore positivo dell'ordinamento cui ancorare la vincolatività e l'efficacia di un modello negoziale atipico.

Dagli orientamenti esaminati emerge anche l'esigenza di bilanciamento con altri principi fondamentali. Così: non è consentito stravolgere con le convenzioni matrimoniali atipiche il principio di amministrazione congiunta dei beni, che rappresenta il riflesso dell'eguaglianza tra coniugi nel contesto del regime patrimoniale secondario della famiglia; i patti prematrimoniali possono stabilire solo le sorti di singoli cespiti entrati a far parte del patrimonio familiare; il contratto di sale and lease back, per quanto realizzi l'interesse (meritevole di tutela) dell'imprenditore allo smobilizzo dei capitali e alla pronta immissione di liquidità (funzione comune ai finanziamenti cc.dd. *bullet*), sarà comunque nullo per illiceità della causa o per frode alla legge ove celi un patto commissorio vietato.

Vi sono allora tutti i passaggi essenziali della tesi precedentemente esposta. La meritevolezza diviene una valvola d'ingresso per modelli negoziali

<sup>14</sup> Si vedano Trib. Bologna 18.4.2000; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545; Trib. Parma 21.10.2003; Trib. Firenze 2.7.2005; Trib. Reggio Emilia 14.5.2007. Nella giurisprudenza di legittimità, danno per implicita la validità e l'efficacia del trust interno, nella parte in cui si interrogano sulla revocabilità dell'atto istitutivo, Cass., sent. n. 10498/2019 e Cass., ord. n. 24232/2020. Per un approfondimento sul trust interno e le analogie e differenze col negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c., si rimanda a G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 1/2016, pp. 167 e ss.

<sup>15</sup> M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, pp. 596-600.

<sup>16</sup> Sul riconoscimento del contratto di *sale and lease back* si v. Cass. nn. 1273/2005 e 1625/2015, nelle quali la meritevolezza del contratto è ricavata dall'esigenza dell'imprenditore di

rapido smobilizzo dei capitali e conseguente immissione di liquidità; mentre la nullità per contrasto col divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.) è scongiurata dal controllo concreto circa l'esistenza di pregresse posizioni debitorie nei confronti del concedente o di uno squilibrio tra il valore del bene per come individuato dal contratto e quello risultante dai parametri di mercato. Sul contratto autonomo di garanzia v. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, ove la meritevolezza della fattispecie negoziale si riconduce all'esigenza, propria anche del commercio internazionale, di una maggiore sicurezza e celerità nella riscossione dei crediti. Si veda anche il commento di F. ASTONE, *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione negativa e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali*, in *R. not.*, 2010, pp. 1239 e ss.



atipici strumentali al positivo perseguimento di valori fondamentali dell'ordinamento, ma l'atto negoziale continuerà ad incontrare dei limiti nel contrasto, strutturale o funzionale, con norme cogenti.

Su questa dicotomia tra meritevolezza e illiceità (o illegalità) del negozio, però, si celano al contempo le contraddizioni in cui cade talvolta la giurisprudenza. In diversi precedenti si parte dalla corretta premessa per cui illiceità e meritevolezza sono concetti distinti, ma si finisce per dichiarare immeritevole ciò che è illecito, incorrendo, perciò, in errori (non solo) terminologici che rievocano la più risalente tesi della sovrapposizione tra (im)meritevolezza e illiceità del contratto.

### **3. LA MERITEVOLEZZA COME STRUMENTO DI CONTROLLO DEGLI ATTI DI AUTONOMIA PRIVATA**

Ormai da tempo la giurisprudenza distingue concettualmente la meritevolezza dall'illiceità. Tuttavia, l'orientamento maggioritario ritiene che la meritevolezza postuli un giudizio sulla causa concreta del contratto, e che tale giudizio sia persino più ampio di quello di illiceità, giacché consistente nel vaglio di conformità non solo alle norme

positive, ma anche ai principi superiori dell'ordinamento: *non omne quod licet honestum est*.

Si aderisce così ad una impostazione antiliberista della nozione di meritevolezza del contratto; anzi, la giurisprudenza, mediante il controllo assicurato dall'art. 1322 c.c., giunge a dichiarare immeritevoli contratti inficiati da vizi che, a rigore, appartengono a diverse categorie, o persino a dichiarare immeritevoli contratti della cui validità ed efficacia si potrebbe non dubitare.

Ed infatti, come agevolmente sintetizzato da una delle più rilevanti sentenze in materia<sup>17</sup>, sono dichiarati immeritevoli di tutela i contratti che hanno come scopo o per effetto di:

attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra<sup>18</sup>;

porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra<sup>19</sup>;

costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti<sup>20</sup>.

E tuttavia, a ben vedere, nelle fattispecie sub a) viene in rilievo un problema di equilibrio contrattuale, che in base ai principi generali è sindacabile solo in ipotesi eccezionali<sup>21</sup>. Mentre nei casi sub b) e c) il contratto sarebbe già nullo per contrarietà a norma imperativa o per illiceità della causa contrastante con l'ordine pubblico<sup>22</sup>, senza esservi

<sup>17</sup> Ci si riferisce a Cassazione civile, sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224.

<sup>18</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza 10 novembre 2015, n. 22950, così massimata: "il contratto *"My Way"* non è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., perché la struttura negoziale (che prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento) pone l'alea della operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutuate ad un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, laddove invece la banca consegue vantaggi certi e garantiti. Né il rischio dell'inadempimento del risparmiatore può farsi rientrare nell'alea contrattuale, aleatori così incidendo nel meccanismo funzionale del rapporto, atteso che l'interesse al corretto adempimento del proprio debitore è circostanza comune ad ogni contratto".

<sup>19</sup> V. Cass. civ., sez. un., n. 4222/17 e Cass. nn. 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95.

<sup>20</sup> V. Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343.

<sup>21</sup> In argomento, R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, CeI, 1985, p. 309; Ead., in Lanzillo-Riccio, *Rescissione del contratto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005; G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002. Con riferimento all'equilibrio e alla proporzionalità dello scambio, in un'ottica volta a valorizzare il c.d. principio di proporzionalità, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, 334 ss.

<sup>22</sup> Sulla nozione di ordine pubblico D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 68; E. ROPPO, *Il contratto*, p. 403; G. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc.*



pertanto alcuna necessità di ricorrere alla (im)meritevolezza.

Ma al di là del contenuto in sé del giudizio di meritevolezza e dei risultati (ambigui) cui talvolta ha condotto, in questa sede interessa più che altro stigmatizzare l'uso di questa nozione come strumento di controllo e conformazione dell'autonomia privata. Prospettiva che, peraltro, influenza anche la recente sentenza delle Sezioni Unite sul leasing doppiamente indicizzato.

#### **4. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE SUL LEASING DOPPIAMENTE INDI- CIZZATO**

Con la sentenza del 23 febbraio 2023, n. 5657, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno posto fine ad un dibattito sorto in ordine alla validità di un contratto di leasing che preveda una clausola di doppia indicizzazione del canone.

La disamina dell'iter argomentativo seguito dalla corte di legittimità presuppone una sintetica illustrazione della specifica fattispecie negoziale oggetto di decisione.

Nel 2006 una società di capitali (concedente) stipulava con una società di persone (utilizzatrice) un contratto di leasing immobiliare<sup>23</sup>. La valuta di riferimento del canone era individuata nel franco svizzero, pur potendo la società utilizzatrice adempiere in euro. A ciò si aggiungeva una clausola parametrica<sup>24</sup> che prevedeva che l'ammontare del canone potesse aumentare o diminuire sia in funzione del tasso "Libor 3 mesi - CHF", sia in funzione del tasso di cambio tra euro e franco svizzero, senza che ciò determinasse una variazione della rata mensile, in quanto eventuali differenze rispetto all'ammontare fisso di quest'ultima sarebbero state regolate a parte tramite reciproche rimesse tra i due contraenti.

Sulla validità di tale clausola, prima della sentenza in commento, si contrapponevano due tesi<sup>25</sup>.

La prima qualificava tale clausola come un derivato implicito (intendendo per tale una pattuizione negoziale volta a celare sotto il velo di un contratto di leasing, di natura commutativa e con funzione di finanziamento, uno strumento finanziario derivato di natura aleatoria e con funzione speculativa) e ne faceva conseguire, per il suo carattere astruso, inintelligibile e per l'irrazionalità dell'alea

---

*Dir.*, Milano, 1980, p. 1038. Sui rapporti tra illiceità del contratto e meritevolezza si veda A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Atti della tavola rotonda, Macerata 22-24.5.1970, I, Milano, 1971, p. 171 e in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 161 e in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 63.

<sup>23</sup> Per un inquadramento generale del contratto di leasing si rinvia a M. BUSSANI, *I contratti moderni. Factoring, Franchising, Leasing*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, 2004, 261-265 e alla vasta voce di ID. e M. INFANTINO, *Leasing (I agg.)*, *Dig. agg.*, 2011, con relativa bibliografia.

<sup>24</sup> Detta clausola viene anche definita di parametrizzazione valutaria. Su tali pattuizioni, e sulla loro funzione di copertura da rischi inflattivi o di conversione di un'obbligazione pecuniaria da valuta nazionale in valuta estera si v., in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 2019 (rist. agg.), p. 156 ss.; G. BOZZI, *Clausola di indicizzazione legale*, in IRTI e GIACOBBE, *Diritto monetario*, in IRTI (a cura di),

*Dizionario del diritto privato*, Milano, 1987, p. 41 ss.; E. SILVESTRI, *Clausole di indicizzazione convenzionale*, *ivi*, p. 95 ss.; B. INZITARI, *Clausole parametriche: esperienze straniere*, *ivi*, p. 133 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 246 ss. Le clausole parametriche sono anche spesso indicate, in via sinonimica, come clausole di indicizzazione, nonché, altre volte, come clausole di salvaguardia, clausole monetarie o attraverso il richiamo al bene o al valore a cui si riferiscono (si pensi alla celebre "clausola oro" o alle altre clausole-merci). Peraltro, poiché non sempre il parametro a cui rinviano costituisce un indice in senso tecnico, l'espressione clausole di parametrizzazione o parametriche è apparsa ad alcuni quella più adeguata a comprenderle tutte: M.F. CAMPAGNA, *Strutture delle clausole e strutture contrattuali nell'individuazione dei derivati impliciti*, in *Contratti*, 2021, p. 386.

<sup>25</sup> Per un approfondimento in ordine alle diverse impostazioni, anche rispetto al tasso di determinatezza della clausola, si rinvia all'ordinanza di rimessione: Cass. civ., Sez. III, ord. 16 marzo 2022, n. 8603. Si vedano altresì Cass. n. 16907/2019, Cass. n. 23655/2021 e Cass. n. 26538/2021.



assunta, la nullità per immeritevolezza (tesi fatta propria anche dalla corte d'appello che si è occupata della questione giunta alle Sezioni Unite).

La seconda tesi, invece, riteneva che simili clausole non avessero alcun effetto sulla natura, né sulla causa del leasing - il cui profilo tipologico resterebbe quindi immutato -, giacché con esse le parti intendevano unicamente ancorare ad un parametro oggettivamente certo il corrispettivo dovuto. In questi termini, la clausola non darebbe vita ad una operazione negoziale autonoma, sganciata dal contratto di leasing finanziario, ma avrebbe solo la funzione di adeguare ad una diversa valuta l'importo nominale del corrispettivo dovuto per il godimento dei beni strumentali. Pertanto, essa sarebbe pienamente valida ed efficace.

Le Sezioni Unite prestano adesione a questa seconda tesi, che di per sé escluderebbe anche la necessità di passare al vaglio la meritevolezza del contratto (essendo il leasing un contratto tipico o socialmente tipizzato<sup>26</sup>), ma, avendo la corte d'appello dichiarato immeritevole la pattuizione, indulgiano comunque sull'oggetto e sui parametri di tale giudizio.

Sotto questo profilo, la sentenza, seppur incappi nel difetto di accostarsi alla nozione di meritevolezza come strumento di controllo degli atti di

autonomia privata<sup>27</sup>, presenta il pregio di restringere il perimetro di giudizio e scongiurare un utilizzo che potrebbe divenire incontrollabile e culminare nell'arbitrio giudiziale<sup>28</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite affermano che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello nella sentenza impugnata: il carattere "astruso" o "inintelligibile" di una clausola contrattuale non può condurre ad un giudizio di "immeritevolezza", ma dovrà essere affrontato facendo applicazione delle norme sull'interpretazione<sup>29</sup>, oppure facendo ricorso alle norme sui vizi del consenso per verificare se esso sia stato (in conseguenza della "oscurità" della clausola) dato per errore o carpito con dolo<sup>30</sup>; la circostanza che nel contratto (commutativo) siano inseriti elementi di aleatorietà neppure determina immeritevolezza; né rileva ai fini della "meritevolezza", da ultimo, che le contrapposte obbligazioni delle parti risultino squilibrate, in quanto "il diritto dei contratti non è un egualitarismo letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali", né l'invocazione dello "squilibrio delle prestazioni" può essere uno strumento per sciogliersi da un contratto che si sia ex post rivelato sconveniente".

<sup>26</sup> Si veda sul punto V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma 2018, p. 46.

<sup>27</sup> La stessa critica è mossa anche da G. D'AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle sezioni unite*, in *I Contratti*, n. 3/2023, p. 251, il quale discorre persino di una tendenza della giurisprudenza a rinvenire nella meritevolezza un ulteriore strumento da inquadrare nel contesto dell'atipicità rimediale. Si veda sul punto anche S. TOMASI, *Leasing, clausole di rischio cambio e (im)meritevolezza degli interessi*, in *I contratti*, n. 3/2023, p. 251, al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici sulla tesi della meritevolezza come predicato dell'autonomia privata.

<sup>28</sup> In tema di utilizzo incontrollabile della meritevolezza come strumento di giustizia contrattuale G. LENER, *Il "nuovo" corso giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro.it*, 2018, V, p. 221. Si possono citare anche F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 328 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, RCDP, 1986, p. 274; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, RCDP, 2001, p. 223; D.

CORAPI, *L'equilibrio delle prestazioni contrattuali nei principi Unidroit*, EDP, 2002, p. 23.

<sup>29</sup> Sull'interpretazione del contratto, tra gli altri, si veda M.C. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987; F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1362-1371, Bologna-Roma, 1992; M. COSTANZA, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993; F. MES-SINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu*, Messineo, Milano, 1968.

<sup>30</sup> Il raggio rilevante in materia di dolo, infatti, può realizzarsi non solo mediante artifici positivi o dichiarazioni menzognere (fra gli altri autori, R. SACCO, *Il contratto*, in Sacco, De Nova, I, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, 428), ma anche con la reticenza o con il semplice silenzio in uno all'esistenza di altre peculiari circostanze, quali appunto una clausola oscura capziosamente apposta. Anche la giurisprudenza aderisce all'orientamento esposto: cfr. Cass. n. 9253/2006; Cass. n. 2104/2003 e Cass. n. 8295/1994.



Nell'iter motivazionale emerge chiaramente l'intento di ricondurre il sindacato di meritevolezza a coerenza col sistema del diritto dei contratti. Non si può far entrare nel campo della meritevolezza quel che appare naturalmente sussumibile sotto diverse categorie giuridiche, ciascuna munita di autonome *rationes*, regole e corrispondenti presupposti applicativi. Né, ancor peggio, si può riconnettere alla meritevolezza il significato di attribuire al giudice un controllo sull'equilibrio contrattuale: prospettiva che potrebbe financo porre dei dubbi di legittimità costituzionale<sup>31</sup> dell'art. 1322, comma 2 c.c., nella parte in cui sottoporrebbe i contratti atipici ad un controllo sull'autonomia privata (non solo ulteriore, ma) altamente invasivo e del tutto sconosciuto al sistema dei contratti tipici (con evidenti ricadute sia sulla libertà di iniziativa economica individuale tutelata dall'art. 41 Cost., sia su un eventuale sindacato di ragionevolezza condotto sulla base dell'art. 3 Cost.<sup>32</sup>).

In definitiva, è questa la principale ragione di pregio della sentenza in analisi: aver ristretto l'ampiezza del sindacato di meritevolezza.

Tuttavia, può al contempo ritenersi (per le ragioni già esposte) che tale approdo rappresenti un'occasione mancata per affermare una nozione propulsiva della meritevolezza, come qualità o predicato dell'autonomia privata.

La meritevolezza, infatti, è un *prius* logico rispetto al *posterius* offerto dall'illiceità. La prima

esprime la qualità della causa concreta del contratto al perseguimento di valori positivi dell'ordinamento; la seconda scongiura l'esistenza di profili di contrasto con l'ordine pubblico, col buon costume o con precise norme imperative. Pertanto, l'inciso della sentenza in commento: il contratto "*non è immeritevole di tutela*", si dovrebbe forse rileggere nel senso che la causa del contratto "*non è contraria all'ordine pubblico*".

Ma potrebbe anche ritenersi che le criticità non terminino qui.

Nell'ordinanza di rimessione<sup>33</sup> alle Sezioni Unite era scritto: "*v'è l'esigenza di definire se una clausola a contenuto speculativo come quella in esame contenga solo criteri di indicizzazione del canone, o sia piuttosto volta ad accogliere una scommessa e dunque una speculazione, e se essa possa ritenersi un derivato anche da un punto di vista giuridico, e non solo finanziario, con tutto ciò che ne consegue (a tal proposito è sufficiente ricordare che il difetto di "razionalità dell'alea" fa escludere il derivato dal novero delle scommesse tollerate ex art. 23, comma 5 TUF, ed in linea con tale norma Cass. Sez. Un. 8770 del 2020)*".

L'ordinanza, prospettando l'eventuale qualificazione della clausola parametrica come autonomo derivato finanziario, esprime un monito: confrontarsi col requisito della razionalità dell'alea al lume dei principi affermati dalla sentenza n. 8770 del 2020. Su questo punto, invece, le Sezioni Unite non compiono riflessione alcuna. Allora occorre interrogarsi anche su questa omissione, onde verificare

<sup>31</sup> Cfr. G. STOLFI, *Luci e ombre nell'interpretazione della legge*, in *JUS*, n.2/1975, p. 145.

<sup>32</sup> Sul principio di ragionevolezza e sull'oggetto del relativo giudizio la letteratura è sconfinata. Si possono citare, tra gli altri, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970, II, pp. 337 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, 5<sup>a</sup> ed., Padova, p. 372; C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 87-88, p. 53. Ogni deviazione legislativa dall'ordine del sistema deve avere "*dietro di sé una ragione giustificatrice, valida (in quanto compatibile con la Costituzione) e sufficiente*", così A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, p. 563. Nella giurisprudenza costituzionale, il primo impiego

della ragionevolezza come controllo e limite del potere legislativo pare esservi in Corte Cost., 17 marzo 1960, n. 16. Dello specifico dubbio di costituzionalità manifestato nell'elaborato giovi segnalare la sua ambivalente riconducibilità alle diverse categorie dell'irragionevolezza intrinseca ed estrinseca (cfr. A. CELOTTO, *Costituzione commentata*, (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI con la collaborazione di F. ANGELINI, M. BENVENUTI, G. FONTANA, E. FRONTONI, M.T. CAVALIERE, Milano, 2006, sub art. 3, comma 1 Cost.: la prima per anacronismo ed eterogeneità dei fini della disposizione, la seconda per disparità di trattamento rispetto ai contratti tipici.

<sup>33</sup> V. nota 26.



se la stessa può ritenersi (implicitamente) giustificata oppure colpevole.

## 5. RIFLESSIONI SUI CRITERI DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO E (IN)VALIDITA' DEL LEASING CON DOPPIA INDICIZZAZIONE

L'omessa considerazione dei principi affermati nel precedente in materia di Interest Rate Swap (d'ora in avanti, per brevità, IRS), ad una piana lettura della sentenza delle Sezioni Unite, appare del tutto giustificata.

La Cassazione, infatti, ritiene che la clausola di doppia indicizzazione inserita nel contratto di leasing non sia un derivato. Non un derivato “esplicito”, in quanto tipologicamente non riconducibile ai derivati descritti dal d.lgs. n. 58/98 (c.d. T.U.F.), all'interno dell'allegato I, sezione C, punti 4-10, ovvero individuati con regolamento del Ministro dell'economia; ma nemmeno un derivato “implicito”, perché tale categoria, di per sé, sarebbe “*concettualmente inservibile*”. Al contempo si esclude che la clausola in esame incida sulla causa del leasing al punto tale da snaturarne il tipo.

Con queste premesse, effettivamente, non ci sarebbe ragione di indugiare sul requisito della razionalità dell'alea, poiché esso riguarda i derivati - scommesse autorizzate dal T.U.F. sul presupposto della loro razionalità -, mentre qui si tratterebbe di

un leasing caratterizzato da una mera pattuizione aggiuntiva connotata da aleatorietà.

Questi punti dell'apparato argomentativo, però, possono anche apparire non convincenti.

E' noto che, in base al più tradizionale dei criteri<sup>34</sup>, l'applicazione di una certa disciplina contrattuale presuppone la riconduzione della fattispecie negoziale concreta al profilo tipologico-causale considerato dalla disciplina medesima.

Una ricostruzione alternativa, pertanto, poteva consistere nel valorizzare i profili di aleatorietà della clausola di doppia indicizzazione per inferirne la natura di negozio giuridico con causa mista<sup>35</sup>. Nella sentenza in commento la Cassazione non si confronta con tale categoria giuridica (nonostante formasse espressamente oggetto del punto c") dell'ordinanza di rimessione), limitandosi a constatare che l'elemento di aleatorietà non snatura la causa del leasing, di cui è lasciato intatto il profilo tipologico commutativo. E però non pare forzato ritenere che la doppia indicizzazione del canone introduca nel leasing dei profili di rischio (inerenti all'oscillazione dei valori delle valute cui rimanda la clausola parametrica) che, nell'intenzione dei contraenti, vuoi con funzione di copertura, vuoi con funzione speculativa<sup>36</sup>, intanto vengono negoziati e monetizzati. Nel senso della qualificazione del contratto come negozio con causa mista, inoltre, deporrebbe la considerazione per cui il canone è sì realmente corrisposto dall'utilizzatore, ma l'effettiva corresponsione trova la sua causa giustificativa nella concessione del bene in godimento. Rispetto

<sup>34</sup> Tra gli altri, esemplarmente, C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano 1987, secondo il quale la funzione della interpretazione è quella di accertare il significato obiettivo del negozio, e va pertanto distinta sia dalla qualificazione del contratto, che implica la valutazione giuridica dello stesso entro uno schema causale-giuridico, sia dall'integrazione, che presuppone una lacuna nel regolamento di autonomia privata.

<sup>35</sup> Sulla causa mista resta ancora oggi essenziale la lettura di G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, spec. 12; e v. pure G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

<sup>36</sup> Sulle funzioni speculativa e di copertura dei contratti derivati si v. G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999. Cfr. anche G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, CeI, 2009, 1133 ss., che addirittura ritiene i derivati con funzione speculativa comunque riconducibili alle scommesse considerate dall'art. 1933. La distinzione è messa in evidenza anche dalla già richiamata Cass., sez. un., n. 8770/2022.



alle rimesse reciproche regolate a parte tra i contraenti, invece, il canone null'altro rappresenta che un nozionale di riferimento cui ancorare il calcolo dei differenziali oggetto di scambio.

Dalla qualificazione del contratto come negozio con causa mista conseguirebbe l'applicabilità anche della disciplina dettata dal T.U.F.<sup>37</sup>, la quale, nella parte in cui distingue i derivati dalle scommesse non autorizzate (art. 23, comma 5 T.U.F., che sottrae espressamente i derivati dalla disciplina dell'art. 1933 c.c.), postula proprio un sindacato sulla razionalità dell'alea per verificare l'esistenza e il concreto funzionamento del profilo causale del contratto. Il confronto con i principi affermati dalle Sezioni Unite sui contratti di IRS, in base a questa diversa impostazione, sarebbe stato quindi doveroso. Si sarebbe potuta verificare, nello specifico, l'avvenuta (o meno) illustrazione degli scenari

probabilistici<sup>38</sup> sull'andamento delle valute oggetto della clausola parametrica, così da consentire alla società utilizzatrice di conoscere i rischi finanziari sottesi all'operazione ed assumere di conseguenza un'alea razionale (elemento, questo, dirimente nella distinzione tra scommesse autorizzate e non autorizzate<sup>39</sup>), il cui difetto comporta, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c., la nullità per mancanza di causa.

Del resto, l'elevato rischio finanziario insito nella doppia indicizzazione del canone, come da più parti evidenziato<sup>40</sup>, rende particolarmente bisognosa di tutela la posizione giuridica dell'utilizzatore. E allora si ritiene possibile esplorare anche un'alternativa ipotesi ricostruttiva.

Nelle riflessioni della più recente dottrina, soprattutto commercialista<sup>41</sup>, si è fatta strada l'idea per cui la complessità dell'ordinamento giuridico

<sup>37</sup> La dottrina prevalente, infatti, ritiene che la disciplina dei negozi con causa mista si sostanzia nell'applicazione delle norme proprie di ciascuno dei tipi causalmente implicati (c.d. teoria della combinazione): tra i tanti, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, p. 645. Altri autori ritengono che, più semplicemente, la disciplina da applicare al contratto misto trovi la sua soluzione nell'analogia (v. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 229; F. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, p. 47). Altri ancora aderiscono alla c.d. teoria della prevalenza, cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Torino, 1998, p. 554.

<sup>38</sup> Cfr. D. MAFFEIS, *Contratti derivati* (voce), in *Dig. Civ.*, 2010: "I contratti derivati sono scommesse razionali e, come tali, sono sempre conclusi sulla scorta di una certa raffigurazione dei possibili scenari da cui l'esito della scommessa dipende. Questa raffigurazione può essere esatta o falsa. Ma è escluso, sul piano naturalistico, che Tizio scommetta senza essersi fatto una certa idea delle variabili di cui l'alea consiste e da cui l'esito dipende. Non diversamente, il giocatore si assoggetta ad un'alea che tutto ha per lui di ludico, tranne la regola del gioco, che è sempre una questione serissima". Nella sentenza delle sezioni unite n. 8770/2022 gli scenari probabilistici, insieme al Mark to market, assurgono a discriminare tra validità e nullità dell'IRS.

<sup>39</sup> V. E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, BBTC, 2009, I, p. 652 ss., che distingue i derivati speculativi dalle scommesse non autorizzate in base all'assunzione di un'alea razionale.

<sup>40</sup> Indipendentemente dal rimedio di volta in volta individuato, nella letteratura è comunque avvertita da molti l'esigenza di potenziare la tutela del cliente nelle operazioni finanziarie

indicizzate al Franco. Sul punto si v. A. M. GAROFALO, *I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite*, in *La nuova Giur. Civ. Comm.*, n. 4/2022, p. 833 e ss. che ritiene "la (sola) applicazione delle norme del t.u.b. alle operazioni contrattuali in esame inadeguata a fronte dei rischi di stampo finanziario cui esse danno vita. La lacuna dovrà essere riempita mediante l'applicazione di regole che riguardano casi simili: e qui giocoforza lo sguardo volgerà alle regole (o almeno ad alcune delle regole) previste dal t.u.f. per la prestazione di servizi di investimento".

<sup>41</sup> V. M.R. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 3/2015, p. 14, la quale ritiene che "oggi, l'interprete che voglia interrogarsi su possibili estensioni analogiche di discipline non debba fare riferimento alla divisione contratti commerciali/contratti civili, né alla distinzione contratti di impresa/contratti fra pari non imprenditori, né alla dicotomia contratti Btoc/contratti Btob, ma debba piuttosto assumere come punto di riferimento i tipi di conflitti o, se si vuole, i tipi di asimmetria, e il modo in cui il legislatore ha visto e disciplinato gli stessi. Ci si accorgerà in tal modo che a volte il conflitto riguarda nello stesso modo tanto i consumatori quanto i professionisti – si pensi ai contratti stipulati fra un soggetto in posizione dominante e il cliente – e il legislatore coerentemente non opera distinzione alcuna fra i soggetti". V. anche ID., *I diversi contratti asimmetrici. Dialogo con Enzo Roppo*, in *Annuario del contratto 2019, 2020*, pp. 119 ss; ID., *La funzione delle norme generali e gli Smart Contracts*, in E. NAVARRETTA, *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, 2021, Torino, pp. 61 ss; R.ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, pp. 75 – 78; G. VILLA, *Il contratto di rete*, in GITTI G., MAUGERI M.R., NOTARI M., *I contratti di impresa*, Il Mulino, 2012, pp. 492, spec. pp. 497; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia*



attuale impone all'interprete di rifuggire da approcci, per così dire, "manichei" al diritto dei contratti. Oggi, il tradizionale criterio che muove dalla qualificazione tipologico-causale di un contratto per inferirne la disciplina è posto in dubbio da chi preferisce individuare quest'ultima in base alle caratteristiche del conflitto di interessi e delle posizioni delle parti di un dato rapporto giuridico.

Questa prospettiva pare la più coerente con le recenti tendenze legislative, ma compare anche nel diritto vivente. Si considerino, sotto il primo profilo, gli statuti normativi del primo, secondo e terzo contratto<sup>42</sup>, nonché la diffusione dei contratti trans-tipici<sup>43</sup>. Sotto il secondo si pensi, invece, alla disarticolazione delle nullità negoziali e al rimodellamento interpretativo dei relativi regimi<sup>44</sup>; all'ormai straripante contenuto dell'art. 1337 c.c.<sup>45</sup> anche nei rapporti "simmetrici", o ancora all'utilizzo della buona fede integrativa per fondare l'esistenza di obblighi, quali la rinegoziazione<sup>46</sup>, che trovano la

propria sede naturale in discipline dettate per tipi diversi rispetto a quello cui vengono applicate.

In questo quadro, allora, la recente sentenza delle Sezioni Unite sul leasing doppiamente indicizzato potrebbe anche apparire eccentrica per un duplice ordine di ragioni.

La prima è che non considera l'evidente carattere asimmetrico del rapporto tra le parti, salvo che si voglia affermare che il cliente, per il dato meramente formalistico di essere una società commerciale, debba essere (o ancor peggio, sia) in grado di comprendere i complessi fenomeni finanziari che incidono sull'andamento dei tassi di cambio e la loro concreta incidenza sui costi complessivamente connessi all'operazione conclusa.

La seconda è che lo sforzo argomentativo teso ad escludere la riconduzione della clausola parametrica dal novero dei derivati elencati dal T.U.F. e dal relativo regolamento ministeriale, per quanto pregevole, è difficilmente spiegabile sia nel metodo,

---

d'impresa, in GITTI G., MAUGERI M.R., NOTARI M., *Contratti di impresa*, Il Mulino, 2012, pp. 33 ss, specificamente p. 58; V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA E N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel Diritto Privato*, RomatrePress, 2014, p. 30.

<sup>42</sup> V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra "primo", "secondo" e "terzo" contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 525 ss.; F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del "Terzo Contratto": regole di condotta e rimedi correttivi*, Bologna 2007; G. D'AMICO, *Il contratto o i contratti?*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 3/2023, p. 409.

<sup>43</sup> F. SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese, Le reti di imprese ed i contratti di rete*, (a cura di) IAMICELI, Torino, 2009, p. 61; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contatto di rete. Commentario*, Bologna, 2009. Per la subfornitura come categoria contrattuale cfr. O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000, p. 364; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *RDP*, 1998, p. 712; A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 2003, p. 66; G. ALPA e R. LECCESE, *La subfornitura*, in *Tratt. Rescigno*, 2, 11, Torino, 2000, p. 215.

<sup>44</sup> Per l'inadempimento dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione v. Cass., sez. un., n. 23601/2017: "la tardiva

registrazione, consentita in base alle norme tributarie, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza ex tunc, atteso che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" è coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento" all'obbligo di registrazione". Sulla validità del contratto d'intermediazione finanziaria monofirma Cass. Sez. un. n. 898/2018 e più di recente Cass. civ. Sez. I, ord., 17 gennaio 2022, n. 1250, con commento di V. VIETRI, *Intermediazione finanziaria - La Suprema Corte conferma la validità del contratto-quadro monofirma relativo ai servizi di investimento*, in *La Nuova Giur. Comm.*, n. 5/2022, p. 964.

<sup>45</sup> In cui compaiono sempre più pervasivi obblighi d'informazione ricavati, ad esempio, dalla disciplina dei contratti del consumatore, cfr. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990. V. anche, per un particolare profilo del problema, ALBERTO M. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *RCDP*, 1998, 611; F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *BBTC*, 1994, I, 617. In giurisprudenza, Cass. n. 14865/2000; Cass. n. 10014/1994; Cass. n. 26725/2007; Cass. n. 8295/1994.

<sup>46</sup> Cfr. Cassazione, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Ufficio del Massimario, Rel. 8 luglio 2020, n. 56, che giunge persino a ritenere eseguibile ex art. 2932 c.c. ciò che, a rigore, dovrebbe ritenersi un obbligo di contrattare e non di contrarre.



che nel merito. Nel metodo perché non è unanimemente condivisa l'idea che i contratti derivati siano suscettivi di rientrare entro precisi binari giuridico tipologici, apparendo, piuttosto, maggiormente intellegibili con riferimento ai loro effetti finanziari. Nel merito perché non considera le summenzionate direttrici, legislative e giurisprudenziali, del diritto dei contratti, volte ad individuare le regole applicabili in base al tipo di rapporto esistente tra le parti oppure ricorrendo all'analogia come tecnica interpretativa idonea a riempire lacune di stampo assiologico.

Tutte queste ragioni, in definitiva, portano a ritenere che la Corte di Cassazione avrebbe potuto quantomeno confrontarsi col requisito di razionalità dell'alea, perché la sua pertinenza alla fattispecie si riconnetteva sia al possibile inquadramento del contratto come negozio con causa mista, sia alla natura aleatoria della clausola parametrica e al rapporto di asimmetria esistente tra le parti.

Con questo, ovviamente, non si vuol dire che l'esistenza di un'alea razionale avrebbe dovuto incidere sulla (im)meritevolezza del contratto: in questo modo si cadrebbe in contraddizione con le premesse svolte su tale nozione nel presente contributo. Tuttavia, l'assunzione di un'alea irrazionale, causata da una mancata illustrazione degli scenari probabilistici, avrebbe potuto giocare un ruolo in un eventuale sindacato sull'esistenza della causa o sulla sua contrarietà all'ordine pubblico economico. La decisione, invece, appare contaminata da un'impostazione retrospettiva che le impedisce di svolgere un'analisi esauriente delle questioni involte e di prendere posizione su temi di più ampio respiro che di recente animano il diritto dei contratti.





## SULLA DEROGABILITÀ DELL'ART. 1379 C.C.: PACTUM DE NON ALIENANDO E VINCOLI DI DESTINAZIONE IMMOBILIARE

di Ludovica MANZO\*

### ABSTRACT

*Il presente studio ha ad oggetto i limiti convenzionali al potere di alienazione del proprietario che non possono certamente comprimere e schiacciare la libertà del proprietario di cedere il proprio diritto dunque tale limite sia assoluto che relativo soggiace alle regole di cui all'art. 1379 c.c. Nello specifico il legislatore seguendo antichi principi che risalgono al diritto romano, ha stabilito che il pactum de non alienando se contenuto in convenienti limiti di tempo e se rispondente ad un interesse apprezzabile di una delle parti sia da ritenersi valido.*

*Il pactum de non alienando deve ritenersi opponibile ai terzi quando accede ad un vincolo di destinazione contenuto in un atto trascritto la cui destinazione abbia per oggetto un interesse idoneo a controbilanciare i sacrifici che vengono imposti ai poteri dispositivi del proprietario e all'affidamento dei terzi.*

*Dunque un limite all'alienazione accessorio ad un vincolo di destinazione potrebbe ritenersi legittimo se redatto in modo chiaro e preciso rispettando i requisiti di forma idonei a non comprimere la tutela dell'affidamento del terzo e conferendo ad esso efficacia reale in funzione della soddisfazione di interessi sopra individuali ai sensi dell'art. 42, secondo comma della Costituzione.*

### SOMMARIO

<b>1. Il divieto di alienazione e il principio del numerus clausus dei diritti reali .....</b>	<b>70</b>
<b>2. Opponibilità ai terzi del pactum de non alienando: clausola risolutiva espressa e risarcimento in forma specifica .....</b>	<b>71</b>
<b>3. Il pactum de non alienando contenuto in un vincolo di destinazione immobiliare .....</b>	<b>72</b>

### 1. IL DIVIETO DI ALINEAZIONE E IL PRINCIPIO DEL NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI

La letteratura in materia di limiti convenzionali ai poteri di alienazione è vastissima in quanto è principio accolto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza quello per cui soggiace alle regole previste dall'art. 1379 c.c. qualsiasi limite, sia assoluto che relativo, apposto al potere di alienazione del proprietario<sup>1</sup>.

Nel primo caso la norma sopra citata espressamente pone un divieto mentre nel secondo caso viene compressa e schiacciata la libertà del proprietario nella cessione del diritto<sup>2</sup>.

\* Avvocato del foro di Napoli.

<sup>1</sup> G.B. FUNAIOLI, (voce) *Divieto di alienazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p.401; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da F. Busnelli, Milano, 2013, p. 447; R. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in R. CALVO - A. CIATTI, (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Milano, 2014, p.5.

<sup>2</sup> A. CECCHINI, *Il divieto contrattuale di alienare*, in A. CECCHINI - M. COSTANZA - F. FRANZONI - A. GENTILI - F. ROSELLI - G. VETTORI, (a cura di), *Il contratto in generale*, V, in *Tratt. Di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 288.

Un esempio valido potrebbe essere la scelta dell'acquirente o il prezzo di cessione, elementi rimessi al giudizio discrezionale dell'alienante.

Anche la prelazione volontaria e il patto d'opzione sono sicuramente tipici esempi di limiti all'alienazione seppur relativi<sup>3</sup>.

Il legislatore, però, seguendo antichi principi che risalgono al diritto romano, ha stabilito che il *pactum de non alienando* se contenuto in convenienti limiti di tempo e se rispondente ad un interesse apprezzabile di una delle parti sia da ritenersi valido<sup>4</sup>.

Inoltre, tale affermata validità deve agire nei limiti di un'efficacia obbligatoria e, dunque, il patto non può essere opposto al terzo che abbia acquistato in sua violazione.

Lo scopo dell'art. 1379 c.c., dunque, è quello di delimitare il divieto di alienazione pattizio: esso può essere violato ma sarà l'alienante a sostenere il costo di tale violazione mediante un risarcimento.

La *ratio* a ciò sottesa spiega chiaramente il principio del numero chiuso dei diritti reali giacché solo il legislatore può porre limiti all'alienazione, non potendo tale attività essere demandata all'autonomia privata<sup>5</sup>.

## **2. OPPONIBILITÀ AI TERZI DEL PACTUM DE NON ALIENANDO: CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA E RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA**

Sul punto, preso atto del lungo dibattito che sta ridiscutendo, ormai da molti anni, la valenza del principio del *numerus clausus* negli ordinamenti occidentali, una parte della dottrina ha ritenuto che la clausola risolutiva espressa potesse essere un modo per rendere il patto opponibile al terzo<sup>6</sup>.

Tale tesi, pertanto, inserisce il limite all'alienazione in una clausola risolutiva espressa dell'atto di trasferimento la quale altro non è che una condizione risolutiva<sup>7</sup>.

Mediante questo meccanismo, infatti, il trasferimento successivo avvenuto in violazione del vincolo risolverebbe la prima alienazione facendo retrocedere il bene in capo al primo alienante in virtù del principio di retroattività degli effetti della risoluzione<sup>8</sup>.

In questo modo il vincolo verrebbe osservato non creando pregiudizio alcuno a colui che ha interesse all'osservanza di esso con la conseguenza che la tutela del terzo, però, verrebbe degradata da reale a meramente risarcitoria<sup>9</sup>.

Altra parte della dottrina, ritenuta prevalente, pone una critica a tale tesi sostenendo che tale schema negoziale non può ritenersi valido sol perché il *pactum de non alienando* acquisti efficacia reale ricomprendendolo in una clausola risolutiva espressa<sup>10</sup>.

L'art. 1379 c.c., infatti, si fa portatore di un principio generale e, pertanto, la clausola risolutiva espressa avente ad oggetto un limite o divieto di alienazione dovrà ritenersi nulla perché in frode

<sup>3</sup> A. VERCELLONE, *Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c.: pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare*, in *Notariato* 2/2020.

<sup>4</sup> A. FUSARO *Il divieto contrattuale di alienazione*, in I contratti in generale, III, agg. a cura di G. Alpa - M. Bessone, Torino, 1999, p. 2061.

<sup>5</sup> U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2015, pp. 245-248.

<sup>6</sup> V. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza: numerus clausus, autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015, p. 197.

<sup>7</sup> V. A. CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in P. CENDON (a cura di), *La comparazione giuridica alle soglie del nuovo millennio. Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1995, p.199.

<sup>8</sup> G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 161.

<sup>9</sup> A. VERCELLONE, *Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c.: pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare*, in *Notariato* 2/2020.

<sup>10</sup> M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 5, pp.1175 ss.

alla legge giacchè gli effetti che è in grado di produrre una tal clausola sono espressamente vietati dagli artt. 1379 e 1372 c.c. anche sulla base del principio di cui all'art. 1344 c.c.

Un'altra parte della dottrina propone di ricorrere alle regole in materia di responsabilità aquiliana sostenendo che, ai sensi dell'art. 2043 c.c., il terzo sarebbe responsabile nei confronti del beneficiario del vincolo, a titolo di cooperazione nell'altrui inadempimento in base ai principi in materia di tutela extracontrattuale del credito e, pertanto, potrebbe essere tenuto a restituire, ai sensi dell'art. 2058 c.c., a titolo di risarcimento in forma specifica, la cosa al beneficiario<sup>11</sup>.

Tale ultima soluzione sarebbe da ritenersi valida solo ove il terzo acquirente abbia agito con dolo in quanto, in questo caso, il terzo non solo è a conoscenza del patto ma ha anche volontariamente deciso di violarlo con intento fraudolento e, pertanto, il dolo sgombra il campo dal problema dell'opponibilità del vincolo.

Diversamente, invece, quando nella maggior parte dei casi non si riesce a dimostrare il dolo con l'effetto, dunque, di non poter individuare in capo al terzo alcuna responsabilità aquiliana in quanto la colpa si potrebbe dedurre dalla presunzione di conoscenza del vincolo trascritto.

La trascrizione di un limite all'alienazione, però, non attribuisce ad esso efficacia reale stante il rispetto dell'art. 1379 c.c. e del principio di tipicità degli effetti della trascrizione e, proprio sulla base di tali argomentazioni, le soluzioni che ritengono opponibile al terzo l'opzione<sup>12</sup> e il patto di

preferenza contenuti in un atto trascritto, seppur autorevoli, non possono essere accolte stante il suddetto disposto normativo se non circoscrivendo il loro ambito di applicazione<sup>13</sup>.

### 3. IL PACTUM DE NON ALIENANDO CONTENUTO IN UN VINCOLO DI DESTINAZIONE IMMOBILIARE

Il *pactum de non alienando* deve ritenersi opponibile ai terzi quando accede ad un vincolo di destinazione contenuto in un atto trascritto la cui destinazione abbia per oggetto un interesse idoneo a controbilanciare i sacrifici che vengono imposti ai poteri dispositivi del proprietario e all'affidamento dei terzi<sup>14</sup>.

Sulla base di tale argomentazione, però, occorre fare una distinzione tra *pactum de non alienando* e vincolo di destinazione<sup>15</sup>.

Il primo è un limite di fonte negoziale alle facoltà dispositive del proprietario e, precisamente, alla facoltà di cedere liberamente la proprietà di un proprio bene il quale produce effetti solo tra le parti e non può essere trascritto.

Il secondo, invece, seleziona uno tra i possibili usi di un determinato bene e su questo struttura lo *status* di proprietario della *res* rendendo il vincolo di destinazione opponibile ai terzi in forza della trascrizione ai sensi dell'art. 2645-ter, c.c.<sup>16</sup>.

La suddetta norma fa riferimento ai vincoli di destinazione di beni immobili o mobili registrati redatti nella forma dell'atto pubblico e prevede che a

<sup>11</sup> D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 733; U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2015, 245-248; A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 171.

<sup>12</sup> G. VILLANACCI, *L'opzione*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, III, Milano, 2000, p. 201.

<sup>13</sup> G. DI ROSA, *La prelazione legale e volontaria*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, III, Milano, 2000, p. 253.

<sup>14</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 697.

<sup>15</sup> R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, p. 187.

<sup>16</sup> V. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Milano, 2010, spec. 1-141.

seguito della trascrizione il vincolo sia opponibile ai terzi<sup>17</sup>.

Nonostante quanto stabilito da un'ormai risalente pronuncia della Corte di Cassazione l'art. 1379 c.c. si applica al solo *pactum de non alienando* e non anche ai vincoli di destinazione potendo, questi ultimi, in forza della trascrizione, accedere alle forme piene della tutela reale.

È ben possibile, però, che il vincolo di destinazione si sostanzi in qualche modo anche in un limite all'alienazione quando, ad esempio, in ragione dello scopo impresso sul bene oggetto del vincolo di destinazione l'alienazione di questo porrebbe nel nulla il vincolo di destinazione rendendolo non attuabile se non ponendo dei limiti ai poteri dispositivi del titolare del diritto<sup>18</sup>.

È in specifiche fattispecie - come ad esempio quando il patto non vieti al proprietario di alienare bensì sottoponga tale facoltà a specifiche limitazioni - che il limite all'alienazione si può trascrivere congiuntamente al vincolo di stante la stretta interdipendenza tra i due con la conseguenza che il limite all'alienazione sia opponibile al terzo.

La tesi appena esposta giunge ad affermare un principio di portata generale applicabile non solo alla trascrizione di cui all'art. 2645-ter, c.c. ma ad ogni atto che sia idoneo a imprimere su un bene un vincolo di destinazione come ad esempio l'atto di fondazione<sup>19</sup>.

In altre parole, poiché la trascrizione del vincolo determina una deroga alla libera circolazione dei beni, occorre che la destinazione realizzi un interesse sufficientemente meritevole da giustificare tale deroga in quanto nel nostro ordinamento tale principio gode di una tutela forte.

La portata derogatoria dell'art. 1379 c.c., dunque, si ritiene applicabile esclusivamente a quelle destinazioni che rechino una meritevolezza qualificata rispetto a quella di cui all'art. 1322 c.c.

È proprio questa norma, unitamente all'art. 1372, secondo comma, c.c. a costruire la mera liceità dell'interesse quale presupposto di validità del regolamento contrattuale e ad attribuire efficacia tra le parti.

E, pertanto, sotto il profilo oggettivo l'interesse sotteso alla base del vincolo dovrà godere di una tutela giuridica particolarmente pregnante tale da giustificare la compressione al principio di libera disponibilità dei beni.

Sotto il profilo soggettivo, invece, l'interesse sotteso al vincolo di destinazione non dovrà essere esclusivamente riferibile ad una delle parti bensì dovrà farsi carico di interessi ulteriori rendendosi necessaria, dunque, l'altruità dell'interesse alla base del vincolo<sup>20</sup>.

Argomento di rilievo è la temporalità dell'atto e, pertanto, sul punto è appena il caso di ricordare che secondo un principio generale dell'ordinamento all'autonomia privata è preclusa la possibilità di gravare i beni di vincoli perpetui in quanto una fattispecie simile può incidere sulla possibilità del proprietario di cedere il proprio diritto<sup>21</sup>.

Se ad esempio il *pactum de non alienando* è stato trascritto ai sensi dell'art. 2645-quater, c.c. unitamente al vincolo di destinazione sarà necessario che venga rispettato il limite di tempo di novant'anni espressamente prescritto dalla norma.

L'orientamento prevalente in dottrina ritiene che il requisito della temporaneità sia da interpretare alla luce della correlazione che deve

<sup>17</sup> V. M. COMPORTEI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 847.

<sup>18</sup> A. FUSARO, *Il vincolo contrattuale di destinazione dell'immobile*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1, 1991, p. 29.

<sup>19</sup> A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 2, p. 170.

<sup>20</sup> U. MATTEI - A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Arezzo, 2018, pp.139-187.

<sup>21</sup> G. ALPA, *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro pad.*, II, 1980, p. 120.



intercorrere con l'interesse che lo sorregge; secondo alcuni autori, infatti, il vincolo può sussistere fino a quando permane l'interesse al cui perseguimento esso è preordinato.

Invero la parte che agisce in giudizio per l'adempimento di un *pactum de non alienando* che accede ad un vincolo trascritto non più sorretto da un interesse attuale non potrà che soccombere nella lite in forza dell'accertamento giudiziale dell'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c.

Quanto poi al principio dell'affidamento non ricadrà al terzo l'onere di verificare la congruenza tra l'atto di disposizione e il vincolo di destinazione bensì è necessario che il limite all'alienazione sia redatto in maniera chiara, che evidenzi in modo preciso, nel negozio contenente il vincolo, se e quali atti risultano incompatibili con lo scopo di destinazione.

Alla luce di quanto fin qui argomentato una parte della dottrina propende per la trascrivibilità del *pactum de non alienando* accessorio ad un vincolo di destinazione.

La ricezione di questa tesi permetterebbe di risolvere alcune questioni giuridiche ancora dibattute in giurisprudenza come ad esempio la trascrivibilità e opponibilità del patto di prelazione e dell'opzione oppure del vincolo di non alienazione contenuto in un atto di fondazione<sup>22</sup> in quanto in quest'ultimo caso l'opinione prevalente è che la fondazione in quanto strumento di destinazione patrimoniale debba necessariamente constare di uno scopo di utilità sociale.

Dunque un limite all'alienazione accessorio ad un vincolo di destinazione potrebbe ritenersi legittimo se redatto in modo chiaro e preciso

rispettando i requisiti di forma idonei a non comprimere la tutela dell'affidamento del terzo e conferendo ad esso efficacia reale in funzione della soddisfazione di interessi sopra individuali ai sensi dell'art. 42, secondo comma della Costituzione.

Pertanto è appena il caso di ricordare che all'autonomia privata è consentito adottare atti conformativi della proprietà immobiliare distribuendo le utilità prodotte dai beni in funzione della soddisfazione di interessi costituzionalmente tutelati<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Tratt. di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, Milano, 1999, p. 446.

<sup>23</sup> M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2011, p. 209.



**CONCORDATO MINORE**di **Piercarlo BERTANI\*****ABSTRACT**

*Il lavoro intende illustrare gli aspetti di maggior interesse del concordato minore, la nuova procedura disciplinata dagli artt. 74-83 del codice della crisi, rivolta a professionisti, start-up innovative, piccoli imprenditori ed imprenditori agricoli, con esclusione del consumatore, con lo scopo di continuare la propria attività imprenditoriale o professionale. In particolare, il lavoro si sofferma: - sul presupposto oggettivo di questa nuova procedura, costituito dallo stato di sovraindebitamento; - sulle questioni applicative dell'istituto al socio illimitatamente responsabile ed al nucleo familiare; - sulla possibilità di proporre istanza di concordato minore "con riserva"; - sulle diverse fasi in cui si articola la procedura.*

**SOMMARIO**

<b>1. Premessa .....</b>	<b>75</b>
<b>2. Aspetti generali e specifici.....</b>	<b>76</b>
<b>3. I soggetti ai quali si rivolge .....</b>	<b>76</b>
<b>4. Le società non di capitali e il socio illimitatamente responsabile.....</b>	<b>78</b>
<b>5. La domanda ed il suo contenuto.</b>	<b>79</b>
<b>6. Il concordato minore con riserva. Una riflessione sul possibile sviluppo ..</b>	<b>80</b>
<b>7. La procedura con l'ammissione.</b>	<b>82</b>
<b>8. Gli effetti conseguenti all'ammissione .....</b>	<b>83</b>
<b>9. Approvazione ed omologazione..</b>	<b>84</b>

\* Avvocato iscritto all'ordine degli Avvocati di Brescia e Cultore della materia presso Unibs in Diritto processuale civile e Diritto della crisi e dell'insolvenza.

<sup>1</sup> È bene precisare che le modifiche apportate dal d.lgs 17 giugno n.83/22 sono entrate in vigore dal successivo 15 luglio 2022.

**10. La fase esecutiva..... 85****11. La revoca all'omologazione..... 85****1. PREMESSA**

Il legislatore italiano con il d.lgs. 83/2022<sup>1</sup> apporta i definitivi cambiamenti al Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII), recependo la Direttiva Insolvency n.1023/2019 con cui l'Unione Europea impone l'adeguamento della normativa nazionale agli stati membri, tramite interventi di modifica che hanno riguardato gli istituti a suo tempo introdotti dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14.

Le nuove norme del Codice della crisi d'impresa hanno innovato la disciplina in tema di sovraindebitamento (L. 3/2012)<sup>2</sup>, tramite la regolazione di tre procedure aventi lo scopo di permettere al debitore, sia esso impresa o consumatore di risolvere la propria posizione debitoria.

Di queste tre procedure, due sono volontarie, ossia la ristrutturazione dei debiti riservata al consumatore (artt. 67-73) ed il concordato minore (artt. 74-83), che si rivolge a quei debitori esclusi per dimensione dalla liquidazione giudiziale. La terza, la liquidazione controllata (artt. 268-277), a iniziativa plurima si attua per tutti quei debitori esclusi per dimensione dalle procedure concorsuali riservate all'imprenditore commerciale sopra soglia.

Infine la disciplina si completa con le norme sull'esdebitazione, prevista per liberare dai debiti

<sup>2</sup> D. VATTERMOLI, *La disciplina del sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giustiziavivile.com*, 31 gennaio 2019; V. BARONCINI, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della L.19 ottobre 2017, n.155 e del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2019, p.401.



residui colui che ha fatto ricorso ad una procedura liquidativa (art. 278), giudiziale o controllata.

L'art. 390 CCII regola il regime transitorio. Le procedure di sovraindebitamento già pendenti alla data del 15 luglio 2022, cioè quelle per cui in tribunale è stata depositata la domanda di accesso ad una delle procedure, restano regolate dalla legge 3/2012; mentre quelle introdotte successivamente alla predetta data sono invece soggette al nuovo codice della crisi di impresa (CCII).

## 2. ASPETTI GENERALI E SPECIFICI

Il concordato minore, per le procedure iniziate dopo l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi, ha sostituito l'accordo di composizione della crisi (artt. 7 e 8, L.3/2012), di cui ne cambia sia la natura concorsuale che il favor portando a privilegiare la continuità aziendale o professionale.

Come per l'accordo sancito dalla L.3/2012, la nuova procedura di concordato minore è una procedura concorsuale che non si conclude con un decreto, bensì con una sentenza di omologazione del tribunale in composizione monocratica fondata sulla proposta che il soggetto sovraindebitato ha formulato per i propri creditori. Il contenuto della proposta può essere vario e deve essere rimesso alla votazione del ceto creditorio, mentre l'OCC ed il Giudice hanno il compito di valutare sia i presupposti di ammissibilità che di fattibilità giuridica ed economica.

La nuova procedura concorsuale del concordato minore si erge come mezzo per superare l'insolvenza da sovraindebitamento. Permette al soggetto che vi possa accedere di raggiungere la propria esdebitazione mediante l'omologa della proposta di concordato unitamente all'integrale adempimento, con l'obbiettivo principale volto alla prosecuzione dell'attività sia essa d'impresa o professionale.

## 3. I SOGGETTI AI QUALI SI RIVOLGE

Il concordato minore è destinato ai sovraindebitati diversi dal consumatore e non assoggettabili alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice della crisi o dalle leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

Essa dunque si rivolge al debitore inteso come professionista, imprenditore minore o agricolo, start-up innovativa. Il concordato minore sostituisce, nelle nuove procedure, l'accordo di composizione della crisi previsto dalla legge 3/2012, ex articoli 7 e 8.

Con questa procedura il sovraindebitato sarà portato a ridurre la propria esposizione debitoria, continuando ad esercitare la sua attività, sia essa imprenditoriale o professionale.

Più specificamente tra i requisiti soggettivi del debitore è previsto non possa essere un consumatore, bensì debba rientrare nelle indicazioni così come previste all'art. 2 comma 1, lett.C.

L'imprenditore cosiddetto minore, (art. 2 lett. d, D.lgs 14/2019) è il titolare di un'impresa che deve avere congiuntamente questi requisiti:

attivo patrimoniale con ammontare complessivo annuo che non superi Euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o comunque dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;

ricavi con ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o, anche in questo caso, dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;

l'ammontare dei debiti, anche non scaduti, non superiore ad Euro cinquecentomila.

Il debitore, per accedere alla procedura non deve:

aver beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni antecedenti il deposito della domanda:

aver già beneficiato dell'esdebitazione per due volte;

accedere alla procedura quando siano stati commessi atti diretti al fine di frodare le ragioni dei suoi creditori.

Qualora invece l'imprenditore sia soggetto già cancellato dal registro delle imprese (art.33, co.4 CCII), non potrà in alcun modo accedere a tale procedura concorsuale e pertanto non potrà presentare alcuna domanda.

Considerando che il comma 1 dell'art. 74 prevede il concordato minore attuato mediante la prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale, dal comma 2 vien concepita anche una formulazione più invasiva, quella liquidatoria. Il concordato minore liquidatorio è proponibile solamente nel caso in cui il debitore possa offrire un notevole incremento delle risorse da corrispondere ai creditori. Recita infatti il comma 2 dell'art. 74 CCII che *"Fuori dai casi previsti dal comma 1, il concordato minore può essere proposto esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori"* pur tuttavia non quantificando tale apporto<sup>3</sup>.

Ne discende che qualora il debitore fosse portato a considerare il concordato minore liquidatorio come la sua unica soluzione percorribile ma tuttavia non fosse in grado di apportare le nuove risorse necessarie, dovrebbe ricorrere alla liquidazione controllata.

Il presupposto oggettivo di questa particolare e nuova procedura prevede che il debitore debba trovarsi in uno stato di sovraindebitamento ossia di insolvenza<sup>4</sup>, o quantomeno di crisi<sup>5</sup>, cioè una prospettiva di un'insolvenza concepita in prospettiva, ossia non attuale ma bensì quantomeno probabile<sup>6</sup>. Potrà accedere alle procedure di sovraindebitamento non solamente chi ha una situazione costante di squilibrio economico, ma potrà anche chi prevede di trovarsi nel breve termine in uno stato di oggettiva difficoltà a poter far fronte ai propri impegni economici-finanziari, sia presenti che futuri.

Per poter accedere alla procedura di concordato minore con la relazione dell'OCC si darà conto della valutazione della meritevolezza del debitore. Quest'ultimo avrà così l'obbligo di indicare le cause scaturenti l'indebitamento oltre alla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni. L'OCC dovrà precisare l'eventuale sussistenza della colpa del debitore nel cagionare lo stato di sovraindebitamento specificandone il grado.

Con una lettura estensiva del concetto di debitore all'art. 66 del codice della crisi, si pone il focus sul gruppo familiare indebitato. La disposizione prevede che la causa del sovraindebitamento sia derivante da necessità comuni e si riflette su tutti ed i debiti contratti da un soggetto, sono i debiti contratti per tutti. Se i soggetti risultano conviventi o il sovraindebitamento deriva da necessità comuni al nucleo intero, si potrà presentare un unico piano per la risoluzione della crisi; piano che dovrà però avere masse attive e passive separate.

---

<sup>3</sup> Tribunale La Spezia, 30 Agosto 2023. Est. Barbuto *"La cancellazione della ditta individuale dal Registro delle Imprese non è ostativa all'apertura di procedura di concordato minore liquidatorio ex art 74 c. 2 CCII, nonostante il disposto dell'art 33 c. 4 CCII, da intendersi riferito al solo imprenditore collettivo, la cui cancellazione determina la definitiva estinzione ex art. 2945 c.c."* - Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 29676 - pubbl. 07/09/2023. Conforme alla pronuncia in rassegna, cfr. Tribunale di Ancona 11 gennaio 2023 e Tribunale

di Rimini 15 febbraio 2023, Tribunale di Treviso 7 febbraio 2023.

<sup>4</sup> Inteso come quello stato del debitore che non riesce a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, che tende a manifestare con inadempimenti o altri fattori esterni.

<sup>5</sup> Bisogna intenderlo come stato di squilibrio economico-finanziario che renda quantomeno prossimo lo stato di insolvenza.

<sup>6</sup> LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Civilista*, giugno 2019.



L'accesso al concordato minore è garantito anche quando sia solo un familiare a svolgere attività d'impresa o professionale, potendo presentare così un piano unitario secondo le regole del concordato. Occorre chiarire che gli altri componenti del nucleo possono non essere imprenditori od anche non esserlo più perché cancellati. Si considerano come nucleo familiare: il coniuge, i parenti sino al grado quattro e gli affini entro il secondo, oltre alle parti dell'unione civile ed i conviventi di fatto (art. 66, co.2 CCII).

Così il compenso spettante all'organismo di composizione della crisi, facendo fede al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, è ripartito a carico di ogni membro del nucleo familiare, ma in via solidale, in proporzione all'ammontare dei debiti imputabili a ciascun membro (art. 66, co. 4 CCII). Quando la presentazione delle domande sarà effettuata per ognuno dei diversi membri della famiglia, spetterà al giudice incaricato disporre il loro coordinamento.

#### **4. LE SOCIETÀ NON DI CAPITALI E IL SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE**

In questa tipologia il socio risulta illimitatamente responsabile verso le obbligazioni contratte dalla società. Nella società di persone il socio non può in via autonoma accedere alla procedura negoziata con il fine di appianare i debiti sociali sino a che la società stessa sia esistente e così anche il rapporto sociale.

La società sotto soglia dovrà così proporre un concordato minore ove gli effetti saranno a favore anche del socio illimitatamente responsabile che

però sarà esdebitato unicamente per le obbligazioni sociali, così come recita l'art. 79, comma 4, CCII, "*Salvo patto contrario, il concordato minore della società produce i suoi effetti anche per i soci illimitatamente responsabili*". Così anche nel caso in cui la società di persone privilegiasse il procedimento di liquidazione controllata, gli effetti della liquidazione si avrebbero anche per i soci illimitatamente responsabili (art. 256 e 270 CCII).

Il socio che ha debiti personali di natura consumeristica può usufruire ex art. 67 CCII della procedura di ristrutturazione, anche contestualmente alla procedura che la società eventualmente ha scelto di adottare per i debiti a quest'ultima ascritti. In quest'ultimo caso però il socio non può ripianare, nella procedura ex art. 67 CCII, quei debiti societari gravanti sulla sua persona, proprio perché avente la qualifica di consumatore, che pertanto seguiranno il corso della eventuale procedura scelta dalla società<sup>7</sup>.

Unica eccezione riguarda la richiesta di accesso alla procedura di liquidazione controllata, la quale prevede anche tutto l'ammontare debitorio del socio.

Il concordato minore tuttavia è uno strumento, escluso come detto al consumatore, oltre che per l'imprenditore minore od agricolo o per il professionista, anche per quei debitori di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), in stato di sovraindebitamento (art. 74, primo comma CCII).

In particolare il socio illimitatamente responsabile, non sarà soggetto a liquidazione giudiziale, in estensione alla procedura della società sopra soglia, quando sarà passato l'anno dalla cancellazione della società dal Registro delle Imprese (art. 33 CCII) o quando sarà trascorso un anno dalla perdita della qualità di socio (art. 256 CCII).

<sup>7</sup> SCOPSI, *La procedura di concordato minore* p.225, in PELLECCIA-MODICA, *La riforma del sovraindebitamento nel CCII*, Pacini Editore 2020.



Nel caso in cui la società di persone “sopra soglia” sia cancellata, se la procedura di liquidazione giudiziale sarà aperta entro l’anno dalla cancellazione (art. 256 CCII), l’efficacia della sentenza sarà estesa anche al socio illimitatamente responsabile comportando anche per quest’ultimo uguale procedura. In caso contrario, qualora fosse già decorso l’anno e la procedura per la società non si potesse più attivare, allora il socio illimitatamente responsabile potrà accedere al concordato minore, con la possibilità di poter definire sia la posizione personale che quella societaria in unica procedura. Uguali considerazioni si dovranno fare nel caso del recesso. Quindi se il socio illimitatamente responsabile ha formalizzato il recesso al Registro Imprese sarà sottoposto a liquidazione giudiziale quando si avrà apertura della procedura in capo alla società entro l’anno (art. 256 CCII). Quando invece sarà già trascorso un anno dal recesso del socio, la liquidazione giudiziale della società non ha effetti sul socio receduto che può così proporre il concordato minore per la definizione della sua posizione debitoria, personale e societaria. Quest’ultima circostanza porterebbe ad una contestuale pendenza delle due procedure; procedure entrambe liquidatorie o concordatarie.

Nel caso di società di persone “sotto soglia” e dunque non assoggettabile a liquidazione giudiziale, il socio illimitatamente responsabile dovrebbe aver accesso al concordato minore sin da subito per poter definire i propri debiti. Tuttavia, in considerazione di quanto sancito negli artt. 256 e 270 CCII, nel caso vi sia l’apertura della liquidazione controllata in capo alla società, ciò comporta l’apertura dell’analoga procedura per il socio illimitatamente responsabile, facendo cessare l’eventuale già avviato concordato minore.

Così dunque anche per la società sotto soglia se è già cancellata da un anno dal Registro Imprese, la liquidazione controllata della società non può mai essere aperta e pertanto la debitoria sociale

nonché personale del socio, è definibile solamente mediante una procedura promossa ad iniziativa dal socio illimitatamente responsabile. Trascorso invece un anno dalla comunicazione al Registro Imprese del recesso del socio, la liquidazione controllata della società non produce effetti sul socio receduto che può così attivare la procedura da crisi da sovraindebitamento.

## 5. LA DOMANDA ED IL SUO CONTENUTO

La domanda formulata con il tramite dell’Organismo di composizione deve obbligatoriamente essere depositata nel tribunale competente come disposto dall’art. 27, co.2, CCII: “*Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza diversi da quelli di cui al comma 1 e le controversie che ne derivano è competente il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali*”. L’organismo preposto, OCC, deve dare comunicazione entro sette giorni dalla data di conferimento dell’incarico, all’Agenzia della Riscossione ed agli Uffici Tributarî, compresi anche gli Enti Locali, che risultano essere competenti in base all’ultimo domicilio fiscale del cosiddetto proponente. Proprio gli Enti locali dovranno entro un termine massimo di quindici giorni trasmettere l’importo del debito tributario e gli accertamenti che in quel momento risultano ancora pendenti verso il debitore.

Con la domanda deve essere formulata altresì la proposta del piano, la relazione particolareggiata dell’OCC oltre alla documentazione seguente: 1- il piano ed i bilanci, scritture contabili e fiscali oltre alle dichiarazioni dei redditi dei tre anni anteriori o, se in attività da meno tempo, degli esercizi precedenti; 2- relazione aggiornata che rappresenti la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica; 3- un elenco dei creditori, compreso di domicilio digitale qualora vi sia, che precisi anche le cause di prelazione nonché il dovuto; 4- tutti gli atti di straordinaria amministrazione che sono stati





compiuti negli ultimi cinque anni (o dall'inizio dell'attività se in essere da minor tempo); 5- qualsiasi documentazione attesti le varie entrate della famiglia, precisando anche quanto richiede il mantenimento della stessa.

Unitamente a questa documentazione il giudice analizza attentamente la relazione particolareggiata redatta dall'OCC, la quale deve contenere l'indicazione: 1- le cause dell'indebitamento e della diligenza che il debitore ha impiegato nell'adempiere tutte le obbligazioni assunte; 2- dei motivi che ha contribuito a causare l'inadempiente il debitore; 3- gli atti già impugnati dai creditori al momento della stesura della relazione; 4- dell'attendibilità e della completezza della documentazione prodotta dal debitore accostata alla convenienza nell'adottare il piano concordatario rispetto alla liquidazione; 5- dei costi che la procedura produrrà; 6- di modalità, tempi e percentuale relativi al soddisfacimento del creditore; 7- dei criteri adottati nel formare le classi, se inserite nelle proposte. Compito dell'OCC sarà anche quello di indicare se i finanziamenti erogati sono stati dati sulla base del merito creditizio che aveva a suo tempo l'odierno debitore.

La proposta ha un contenuto libero ed il soddisfacimento dei creditori, anche solo parziale, si può attuare con qualsiasi forma e modalità, compresa la divisione in classi che risulta obbligatoria quando vi sono creditori che sono titolari di garanzie prestate da terzi (art. 74 comma 3)<sup>8</sup>. Questa proposta è indirizzata ai creditori cosiddetti chirografari, i quali risultano destinatari di modalità di soddisfo non integrale come la *datio in solutum*, mediante cessione dei crediti futuri o l'accollo dei debiti da parte dei terzi. La proposta non va inviata ai creditori privilegiati che però hanno diritto al soddisfo integrale; salvo la rinuncia di quest'ultimi, sia totale che parziale alla garanzia stessa ed al pagamento integrale,

garantendo loro così l'acquisizione del diritto di voto (art. 79 CCII). Nei crediti generati dai mutui con garanzia che grava sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa e determinata nell'art. 75 comma 3, l'OCC deve attestare che il credito garantito si possa soddisfare integralmente mediante il ricavato della liquidazione del bene al valore di mercato unitamente al fatto che il rimborso delle rate a scadere non rechi danno per i diritti degli altri creditori.

## **6. IL CONCORDATO MINORE CON RISERVA. UNA RIFLESSIONE SUL POSSIBILE SVILUPPO**

La breve riflessione che mi accingo a proporre, riguarda l'idea di assimilare al concordato preventivo con riserva anche il "fratello minore" ipotizzando così una forma ed una possibilità anche per l'imprenditore minore.

Il concordato minore con riserva sarebbe da proporre non al tribunale in composizione collegiale come il concordato preventivo, bensì in composizione monocratica in base a quanto previsto dall'art. 76, co. 6 CCII.

La formula "con riserva", espressamente prevista per il fratello maggiore, è forse ipotizzabile anche nel concordato minore proprio grazie a quanto disposto nell'art. 271 CCII.

Il debitore, nei cui confronti il pubblico ministero o un creditore abbiano chiesto l'apertura della liquidazione controllata, ottiene dal giudice un termine affinché venga integrata la domanda, finalizzata alla sua presentazione che si può ipotizzare valga anche qualora si trasformi in una proposta di concordato minore. L'art. 271 CCII, atto a regolare il concorso tra procedure, prevede proprio uno

<sup>8</sup> Comma modificato dall'art. 12 comma 1 D.Lgs 26 ottobre 2020, n.147 in corso dalla data del 15 luglio 2022.



spazio temporale tra quando viene depositata la domanda di accesso al concordato minore ed il momento in cui bisogna invece effettuare la *disclosure* relativa al piano ed alla proposta; ipotizzando appunto una similitudine con il lasso temporale disposto per il concordato preventivo.

Orbene, considerando ammissibile la domanda prenotativa di concordato minore, diviene importante anche comprendere quali possibili effetti possono manifestarsi dal deposito della cosiddetta domanda “in bianco”. Ciò in considerazione del fatto che nel caso di concordato minore l’unico effetto scaturente dal deposito della domanda risulta essere la sospensione degli interessi, salvo che i crediti non siano garantiti da pegno, ipoteca od anche privilegio.

Nel concordato preventivo, con il deposito prenotativo, si fissano invece ulteriori effetti che potrebbero risultare utili anche all’imprenditore minore. Si pensi come esempio il congelare le ipoteche giudiziali sui beni immobili propri del debitore nei novanta giorni anteriori la data di pubblicazione sul Registro delle Imprese della domanda.

Si può anche ravvisare uno spiraglio di riflessione se si considera quanto dispone l’art. 44, co.1 lett.a) CCII che prevede la domanda sia depositata con riserva di presentare successivamente la proposta, il piano e gli accordi, creando dunque un termine futuro atto al deposito dell’intera documentazione. Dunque nell’ottica della fattibilità di far pervenire successivamente la documentazione, esiste il concetto che anche la procedura del concordato minore con riserva sia plausibile e non estromessa rispetto a ciò che è previsto per le altre procedure. Del resto l’art. 37, co.1 CCII prevede che la domanda di accesso agli strumenti della crisi e dell’insolvenza sia appunto proposta con ricorso da parte del debitore.

Ritengo però doveroso riportare quanto disposto dal tribunale di Milano che, di parere decisamente opposto e dunque non incline a concepire un’idea di “concordato minore in bianco”<sup>9</sup>. Con la pronuncia del 5 ottobre 2022, sez. II, il tribunale si è espresso con quella che risulta ad oggi essere l’unica decisione sul tema specifico, ritenendo che l’art. 44 CCII, che consente al debitore di presentare una domanda di concordato con riserva, non sia applicabile al concordato minore.

Nel caso di specie il debitore ha presentato al tribunale un ricorso ex artt. 44 e 65 CCII, chiedendo la concessione di un termine atto al deposito del piano correlato alla proposta di concordato minore. Il tribunale lombardo precisa esserci comunque un dibattito in merito all’operatività dell’art. 44, co. 1, CCII anche per il concordato minore pur precisando nelle proprie conclusioni che il dato strettamente letterale esclude l’applicazione della “riserva” al concordato minore nonostante sostenga certamente che l’art. 65, co. 2 CCII richiami il titolo III ove è compreso l’art. 44 CCII. Quest’ultimo prevede però l’assegnazione di un termine futuro unicamente nelle ipotesi previste dal comma 1, lettera a) che interessano il deposito della proposta di concordato preventivo, della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti od anche della domanda di omologazione del piano di ristrutturazione, art. 64-bis.

Inoltre il tribunale milanese identifica nella normativa del concordato minore una autonoma disciplina e pertanto speciale, sia nel contenuto della proposta sia negli allegati occorendi. Ritiene infatti che “*la clausola di salvaguardia di compatibilità di cui all’art. 65, co. 2, CCII rende pertanto recessiva la prospettata applicazione analogica dell’art. 44 CCII, ravvisandosi per il concordato minore una disciplina speciale di dettaglio rispetto a quella generale di cui al titolo III, non frutto*

<sup>9</sup> FILIPPO RASILE - GESSICA ZANOTTI, *ilFallimentarista.it*, fasc. 20 marzo 2023



*di un difetto di coordinamento ma rispondente ad una scelta del legislatore”.*

Precisa il tribunale di Milano che non si possa concepire di ammettere una domanda di concordato minore in bianco rifacendosi a quanto disposto dall'art. 44 neppure richiamando a sostegno il disposto dell'art. 271, co. 1 CCII. Quest'ultimo prevede che qualora la domanda di liquidazione controllata sia proposta dai creditori ed il debitore chiede l'accesso ad una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, il giudice gli conceda il termine per l'integrazione della domanda. Detta norma lascia potenzialmente adito ad un'interpretazione che accorderebbe al debitore la facoltà di poter presentare la domanda di concordato minore in bianco. I giudici del tribunale di Milano non ritengono si possa presentare una domanda di concordato minore in bianco rifacendosi all'art. 44 neanche richiamando il disposto dell'art. 271, co.1 poiché si attua solo nel caso in cui sia già pendente una procedura di liquidazione controllata promossa dai creditori. Tale era ed è l'intento del legislatore atto a concedere il termine per poter integrare una richiesta e congelare la richiesta di liquidazione controllata già esistente.

Il provvedimento precisa che gli imprenditori commerciali ed agricoli sotto soglia hanno a disposizione l'accesso alla composizione negoziata e le misure di protezione ad essa contemplate.

Resta la riflessione sul perché il legislatore abbia voluto concedere all'impresa che si può avvalere del concordato minore, una possibilità in meno rispetto a quella definita sopra soglia, che può invece beneficiare della possibilità della domanda con riserva. Insomma mi pongo quantomeno il dubbio del perché se il legislatore non ha chiaramente indicato o specificato la possibilità della proposta “in bianco”, quest'ultima non si debba attuare anche nel concordato minore, visto che risulterebbe utile in considerazione del tessuto sociale a cui si rivolge e lascerebbe molto più margine ad

imprese minori di sopravvivere e riemergere da una situazione sfavorevole peraltro più probabile in quanto sviluppatasi in quella struttura produttiva più soggetta, per dimensioni e tipologia, ad essere colpita da una crisi che oggi come momento storico risulta quotidiana.

## **7. LA PROCEDURA CON L'AMMISSIONE**

Il giudice analizza la domanda e può dichiararla ammissibile od anche inammissibile. Essendo iscritto all'Ordine degli Avvocati del Foro di Brescia, cito il caso del tribunale di Brescia che ad oggi ha un'unica pronuncia emessa dal dott. Stefano Franchioni (N. 31-1/2022 p.u.). Rilevava il giudice adito che inizialmente con ricorso del settembre 2022 il debitore chiedeva di accedere alla procedura di concordato minore, aperta poi con decreto. Successivamente all'informativa del gestore della crisi, appurava lo stesso giudice che l'indebitamento derivava in massima parte dalla precedente attività imprenditoriale del ricorrente, il quale a sua volta si era cancellato dal registro delle imprese nell'anno 2018. Pertanto, proprio ai sensi dell'art. 33, quarto comma CCII, la domanda di accesso alla procedura risultava essere inammissibile; tuttavia poiché nell'atto introduttivo il debitore chiedeva in subordine l'apertura della liquidazione controllata, l'autorità preposta disponeva la revoca dell'iniziale provvedimento con cui era stata aperta la procedura, dichiarava altresì inammissibile la domanda e successivamente, in sede collegiale, accoglieva la domanda proposta in via subordinata.

L'inammissibilità si ha, ex art. 77 CCI, nei seguenti casi: 1- se il soggetto sovraindebitato risulti già esdebitato per due volte od abbia dato seguito a tale istituto nei cinque anni precedenti il deposito della domanda; 2- non ci siano i requisiti dimensionali che permettono accesso al sovraindebitamento; 3- ci siano in essere atti compiuti dal debitore con l'intento di frodare i creditori; 4- risultano



incompleti o mancanti i documenti specificati negli artt. 75 e 76.

Nel caso il giudice consideri la domanda ammissibile, dispone con decreto l'apertura della procedura e ne ordina la comunicazione ai creditori insieme alla proposta. Con il decreto che ne dichiara l'apertura il giudice dovrà: a- disporre la pubblicazione nell'area dedicata del sito del tribunale o del Ministero della giustizia, oltre al registro delle imprese qualora il debitore svolga attività d'impresa; b- ordinare la trascrizione del decreto negli uffici competenti qualora il piano comprenda la cessione od anche l'affidamento a terzi dei beni sia mobili registrati che immobili; c- se vi è istanza del debitore disporre sino alla definitiva omologa del provvedimento, l'impossibilità di iniziare o comunque proseguire le azioni esecutive individuali, non disporsi sequestri conservativi e nessun diritto di prelazione sul suo patrimonio da parte di quei creditori che siano muniti di titolo o di causa che risulti anteriore alla pronuncia del decreto stesso; d- assegnare ai creditori un termine massimo di trenta giorni per consegnare all'OCC, mediante posta elettronica certificata<sup>10</sup>, la dichiarazione di adesione o non adesione alla proposta di concordato con le contestuali contestazioni.

Qualora il debitore lo richieda (art. 78, comma 2-bis) il decreto di ammissione può indicare la nomina del commissario giudiziale a cui, dalla nomina appunto, vengono affidate le funzioni da OCC. Tale situazione avviene nel caso venga disposta la sospensione generale delle azioni esecutive individuali e si vogliano tutelare gli interessi delle parti. Inoltre, nel medesimo tempo, si deve trattare di concordato minore in continuità che però verrà omologato, o quantomeno si prevede venga

omologato, senza il voto favorevole della totalità delle classi.

### **8. GLI EFFETTI CONSEGUENTI ALL'AMMISSIONE**

Per il debitore, da quando si ha la pubblicazione del decreto, inizia una nuova fase per la gestione dei propri beni. Egli conserva l'amministrazione dei beni oltre all'esercizio dell'attività, ma sotto la sorveglianza dell'organo preposto, ossia dell'OCC. Inoltre, come stabilisce l'art. 78 al comma 5, non ha la possibilità di compiere alcun atto di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del giudice, altrimenti questi atti saranno considerati inefficaci anche rispetto ai creditori anteriori. Importante risulta considerare che qualora il giudice ritenga questi atti di straordinaria amministrazione compiuti senza la sua autorizzazione e perciò valutati come atti volti a frodare il creditore, si potrà arrivare alla revoca dell'ammissione al concordato minore. Così sia il creditore che il pubblico ministero, a fronte dell'avverarsi di tali eventi, potranno, depositando istanza, convertire il concordato minore in liquidazione controllata. L'art. 268 CCII, dispone nel comma 2 che: *“non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è inferiore a euro cinquantamila”*.

I crediti pecuniari si devono considerare scaduti alla data di apertura della procedura ed inoltre gli interessi, siano essi legali o convenzionali, vengono sospesi sino alla chiusura della procedura; detta sospensione però non si applica qualora i suddetti crediti siano garantiti da pegno, privilegio o da ipoteca (art. 76, comma 5).

---

<sup>10</sup> Risulta valido anche altro servizio elettronico di recapito certificato, se riconosciuto ai sensi dell'art. 1, comma 1 *ter*, codice amministrazione digitale – d.lgs. 82/2005.

Se trattasi di debitore che veste la qualifica di società non si ha nessun effetto sia in merito al contratto sociale che in merito all'organizzazione. In questo caso gli organi sociali continuano ad operare nelle proprie funzioni riconosciute dalla legge e dal proprio atto costitutivo, pur sottostando a quelle limitazioni relative agli atti di straordinaria amministrazione.

## **9. APPROVAZIONE ED OMOLOGAZIONE**

Con il D.lgs. 147/2020, definito "correttivo", sono mutati i criteri per l'approvazione del concordato minore. Quest'ultimo viene approvato quando i creditori rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui un creditore è detentore di crediti che risultano superiori alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, si ha approvazione del concordato qualora vi sia la maggioranza per teste dei voti di quei creditori che sono ammessi al voto.

Contrariamente a quanto sopra non hanno diritto e pertanto non vengono calcolati al fine del raggiungimento della maggioranza: 1- i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca ove la proposta preveda il soddisfo integrale, salvo il caso di rinuncia, totale o parziale, a tali privilegi; 2- il coniuge, la parte dell'unione civile il convivente di fatto nonché parenti ed affini fino al quarto grado, la società controllante quella debitrice oltre alle società che a loro volta sono controllate da quella debitrice nonché le società che sono sottoposte a comune controllo. Inoltre, rientrano in questa categoria, anche i cessionari e gli aggiudicatari dei loro crediti risultanti da meno di un anno dalla presentazione della domanda. Infine vengono esclusi

anche quei creditori che risultano in conflitto d'interessi<sup>11</sup>.

Il nuovo codice possiamo definirlo pro concordato minore, nel senso che prevede il cosiddetto principio del silenzio-assenso, ossia quando non vi è la comunicazione della dichiarazione di voto all'OCC nel termine previsto, si ritiene che i creditori abbiano dato consenso alla proposta (art. 79, comma 3).

Risulta importante comunque precisare che anche qualora il concordato minore venisse approvato, i creditori non vedono pregiudicati i loro diritti nei confronti degli obbligati e così anche i fideiussori del debitore stesso e dell'obbligato in via di regresso. Questi diritti però decadono qualora vi sia uno specifico accordo contrario all'interno della proposta.

Quando viene raggiunta la maggioranza inizia la fase dell'omologazione in cui i creditori possono, eventualmente, far rilevare le loro contestazioni. Quando il giudice rileva sia l'ammissibilità giuridica che economica del piano presentato, unitamente al già citato raggiungimento delle maggioranze di legge, omologa il concordato con sentenza, ordinando sia le pubblicità che le conseguenti trascrizioni. In tale provvedimento avviene altresì dichiarata chiusa la procedura (art. 80 CCII).

Viene ora da chiedersi cosa accade qualora sia contestato il piano. Orbene, nel caso in cui vi sia un creditore escluso, discorde o comunque un qualunque interessato che contesti l'accordo, il giudice omologa il piano solo se reputa che l'alternativa della liquidazione sia meno conveniente al creditore. Quindi anche se dalla relazione dell'OCC emerge appunto una maggiore convenienza all'attuazione del piano, quest'ultimo viene omologato anche quando non c'è l'adesione

---

<sup>11</sup> P. FARINA, *La nuova disciplina del concordato minore tra semplificazioni e complicazioni*, in *Dir. fall.*, 2019, I, pp. 1369; I.L. NOCERA, *La proposta di concordato minore tra categorie civilistiche e regole*

*opzionali*, in E. PELLECCIA - L. MODICA, *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, p.181.





dell'amministrazione finanziaria, che serve per raggiungere la maggioranza, o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie. Il decreto "correttivo" introduce il *cram down* erariale (art. 80 comma 3)<sup>12</sup>. Questa particolare disposizione è stata inserita con lo scopo di poter evitare l'opposizione data dai funzionari dell'amministrazione finanziaria che potevano ipotizzare una responsabilità per il danno erariale, oltre svincolarsi dalla staticità degli istituti di previdenza che non acconsentono, generalmente, alla riduzione drastica del loro credito.

L'accordo omologato secondo il principio della maggioranza diventa obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità fissata dal giudice. Infine non è possibile presentare opposizione se non scaturente da comportamenti dolosi dettati dal debitore. Quando invece il giudice rigetta la domanda di omologazione, con decreto motivato (che è reclamabile) dichiara inefficaci le misure protettive accordate e, su precisa istanza del debitore, previa verifica dei presupposti di legge, apre la procedura di liquidazione controllata (artt. 268 e seguenti, Capo IX, CCII).

## 10. LA FASE ESECUTIVA

Questa fase ha molte analogie con la fase esecutiva del piano del consumatore.

Il soggetto sovraindebitato deve compiere gli atti necessari affinché si dia esecuzione al piano omologato affiancato dalla supervisione dell'organismo di composizione della crisi, il quale deve risolvere eventuali difficoltà che si manifestino (art. 81 CCII).

Una volta eseguito il concordato, l'OCC incaricato dopo aver sentito il debitore presenta al

giudice una relazione finale in cui è riportata ogni attività svolta. Esaminato quanto depositato dall'organo incaricato, il giudice, se ritiene che il piano è stato integralmente eseguito in modo corretto, procede alla liquidazione del compenso dell'OCC. In caso contrario, se vi è una mancata approvazione il giudice indica gli atti necessari per dare esecuzione al piano con termine per il loro compimento e può arrivare a revocare l'omologazione se non viene eseguito quanto richiesto. Quando il giudice rileva la negligenza dell'OCC, può escludere il compenso, sia parzialmente che in modo totale. Infine il giudice può revocare l'omologazione nei casi in cui il piano non è stato eseguito integralmente, quando si rende inattuabile o quando non è possibile apportare le modifiche necessarie.

## 11. LA REVOCA ALL'OMOLOGAZIONE

La revoca (art. 82 CCII) è pronunciata su istanza depositata dal pubblico ministero, da uno dei creditori o da chi risulti interessato oltre che d'ufficio dallo stesso giudice. Essa si ha quando: 1- il debitore ha aumentato o diminuito, sia con dolo o colpa grave, il passivo, od anche quando ha sottratto o comunque dissimulato una parte ingente dell'attivo; 2- sono stati simulati con dolo attività inesistenti; 3- vengono commessi altri atti con l'intento di frodare le pretese creditorie.

Tuttavia l'istanza di revoca non potrà mai in nessun caso essere proposta, anche dallo stesso giudice, se sono già trascorsi sei mesi da quando l'OCC ha presentato la relazione finale.

L'OCC ha anche l'obbligo di mettere in evidenza tutte quelle circostanze che possono dare luogo alla revoca dell'omologazione (art. 82 CCII).

---

<sup>12</sup> Comma così sostituito dall'art. 12, comma 6, lett. a), D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, a decorrere dal 15 luglio 2022.



Lo stesso giudice incaricato prima di procedere, deve sentire le parti anche con scambio di memorie scritte e provvede alla revoca con sentenza reclamabile o, al contrario, rigetta la richiesta con decreto motivato.

L'art. 83 CCII, quale norma di chiusura, prevede che il giudice previa istanza del debitore, disponga la conversione in liquidazione controllata. L'istanza di conversione può essere proposta anche dai creditori o dal pubblico ministero qualora vi siano atti di frode alle ragioni dei creditori o inadempimenti.

Nel caso in cui il concordato minore venga convertito in liquidazione controllata, il giudice concede un termine al debitore per l'integrazione della documentazione ulteriore e necessaria allo svolgimento di questo procedimento (art. 270 CCII).

## ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE O DI DISCIPLINA E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA: SPUNTI DI RIFLESSIONE E ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI\*

di **Federico ALOISIO\*\***

### ABSTRACT

*Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare il rapporto intercorrente tra le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 571 e 572 c.p., alla luce della copiosa giurisprudenza di legittimità sul punto e delle riflessioni maturate in ambito sociologico sul ruolo della famiglia nell'ordinamento nazionale.*

### SOMMARIO

1. **Sviluppi diacronici del concetto di “famiglia”**.....87
2. **Sulla distinzione tra “abuso” e “maltrattamento”** .....90

### 1. SVILUPPI DIACRONICI DEL CONCETTO DI “FAMIGLIA”

Nell'approcciarsi alla lettura della presente disamina, appare opportuno – se non doveroso – operare alcune considerazioni preliminari sul tema dei delitti contro la famiglia (segnatamente, su quello inerente ai maltrattamenti contro familiari e conviventi *ex art. 572 c.p.* e sul rapporto intercorrente tra siffatta figura di reato e quella che la precede, ovvero sia il delitto di abuso di mezzi di correzione e disciplina *ex art. 571 c.p.*) sul quale, peraltro, la Suprema Corte si è pronunciata con una

alluvionale giurisprudenza di legittimità: il punto di arrivo del presente lavoro sarà, invero, la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 17558/2023 nella quale viene affrontata la questione relativa ai criteri ermeneutici attraverso cui accertare se vi sia operatività della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 571 c.p. ovvero quella di cui al successivo art. 572 c.p.

Si anticipa sin d'ora che, nel caso *de quo*, la Suprema Corte ha disposto l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio dinanzi alla Corte di Appello di Bologna, ritenendo sussistente il vizio di violazione dell'art. 571 c.p., avendo il Tribunale erroneamente riqualificato l'originaria imputazione per maltrattamenti contro familiari e conviventi *ex art. 572 c.p.*

Preliminarmente, si ritiene indispensabile dedicare qualche battuta al contesto nel quale tali reati maturano e si realizzano, vale a dire quello familiare.

La famiglia, d'altro canto, rappresenta un istituto multilivello che si presta a valutazioni e indagini di vario spessore: non solo istituto giuridico di punta nel nostro ordinamento tanto sul versante sostanziale (si pensi ai delitti contro la famiglia e alle norme sulla tutela sociale della maternità nel diritto penale e, ancora, alla disciplina sulla famiglia di matrice civilistica) quanto processuale (basti pensare all'art. 199 c.p.p. che impone al giudice di rivolgere una serie di avvertimenti al testimone che sia prossimo congiunto dell'imputato e che, quindi, potrà decidere di astenersi dall'obbligo di deporre contro il reo).

Se considerato in una prospettiva storica e sociologica, il concetto di “famiglia” è germogliato in

\* Cass. Pen., Sez. VI, 28.2.23 (dep. 27.4.23), n. 17558, Pres. Fidelbo, Est. Triplicione.

\*\* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante *ex art. 73 L. 69/2013* presso la Procura della Repubblica di Trieste.



dinamico rapporto circolare con lo sviluppo economico, sociale e culturale, tant'è che il dibattito pedagogico ha edificato una solida arena dei perché, indagando la nozione stessa di famiglia e le sue caratteristiche tipiche in termini tanto fisiologici quanto patologici, tentando di evidenziare altresì gli orientamenti assiologici fondanti le relazioni all'interno del nucleo familiare.

La storia del pensiero sociologico e antropologico<sup>1</sup> testimonia l'inesistenza di un unico modello familiare e che ciascun archetipo di famiglia ha incessantemente prestato il fianco alle dinamiche del momento storico considerato, conformando la propria intrinseca ontologia alle feconde influenze da esso promananti. Precisamente, i modi di pensare la famiglia possono essere letti come il prodotto razionale di processi storici e socio-culturali che rendono le "famiglie" modelli complessi, dinamici e in continuo divenire, non strettamente incasellabili in rigide elaborazioni giuridiche di politica criminale, rappresentando la famiglia «un'isola che il mare del diritto deve solo lambire»<sup>2</sup>. Differenziazione dell'organizzazione sociale e pluralità delle forme familiari rappresentano, infatti, due facce della stessa medaglia in un rapporto di biunivoca coesistenza, sicché senza l'una non v'è nemmeno l'altra; e a ben vedere, lo studio di tale rapporto simbiotico consente di scorgere almeno due profili problematici sul tema, ancorché non strettamente giuridici bensì più antropologici che, se esaminati alla luce della loro possibile patogenicità, li colorano di contenuto riflessioni di matrice civilistica o penalistica, atteso che – *in primis* – maggiore è la stratificazione

sociale, maggiore sarà la probabilità che ciascun elemento della famiglia vada per conto proprio, provocando – *in secundis* – un indebolimento del significato della propria responsabilità nei confronti dell'unione familiare e verso gli altri componenti.

Tale è il contesto nel quale i comportamenti anti giuridici di settore trovano terreno fertile e da qui prendono le mosse le riflessioni che verranno svolte sul tema, a partire dal significato che il concetto di "famiglia" ha assunto nel tempo, il cui assetto sociale e normativo dimostra come il tentativo di individuare una definizione tassativa e uniforme – almeno sulla soglia del diritto penale – sia destinato a fallire ineluttabilmente. Non sorprende, infatti, che lo stesso codice civile non si sforzi di definire la famiglia e che l'art. 29 Cost. affermi che «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale», con ciò affermando, da un lato, la consapevolezza del valore originario e pre-giuridico del consorzio familiare e, dall'altro, l'impegno di rispettare la sua autonomia, salvi i casi di incapacità dei genitori per cui si attiva l'intervento in difesa dei figli (art. 30 comma 2 Cost.)<sup>3</sup>. Tale dato normativo milita nel senso di riconoscere la famiglia quale spazio entro cui trovano (*rectius* dovrebbero trovare) soddisfazione i bisogni fondamentali dell'individuo: è un territorio protetto e, per antonomasia, luogo di apprendimento di valori sociali entro il cui perimetro la persona definisce sé stessa e costruisce la propria personalità nel costante confronto con gli altri<sup>4</sup>. Ciò nondimeno, non è così infrequente che gli ingranaggi di questo meccanismo si inceppino, sicché la famiglia, da luogo di

<sup>1</sup> *Ex multis*, cfr. S. CHIARA - M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino Editore, 2020, *passim*; P. DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, Laterza Editore, 2006, *passim*.

<sup>2</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, II, n. 38, 1948.

<sup>3</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI – C. GRANELLI, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p.1195.

<sup>4</sup> Cfr. G. PONTI, *Compendio di Criminologia*, IV edizione, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, p. 351, in cui l'A. sostiene che la famiglia rappresenta «il fondamento psicologico e razionale per ogni tipo di sviluppo umano e, infatti, nonostante le modalità variate della struttura familiare, tutte le società mantengono costante un loro sistema familiare. È proprio il fatto che la famiglia sia il luogo primario e privilegiato ove si stabiliscono le prime relazioni che la rende particolarmente importante come nucleo centrale delle esperienze individuali dell'identità personale».



protezione dal crimine, muta fattezze, disvelando connotati patologici sintomatici dell'emersione di una specifica delittuosità violenta, per certi versi ben più grave di molte altre proprio per il luogo in cui la violenza si consuma e per i rapporti fra i soggetti interagenti<sup>5</sup>. A tal fine, appare dirimente comprendere cosa s'intenda per famiglia, anche grazie all'ausilio fornito dagli studi effettuati sul punto. I mutamenti sociali e culturali che hanno attraversato il predetto concetto hanno evidenziato l'emersione di un istituto dai tratti peculiari e la cui stratificazione ha messo in luce l'esistenza di legami non più soltanto basati sulla consanguineità bensì caratterizzati da consuetudini di vita tali da concretarsi in relazioni emotive, attuali e passate<sup>6</sup>, sicché dovrà intendersi "famiglia" ogni consorzio di persone tra le quali intercorre un legame di relazioni continuative e di consuetudini di vita affini a quelli di una normale famiglia legittima<sup>7</sup> e rispetto alle quali si sono sviluppati rapporti di assistenza e solidarietà<sup>8-9</sup>. L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, infatti, ha determinato la formazione di orientamenti giurisprudenziali con funzione adeguatrice che hanno colto la necessità di riesaminare e accertare il significato intrinseco dell'art. 572 c.p.

nel sistema, creando un vero e proprio spaccato tra le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali del primo decennio del Codice Rocco e le successive<sup>10</sup>, giungendo a ritenere che l'art. 572 c.p. dispieghi la sua operatività non soltanto con riferimento a quei nuclei familiari fondati sull'istituto del matrimonio bensì, invece, a qualsiasi relazione che, in base ad un agire consuetudinario, abbia determinato l'insorgenza di vincoli affettivi e di assistenza sovente equiparabili a quelli tipici della famiglia o della abituale convivenza<sup>11</sup>, focalizzando l'attenzione sull'esistenza di una condotta di vita che poggi su rapporti di solidarietà e strette relazioni, siano esse sentimentali ovvero familiari in senso stretto, ancorché in assenza di una stabile convivenza; e proprio l'elemento negativo dell'instabilità perde ogni sua connotazione escludente in tal senso per effetto della mera manifestazione di voler intraprendere un percorso comune di progettazione della propria vita futura sì da palesare, financo in termini meramente potenziali, la prospettiva di una certa stabilità tra i due amanti<sup>12</sup>. Giova, in proposito, ricordare che l'oggetto giuridico del reato di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.* non appare soltanto costituito dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della

<sup>5</sup> G. PUJA – R. NARDONE, *La violenza nelle relazioni familiari*, in *Rass. penit. e crim.*, fasc. 1/2010, p. 6.

<sup>6</sup> In tema, si confrontino anche i contributi a seguire: R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1599 ss.; ID., *La famiglia, le famiglie*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale – Reati contro la famiglia*, a cura di M. BERTOLINO, Torino, 2022, pp. 1 ss.; ID., *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *Leg. pen.eu.*, 23 marzo 2021, pp. 1 ss.; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 574 ss.; M. DEL TUFO, *I delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale, Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, a cura di D. PULITANÒ, Torino, 2019, pp. 496 ss.; S. PREZIOSI, *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di S. PREZIOSI, 2011, Napoli, pp. 19 ss.; P. ZATTI, IV, Milano, 2011, pp. 5 ss.; ID., *Cornici di famiglia nel diritto penale italiano*, Padova, 2014, pp. 14 ss.; M. RIVERDITI, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pp. 555 ss.; A. SPENA, *Reati contro la*

*famiglia*, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. MAGLIARO, Milano, 2012.

<sup>7</sup> Cass. pen. Sez. VI, 5, 89 RP, 1991, 166.

<sup>8</sup> Cass. pen. Sez. III, 3.7.97., n. 8953.

<sup>9</sup> Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, vedasi, *ex multis*: Cass. pen., Sez. II, 16.6.59, Sorrentino, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 577 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 22.5.2008, Baglione, in *Mass. Uff.*; Cass. pen., Sez. VI, 3.7.2008, Di Salvo, in *Mass. Uff.*; Cass. pen., Sez. V, 22.11.2010, C., in *Mass. Uff.*; Cass. pen., Sez. VI, 19.1.1011, M.P., in *De Jure*.

<sup>10</sup> In tal senso, cfr. F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, pp. 198 ss.; A. ROIATI, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 30.3.23.

<sup>11</sup> V. DE GIOIA, *Strumenti contro le violenze alla persona. Manuale pratico per la tutela delle vittime vulnerabili*, Edizioni Ad Maiora, 2023, p. 13.

<sup>12</sup> Cass. pen. Sez. VI, 11.2.2021, n. 17888, Pres. Petruzzellis, est. Costanzo.





famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma anche dalla difesa dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari.

Proprio in ciò è consistita la dirompenza dell'intervento, per così dire, ablativo della giurisprudenza di legittimità, ovvero sia nell'affermazione del carattere transeunte del concetto di famiglia, ove l'elemento tipico della convivenza si proietta all'esterno quale mera esteriorizzazione di un fattore primigenio qual è il legame affettivo derivante da una convivenza anzitutto psicologica e, soltanto poi, materiale<sup>13</sup>.

## 2. SULLA DISTINZIONE TRA “ABUSO” E “MALTRATTAMENTO”

L'indagine, certamente priva di pretese di completezza, sullo sviluppo e sulla definizione del concetto di famiglia rappresenta il punto di partenza delle riflessioni che saranno sviluppate a margine dei principi enucleati dalla Suprema Corte.

La pronuncia in esame si inserisce nell'ambito di una giurisprudenza di legittimità che, a più riprese, si è pronunciata sul tema del rapporto intercorrente tra le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 571 e 572 c.p., attesa la parziale omogeneità degli interessi tutelati e l'evidente sovrapposizione delle due figure con riferimento al contesto nel quale si sviluppano le condotte tipiche.

Prima di condurre l'analisi in parola dal punto di vista normativo ed esegetico, è d'uopo svolgere alcune riflessioni rispetto al ruolo che il minore riveste nell'ambito di siffatti delitti. Anzitutto, entrambe le norme presuppongono la sussistenza di

una condizione di preminenza del soggetto attivo del reato rispetto al soggetto minore, da evincersi precipuamente dalla differenza anagrafica intercorrente tra i due soggetti sì da ingenerare, nel minore stesso, una sorta di timore riverenziale, vale a dire uno stato di soggezione psicologica derivante dalla percepita severità o autorevolezza di un soggetto agli occhi di un altro, anche alla luce del rapporto fiduciario intercorrente tra i due<sup>14</sup>. Non è pura casualità, difatti, che le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 571 e 572 c.p. si costruiscano in larga misura proprio a partire dal complesso apparato gerarchico dei rapporti tra gli individui, tanto in contesti familiari quanto parafamiliari; d'altro canto, già l'interpretazione della rubrica riferita ai maltrattamenti si proietta al luogo ove v'è consumazione del reato, vale a dire la famiglia, concetto che – come s'è detto – si carica di implicazioni multiformi e si colora di nuovi significati ma che, dal punto di vista dell'indagine etimologica, nasce dal sostantivo latino *famīlia* (a sua volta derivante da *famulus*, “servitore, domestico”), voce per indicare l'insieme degli schiavi viventi sotto il medesimo tetto. Di qui l'idea di famiglia quale ambiente considerevolmente animato da logiche di sottoposizione di taluno all'autorità, al controllo, alla disciplina di qualcun altro nel quadro di un progetto formativo e di crescita sovente confuso con l'emersione di uno stato di inferiorità psicologica del minore e in una situazione di costante abbattimento e avvilitamento del medesimo<sup>15</sup>.

Proprio sulla scorta di tale assunto, la dottrina – e la giurisprudenza – ritengono che i due delitti in parola siano qualificabili quali reati propri, in virtù delle relazioni familiari, dei rapporti di

<sup>13</sup> V. DE GIOIA, *Strumenti contro le violenze alla persona*, cit., p. 14.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. III, 20.03.2018, n. 46043, Pres. Cavallo, est. Andronio; Cass. pen., sez. III, 04.02.2021, n. 13815, Pres. Rosi, est. Liberati;

autorità o delle ragioni di affidamento che connotano le due fattispecie.

Considerate dalla prospettiva della tutela del minore, le due norme – accomunate sotto il profilo soggettivo dal dolo generico<sup>16</sup> – si differenziano sotto il profilo oggettivo: nel reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina il soggetto ‘abusa’ di siffatti mezzi, purché si realizzi la condizione del pericolo della malattia nel corpo e nella mente; diversamente, nel reato di maltrattamenti l’agente ‘maltratta’ il minore, cioè pone in essere una molteplicità di episodi vessatori commissivi od omissivi<sup>17</sup>, reiterati nel tempo e diretti alla mortificazione o all’avvilimento del soggetto passivo, ciascuno dei quali astrattamente qualificabile quale autonoma ipotesi delittuosa<sup>18</sup>.

Il delitto di maltrattamenti ha, inoltre, subito intense stagioni di riforma, considerato che, fino

all’entrata in vigore della L. 69/2019, la tutela approntata alle ipotesi di maltrattamenti realizzati in presenza del minore (c.d. violenza assistita<sup>19</sup>) era duplice: da un lato, il maltrattamento cui il minore presenziava senza, tuttavia, ricavarne uno *status* di disagio e sofferenza psico-fisica integrava l’aggravante di cui all’art. 61, comma 1 n. 11 *quinquies* c.p.; dall’altro, la reiterata condotta vessatoria realizzata nei confronti dell’altro genitore alla presenza del minore si da cagionarne, in spregio ai suoi più elementari bisogni affettivi, ripercussioni negative sullo sviluppo psico-fisico, realizzava l’ipotesi della violenza assistita, ricompresa nel campo di operatività dell’art. 572 c.p.; pertanto, nella prima ipotesi – a differenza della seconda – il minore non poteva essere considerato persona offesa. In tale contesto si inseriva la novella del 2019, coordinandosi con il comma 4 dell’art. 572 c.p. secondo cui «il minore

<sup>16</sup> Ad ulteriore specificazione, cfr. Cass. pen. Sez. VI, 8.11.2002, n. 55, per cui l’elemento soggettivo non può ritenersi escluso in base alla c.d. “etica dell’uomo”, cioè sulla scorta di una data provenienza religiosa del soggetto agente né in virtù della rivendicazione di particolari potestà da parte di quest’ultimo con riferimento al proprio nucleo familiare, in quanto «i principi costituzionali dettati dagli artt. 2 e 3 Cost., attinenti alla garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo [...] sia come singolo sia nelle formazioni sociali [...] e relativi alla pari dignità sociale e all’uguaglianza senza distinzione di sesso, costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come ‘antistorici’ a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l’affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero».

<sup>17</sup> Tipiche ipotesi di maltrattamento per omissione sono le condotte omissive commesse dai responsabili sanitari nei confronti dei propri assistiti, rispetto ai quali la condotta de qua abbia prodotto sofferenze fisiche e morali di rilevante entità. In proposito, cfr. Cass. pen. Sez. VI, 19.11.94, n. 3965; Cass. pen. Sez. VI, 16.1.1991, n. 394. In dottrina, si cfr. *ex multis* G. MANERA, *L’istituto dell’affido familiare – aspetti giuridici*, in *Giur. mer.*, 2005, 7-8, p. 1733, in cui l’A. ritiene che, nell’ambito del rapporto genitore-figlio, basti «la volontarietà della condotta omissiva, un’oggettiva situazione anormale di privazione, non transitoria ma protratta nel tempo, di quelle cure ed attenzioni affettuose che, di solito, sono prestate dai genitori ai figli»; P. PISA, *Carenze sanitarie-assistenziali e maltrattamenti mediante omissione*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 208; T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc.*

*pen.*, 1998, p. 197. *Difformemente*, G. PAVICH, *Il delitto di maltrattamenti*, *cit.*, pp. 16-17.

<sup>18</sup> Cfr., *ex multis*, C. CASSANI, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, pp. 17 ss.; V. DE GIOIA, *Strumenti contro le violenze alla persona*, *cit.*, pp. 11 ss.; G. PAVICH, *Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Dir. pen. cont.*, 9.11.2012, p. 4; G. PUJA – R. NARDONE, *La violenza nelle relazioni familiari*, *cit.*, pp. 18 ss. Si consideri, poi, Cass. pen. Sez. VI, 16.5.96, n. 4904, secondo cui «il delitto di maltrattamenti di minore si consuma non soltanto attraverso azioni, ma anche mediante omissioni giacché ‘trattare’ un figlio [...] da parte di un padre implica almeno il rispetto della norma di cui all’art. 147 c.c. che impone l’obbligo di ‘mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli; e, per converso, ‘maltrattare’ vuol dire, in primo luogo, mediante costante disinteresse e rifiuto, a fronte di un evidente stato di disagio psicologico e morale del minore, generare o aggravare una situazione di abituale e persistente sofferenza, che il minore non ha alcuna possibilità né materiale né morale di risolvere da solo».

<sup>19</sup> Sul punto, vedasi M. BERTOLINO, *Il minore vittima del reato*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*; D. FALCINELLI, *La “violenza assistita” nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall’art. 61 n. 11 quinquies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, pp. 173 ss.; A. MASSARO – G. BAFFA – A. LAURITO, *Violenza assistita e maltrattamenti in famiglia: le modifiche introdotte dal c.d. codice rosso*, in *Giur. pen. trim.*, 1/2020, pp. 69 ss.



di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato». Nemmeno così infrequentemente è stata posta all'attenzione dei Giudici di legittimità la questione inerente alla compatibilità – dal punto di vista normativo e, quindi, logico – tra il reato di maltrattamenti in famiglia in danno di minore e il reato di maltrattamenti in famiglia aggravato dalla circostanza dell'essere stato commesso alla presenza di un minore, questione pacificamente risolvibile sulla scorta degli strumenti dell'ermeneutica classica, in special modo dell'interpretazione letterale, potendosi ravvisare una felice compatibilità tra le due ipotesi di reato di cui si è poc'anzi detto giacché, dal punto di vista della configurabilità dell'aggravante, non appare dirimente che gli atti di sopraffazione realizzati in presenza del minore rivestano i caratteri dell'abitudine richiesti dall'art. 572 c.p.<sup>20</sup>.

Differentemente, l'art. 571 c.p. si colloca, in una visione sistemica di più ampio respiro, nell'assetto realizzato dalle prescrizioni contenute nella Costituzione ma, altresì, nel contesto della riforma del diritto di famiglia del 1975 e della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino<sup>21</sup>. Invero, l'approvazione della Costituzione repubblicana del 1948 ha determinato un nuovo modo di intendere il c.d. *ius corrigendi*, vale a dire la relazione

esistente tra educatore e educando, sostituendo ad una narrazione improntata a profili gerarchici e autoritari un nuovo spirito di cooperazione e nuove modalità di partecipazione al disegno formativo, lautamente informato a inediti modelli educativi rispettosi della personalità e della dignità del minore<sup>22</sup>. Ne deriva, pertanto, che la reazione educativa dovrà sempre apparire proporzionata alla gravità del comportamento deviante del minore, senza – tuttavia – consistere in trattamenti lesivi della sua incolumità fisica o afflittivi della sua personalità<sup>23</sup>; sicché, il criterio distintivo fra la fattispecie di cui all'art. 571 c.p. e quella dell'art. 572 c.p. (o, in più in generale, rispetto agli altri delitti contro la persona) si ravvisa proprio nell'astratta liceità del mezzo educativo utilizzato, giacché – come efficacemente affermato dalla Corte di Cassazione con una giurisprudenza oramai pacifica – «è ipotizzabile un abuso in quanto sia lecito l'uso». L'eccesso nell'utilizzo di metodi di correzione violenti, pertanto, non potrà ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 571 c.p. (dovendosi, piuttosto, accertare l'applicabilità di altre fattispecie tipiche, quali – ad esempio – quella di maltrattamenti) in quanto «il presupposto applicativo di tale norma, imperniata su una condotta di *abuso*, consiste nella liceità dei mezzi adoperati, che difetta allorquando l'agente

<sup>20</sup> Per tutte, cfr. Cass. pen., sez. VI, 09.02.2021, n. 8323, Pres. Bricchetti, est. Aprile, nella quale la Suprema Corte ha ritenuto non esservi incompatibilità tra l'assoluzione dal reato di maltrattamenti in famiglia in danno di minori e la sussistenza del reato di maltrattamenti in danno della loro madre e della loro nonna, aggravato, *ex art.* 61 n. 11-*quinquies* c.p. dall'aver essi sporadicamente assistito alle condotte prevaricatrici.

<sup>21</sup> La presente Convenzione è stata approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la L. 176/1991 e riconosce al minore tutti i diritti fondamentali dell'uomo, con peculiare riferimento a quello del «pieno ed armonioso sviluppo della sua personalità» e di quello di «essere cresciuto nello spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di eguaglianza e di solidarietà», venendo altresì tutelato «contro qualsiasi forma di violenza, danno o brutalità fisica o mentale, abbandono, negligenza, maltrattamento o sfruttamento, inclusa

la violenza sessuale mentre è sotto la tutela dei suoi genitori o di uno di essi».

<sup>22</sup> A. MICHAEL, *Bullismo tra ragazzini e limiti degli interventi correttivi dell'insegnante: la Cassazione interviene in materia di art. 571 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 13.12.2012.

<sup>23</sup> Cass. pen. Sez. VI, 14.6.2012, Pres. Milo, rel. Ippolito, nella cui sentenza la Suprema Corte ha sancito l'illegittimità dell'uso della violenza fisica o psichica finalizzata a scopi educativi, sia in quanto mezzo oggettivamente inadeguato a realizzare il disegno educativo, sia in quanto contrastante col superiore interesse del rispetto della persona umana, violando il primato attribuito alla dignità della persona del minore, ormai soggetto titolare di diritti. Cfr., altresì, Cass. pen., sez. III, 06.11.2018, n. 17810, Pres. Di Nicola, est. Aceto; Cass. pen., sez. VI, 25.06.2019, n. 37628, Pres. Tronci, est. Costanzo; Cass. pen., sez. VI, 03.03.2022, n. 13145, Pres. Criscuolo, est. De Amicis.



ricorra alla violenza, modalità ormai da tempo ritenuta di per sé illecita»<sup>24</sup>.

Si potrà, quindi, riassuntivamente affermare che rimarranno al di fuori del perimetro di operatività della fattispecie di cui all'art. 571 c.p. tutte quelle forme di correzione e educazione sfocianti nella violenza, tanto fisica quanto psichica, anche al fine di sradicare quella distorta idea secondo cui si possa reagire, in ottica formativa, «con metodi che finiscono per rafforzare il convincimento che i rapporti relazionali (scolastici o in genere sociali) debbano essere risolti sulla base di rapporti di forza o di potere»<sup>25</sup>. Tali rapporti, invero, hanno rappresentato per decenni il frutto di un'interpretazione di derivazione fascista e autoritaria, ove la gerarchizzazione dei ruoli e la sottomissione all'autorità statale, scolastica e familiare rappresentava uno dei valori fondanti lo Stato<sup>26</sup>.

Il limite dello *ius corrigendi* consisterebbe, in definitiva, nella non lesione – neppure in forma potenziale – dell'integrità fisica del soggetto educando, concetto testualmente reso dall'inciso della norma riferito al pericolo di malattia, inquadrabile quale condizione obiettiva di punibilità *ex art.* 44 c.p.

Nel segno delle riflessioni poc'anzi maturate milita anche la recente pronuncia della Corte Suprema che ha ritenuto sussistente il vizio di violazione dell'art. 571 c.p., avendo il Tribunale erroneamente riqualficato l'originaria imputazione per maltrattamenti contro familiari e conviventi *ex art.* 572 c.p. Infatti, nel caso di specie, dalle dichiarazioni rese dal minore, riscontrate dalla deposizione della madre, emergeva che gli episodi avvenuti in

casa si qualificassero per l'impiego, da parte del padre, di violenza fisica e psichica sul medesimo, quali il chiuderlo fuori nel terrazzo di casa nottetempo per qualche ora al fine di punirlo per il cattivo rendimento scolastico ovvero nell'inviare alla madre messaggi audio nei quali ingiuriava il figlio, rappresentava il proposito di ucciderlo e metteva in discussione la propria paternità, con evidente tono irrisorio delle capacità del minore. Tali comportamenti, secondo la Corte, avrebbero perpetrato quella violenza morale e psicologica tale da ingenerare nello stesso un costante sentimento di svilimento e umiliazione, lontano dalle lecite logiche correttive previste dall'ordinamento nazionale. Veniva, così, demandato al Giudice del rinvio il compito di valutare se, alla luce delle contestazioni e delle risultanze dibattimentali, le condotte ascritte all'imputato presentassero le caratteristiche di intensità e abitudine tali da integrare il reato di maltrattamenti ovvero altre fattispecie incriminatrici.

Ciò che apprezzabilmente emerge dall'analisi della citata pronuncia è che la Suprema Corte, con pochi tratti di penna, informa il suo agire giuridico ai più elementari (e spesso trascurati) canoni della pedagogia moderna, saturando di valore scientifico le proprie riflessioni. L'art. 571 c.p. dev'essere, infatti, interpretato alla luce di una legge di copertura derivante dalle scienze sociali e che presenta, quale sostrato indiscutibile, l'idea di una giusta educazione, calamita semantica che racchiude in sé innumerevoli significati, fra i quali quello di “*e-ducere*”, cioè “tirare fuori”, tratteggiando l'educatore – in tutte le sue sembianze – quale sagoma attenta ai bisogni di sviluppo del minore ma, al contempo,

<sup>24</sup> M. NICOLINI, *La Cassazione ribadisce una lettura restrittiva e moderna del concetto di 'abuso' dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Sist. pen.*, 3.6.2022, 1. Si cfr., altresì, M.C. PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI – S.

CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Vol. VI, Torino, 2009, pp. 552 ss.

<sup>25</sup> Cass. pen. Sez. VI, 2.4.2014, n. 15149, Pres. De Roberto, rel. Conti. Cfr., similamente, Cass. pen. Sez. VI, 10.9.2012, n. 34492.

<sup>26</sup> F. PISELLI, (voce) *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Giuffrè, 1958, p. 171.



quale controfigura stagliata sullo sfondo delle sue precipue esperienze personali.

Le due Convenzioni che stanno alla base dei principi accolti dalla giurisprudenza di legittimità sul punto (Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Uomo e, più di recente, la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia del 1989) hanno portato al riconoscimento dei diritti umani quali colonne portanti delle esigenze primarie della persona, grazie anche ad un graduale meccanismo di integrazione degli stessi rispetto agli interessi della società. La dignità della persona – emersa con dirompenza nelle parole della Corte – rappresenta la traccia genetica su cui tali diritti si sono plasmati pur, tuttavia, non bastando il suo riconoscimento per poterne affermare il rispetto, soprattutto in contesti in cui la violazione dei diritti umani viene perpetrata in maniera sorda, quasi strisciante (come quello familiare). Qui entra in gioco la pedagogia, la scienza dell'educazione il cui scopo, come implicitamente sottolineato dalla Corte, deve incoraggiare a riflettere sulle più opportune modalità di azione, il più possibile pregni di solidarietà, lontano da quella *pedagogia del trauma* che pone al centro del processo evolutivo non i bisogni del minore ma le frustrazioni dell'adulto.





## RESPONSABILITÀ COLPOSA DEI GENITORI PER LA MORTE DELLA FIGLIA MALATA DI LEUCEMIA CHE RIFIUTA DI SOTTOPORSI ALLE CURE MEDICHE

di **Mirco BARUZZI\***

### ABSTRACT

*Una giovane affetta da leucemia linfoblastica acuta è morta a causa del mancato accesso alle cure mediche, poiché i genitori incoraggiarono il rifiuto alle terapie proposte dai sanitari. Quest'ultimi, già sospesi dalla responsabilità genitoriale, sono stati condannati in doppia conforme per omicidio colposo omissivo improprio. La Cassazione, confermando l'impugnata sentenza, ha rilevato come i genitori abbiano violato gli obblighi di garanzia verso la figlia, fornendole false informazioni sulla malattia e disincentivando il giusto percorso terapeutico. La presente nota a sentenza si pone l'obiettivo di evidenziare l'ampiezza dei margini di autodeterminazione terapeutica del minore, considerando l'evoluzione del quadro normativo e la pedissequa rilevanza penale di tale consenso.*

### SOMMARIO

- 1. Il caso di specie .....95**
- 2. La rilevanza del consenso del minore nella scelta dei trattamenti sanitari .....97**
- 3. Il rifiuto opposto dai genitori al percorso terapeutico quale fondamento della responsabilità penale .....98**
- 4. Brevi considerazioni conclusive102**

\* Praticante Avvocato iscritto presso l'Ordine degli Avvocati di Monza.

<sup>1</sup> Cfr. <https://www.airc.it/cancro/informazioni-tumori/guida-ai-tumori/leucemia-linfoblastica-acuta>, ove si ha contezza delle statistiche ufficiali e precisamente del fatto che «la LLA è una malattia relativamente rara: in Italia si registrano circa 1,6 casi ogni 100.000 maschi e 1,2 casi ogni 100.000 femmine, che corrispondono ogni anno a circa 450 nuovi casi nel sesso maschile e 320 in quello femminile. Per

### 1. IL CASO DI SPECIE

Il presente contributo prende in esame la vicenda riguardante una giovane ragazza colpita da una delle forme più comuni di leucemia (leucemia linfoblastica acuta – LLA<sup>1</sup>), prematuramente deceduta a causa del mancato accesso alle cure mediche, seppur sollecitate all'unisono dall'intera compagine di medici che hanno avuto occasione di valutare le sue condizioni di salute.

La puntuale diagnosi della tipologia tumorale citata, grazie ai brillanti approdi della scienza medica attuale, è in grado di assicurare la completa guarigione se accompagnata da appropriati trattamenti sanitari. L'esito fausto delle terapie, infatti, può avere luogo, in una percentuale decisamente elevata di casi, ove il paziente si sottoponga periodicamente a cicli di chemioterapia accompagnati dalla somministrazione di farmaci immunoterapici, in grado di debellare definitivamente il linfoma in discorso<sup>2</sup>.

Nel caso *de quo*, tuttavia, il percorso terapeutico, caldeggiato dalla disparata schiera di professionisti che hanno visitato la giovane, non ha mai visto la luce a causa della continua opposizione dei genitori della minore rispetto alle cure mediche cui la stessa avrebbe dovuto sottoporsi. Aderendo a tesi prive di

*quanto raro, è il tumore più frequente in età pediatrica: rappresenta l'80 per cento circa delle leucemie e il 25 per cento di tutti i tumori diagnosticati tra 0 e 14 anni. L'incidenza raggiunge il picco tra i 2 e i 5 anni, poi cala con l'aumentare dell'età. Il 50 per cento circa di tutti i casi viene diagnosticato entro i 29 anni».*

<sup>2</sup> AA.VV., *Blinatumomab Added to Chemotherapy in Infant Lymphoblastic Leukemia*, *New England Journal of Medicine - NEJM*, 27 Aprile 2023.



oggettiva ragionevolezza, per altro rinvenute sul *web* (sostanzialmente riconducibili al cd. Metodo Hamer, anche noto come Nuova medicina germanica)<sup>3</sup>, del tutto scollegate dal paradigma medico accreditato dalla comunità scientifica internazionale, gli esercenti la responsabilità genitoriale ritenevano che la semplice somministrazione di alte dosi di vitamina C avrebbe permesso alla giovane il raggiungimento del miglior esito terapeutico. Tale convinzione non è stata minimamente scalfita, nonostante i molteplici, reiterati e univoci avvertimenti dei sanitari in ordine all'inevitabilità della morte della figlia, allorché la stessa non si fosse sottoposta con urgenza alla terapia chemioterapica proposta.

A fronte delle risultanze fattuali, *ivi* brevemente descritte, i genitori della ragazza sono stati condannati in doppia conforme per il reato p. e p. dall'art. 589 c.p., nella specie ritenuto integrato nella forma dell'omicidio colposo omissivo improprio (o commissivo mediante omissione), aggravato *ex art.* 61 comma 1 n. 3 dalla previsione dell'evento.

Avverso la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Venezia, i genitori hanno proposto ricorso per Cassazione adducendo, nel merito, le seguenti motivazioni: primariamente, argomentavano l'impugnazione, sulla scorta del dato fattuale che vede l'obbligo giuridico di informare il paziente – al fine di raccogliergli un debito consenso informato – unicamente in capo agli operatori sanitari e non anche sui genitori, i quali non possono essere considerati in alcun modo portatori di competenze medico-scientifiche. L'obiettivo precipuo sotteso a tale argomentazione difensiva è agilmente rinvenibile nell'intento, tacitamente dichiarato, volto a sovvertire l'impianto accusatorio, nel tentativo di imputare la responsabilità per l'evento morte occorso unicamente alla libera scelta operata dalla

giovane: dunque, ascrivendola all'insindacabile volontà della minore – artatamente rappresentata come scevra da condizionamenti esterni (*in primis*, proprio da quelli propugnati dai genitori stessi) – di accettare che la patologia facesse il proprio corso naturale, anziché affrontare le conseguenze legate alla sottoposizione alla terapia oncologica.

Nel caso che qui ci occupa v'è preliminarmente un ulteriore dato da segnalare, censurato negli stessi motivi di ricorso riportati in sentenza. Al momento della verifica dei fatti, i genitori della ragazza erano sospesi dalla responsabilità genitoriale e, pertanto, inibiti della facoltà di esprimere una valida manifestazione di consenso in nome per conto della figlia. La tesi difensiva riportata al capoverso precedente, pertanto, era corroborata dall'assunto che gli esercenti la responsabilità genitoriale, a fronte del provvedimento adottato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 330 c.c. dal Tribunale dei minori di Venezia, non avrebbero potuto in ogni caso prestare un valido consenso informato rispetto alle terapie chemioterapiche, spettando ogni potere in tal senso al tutore.

L'ultima argomentazione difensiva finalizzata all'annullamento della sentenza impugnata rilevava altresì una mancanza di nesso causale *ex art.* 40 c.p. tra la condotta serbata dai genitori e l'evento fatale. Di fatto, a detta degli stessi imputati, anche nel caso in cui gli stessi avessero assunto un atteggiamento di totale approvazione rispetto a quanto raccomandato dai medici, non si sarebbe potuto determinare con certezza che la figlia avrebbe aderito a sua volta alla somministrazione della terapia consigliata.

Ciò nonostante, i Giudici di Piazza Cavour, respingendo il ricorso presentato dai genitori della giovane e ritenendo entrambe le pronunce emesse nei rispettivi gradi di merito immuni da vizi logico-

<sup>3</sup> Cfr. <https://www.airc.it/cancro/informazioni-tumori/corretta-informazione/nuova-medicina-germanica-metodo-hamer>



motivazionali, con la sentenza in commento, hanno statuito il seguente principio di diritto, secondo il quale «costituisce colposa violazione degli obblighi di garanzia del genitore l'aver fornito alla figlia minore una falsa rappresentazione della entità e della natura della patologia oncologica dalla quale quest'ultima era affetta e nel non avere proposto alla stessa il corretto percorso terapeutico»<sup>4</sup>.

## 2. LA RILEVANZA DEL CONSENSO DEL MINORE NELLA SCELTA DEI TRATTAMENTI SANITARI

La disciplina deputata a regolare l'espressione di un valido consenso rispetto alla sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario muove obbligatoriamente le sue mosse dal principio sancito dall'art. 2 c.c., ai sensi del quale – come noto – viene fissato nel compimento del diciottesimo anno di età il raggiungimento della capacità di agire. Solamente a seguito dell'intervenuto superamento della soglia anagrafica così precisamente stabilita dal Codice civile, l'ordinamento attribuisce ad ogni persona la possibilità di disporre dei propri diritti. Il predetto principio non intende, tuttavia, stabilire che la sola carenza di capacità di agire sia titolo idoneo per escludere la titolarità e la disponibilità dei diritti, ma, al contrario, è deputato unicamente a precisare che al soggetto minore di diciotto anni – definito, appunto, incapace – è impedito di gestire autonomamente la propria sfera personale. A tutela dello *status* del minore (*rectius*, incapace), l'ordinamento giuridico prevede all'uopo l'istituto della responsabilità genitoriale, disciplinato dagli artt. 315 e ss.

c.c., qualificabile quale «potere-dovere che l'ordinamento conferisce ai genitori sul figlio minore nell'interesse di questo, avente ad oggetto da un lato la cura della sua persona e dall'altro la rappresentanza e l'amministrazione dei suoi interessi economici»<sup>5</sup>.

In ambito sanitario, i citati poteri-doveri assumono indubbiamente una significativa pregnanza. In tale contesto è, infatti, riscontrabile di sovente la necessità per i genitori di assumere scelte e decisioni che involgono aspetti inerenti a diritti indisponibili facenti capo al minore – quale, su tutti, il diritto alla vita – nonché attinenti al campo dell'attività esistenziale della vita umana, precisamente espressi e tutelati dalla Carta costituzionale.

Il tema del consenso rispetto a trattamenti sanitari è oggi disciplinato dalla l. 22 dicembre 2017

n. 219, la quale fornisce concreta attuazione degli artt. 2, 13, 30 e 32 Cost. Specificatamente, l'espressione del consenso rispetto a trattamenti sanitari su persona minore è regolata dall'art. 3, comma 2 del citato testo normativo, il quale prevede *per tabulas* che «il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale», i quali devono tenere in debita considerazione la «volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità»<sup>6</sup>.

Pertanto, emerge chiaramente dalla lettera della legge che, nonostante da un lato sia attribuita unicamente in capo ai genitori la possibilità di esprimere un valido consenso rispetto ai trattamenti sanitari necessari per il corretto mantenimento della salute del figlio, dall'altro sussista un

<sup>4</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2022 (dep. 23 marzo 2023) n. 12124, in *Diritto & Giustizia* 2023, 24 marzo, con nota di Paolo Grillo.

<sup>5</sup> R. DE ROSA, *I soggetti di diritto: Persona fisica, capacità giuridica e capacità di agire*, in M. BALLORANI – R. DE ROSA – S.

MEZZANOTTE, *Manuale Breve Diritto Civile*, Milano, Giuffrè Editore, 2023, p. 47.

<sup>6</sup> Cfr. art. 3, comma 2, l. 22 dicembre 2017 n. 219, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.



vero e proprio diritto del minore ad essere ascoltato, ad esprimere le proprie opinioni in ordine all'avvicendamento terapeutico e che, a queste ultime, sia assegnata debita considerazione, proporzionalmente alla sua età, maturità e capacità di discernimento<sup>7</sup>.

Sul punto, come affermato da autorevole dottrina, non v'è dubbio «che trovi applicazione un modello consensuale che postula cioè un concerto tra i genitori (o gli altri rappresentanti) e il minore, fermo restando che la finalità generale della scelta debba essere l'interesse del minore stesso»<sup>8</sup>. A fortiori, la convergenza del consenso rispetto ai soggetti coinvolti ad esprimerlo e prestarlo (*rectius*, i genitori giuridicamente deputati a fornirlo e il figlio direttamente implicato nella manifestazione del proprio convincimento), è ancora più significativa ove si tratti – come nel caso che qui ci occupa – dei cd. grandi minori<sup>9</sup>. Di ciò ne forniscono chiara evidenza anche i più recenti arresti della

giurisprudenza di merito<sup>10</sup> che, come sottolineato da attenta dottrina, tendono sempre più a valorizzare l'autonomia decisionale del minore in ambito terapeutico, ponendo l'accento sulla «concreta e sostanziale attitudine del minore a capire e a pronunciarsi su questioni che lo riguardano, per abbandonare la percezione di una capacità di agire rigida, legata esclusivamente al dato anagrafico»<sup>11</sup>.

### 3. IL RIFIUTO OPPOSTO DAI GENITORI AL PERCORSO TERAPEUTICO QUALE FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE

Nel caso di specie, la pronuncia della Corte di legittimità – nei limiti della funzione nomofilattica che le è propria – ha inteso trattare solamente in via indiretta il dissenso espresso dalla minore,

<sup>7</sup> Il diritto all'autodeterminazione sanitaria del minore è ampiamente riconosciuto, oltreché dalla normativa nazionale, anche dalle norme pattizie: sul punto si v. l'art. 12 della Convenzione di New York del 1989, sui diritti dell'infanzia e fanciullo; artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996, sull'esercizio dei diritti dei fanciulli; art. 6, comma 2 della Convenzione di Oviedo del 1997, sui diritti umani e la biomedicina, rispetto alla quale – sebbene recepita solo formalmente dall'Italia con la l. n. 145/2001 – è indubbia la sua applicabilità all'interno dell'ordinamento nazionale, così come sancito dalla sentenza sul noto caso Englaro (Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *DeJure*); art. 24 Carta dei diritti fondamentali UE, rubricato «Diritti del minore», ove viene puntualmente previsto che «i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

<sup>8</sup> A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc. 4, 1° dicembre 2020, p. 1792; *ex plurimis*, sul punto ampiamente S. ALBANO, *La volontà del minorenne nelle scelte relative alla sua salute: l'art. 3 della l. 22 dicembre 2017 n. 219 alla prova della pratica sanitaria*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc. 2, 1° giugno 2023, p. 603; C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giustizia Civile*, fasc. 3, 1° marzo 2019, p. 617, la quale puntualizza, seppur sottolineandone puntualmente alcuni aspetti critici, che «i titolari della responsabilità

*genitoriale, nell'espletamento del diritto-dovere di realizzare l'interesse del figlio, avranno l'onere di valorizzar[lo] andando a manifestare l'atto di volontà altrui».*

<sup>9</sup> A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, cit., p. 1792, la quale utilizza l'appellativo «grandi minori» per riferirsi agli adolescenti vicini alla maggiore età (nella specie, soggetto avente sedici anni). In tal senso, si v. anche A. PISU, *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, in *GiurisprudenzaPenaleWeb*, 2019, 1– bis, «Questioni di fine vita», p. 12.

<sup>10</sup> Trib. Bologna, sez. I, 13 ottobre 2021, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2022, 4, 1240, attraverso la quale viene evidenziata la rilevanza delle convinzioni del minore in tema di vaccinazioni obbligatorie, ove sancisce che «il rifiuto opposto dalla madre alla vaccinazione anti-Covid-19 della figlia appare non solo decisamente in contrasto con la volontà manifestata dalla figlia, ma anche contrario alla salvaguardia della salute psicofisica della minore». In senso conforme, si v. Trib. Monza, 22 luglio 2021; Trib. Milano, 13 settembre 2021; Trib. Genova, 13 dicembre 2021; Trib. Roma, sez. I civ., 16 febbraio 2017; C. App. Napoli, sez. minori, 30 agosto 2017.

<sup>11</sup> S. ZINOLLI, *Trattamenti sanitari sui minori in caso di dissenso o di contrasto genitoriale. Il best interest of the child nella recente giurisprudenza di merito*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2022, p. 1241.

focalizzandosi invece sul ruolo cruciale giocato dai genitori. Sin dalla motivazione della sentenza emessa dal giudice di *primae curae*, finalizzata ad accertare la responsabilità penale di coloro che ricoprivano una posizione di garanzia, è infatti emerso chiaramente che il rifiuto espresso dalla minore era totalmente pervaso e fondato sulle convinzioni di natura ideologica dei genitori, i quali hanno esercitato sulla stessa una totalizzante opera di convincimento. L'esito inferenziale scaturito dalla valutazione dell'intero compendio probatorio ha, dunque, condotto il giudice ad escludere che si trattasse *prima facie* di un rifiuto frutto di una libera scelta presa dalla minore. La questione giuridica *de qua* avrebbe avuto, al contrario, un concreto rilievo solo ove fosse emerso dalle risultanze processuali che la giovane avesse maturato una scelta consapevole (libera e informata, autentica ed attuale)<sup>12</sup>, preferendo la certezza della morte in luogo della sottoposizione alle terapie antitumorali.

Tuttavia, come anticipato, la «verità processuale»<sup>13</sup> emersa ha fornito una differente ricostruzione logica dei fatti. Nel contrasto ideologico tra

l'interesse della minore all'esecuzione del trattamento proposto, cui risultavano subordinate elevate probabilità di sopravvivenza della medesima (circa l'ottanta per cento)<sup>14</sup>, e il diverso atteggiamento dei genitori, fondato su intime convinzioni del tutto prive di scientificità, questi ultimi avrebbero dovuto porre in essere una condotta diametralmente opposta a quella in concreto manifestata al fine di poter andare esenti da pena. Ciò sarebbe stato possibile solo ove i genitori avessero, da un lato, fatto tutto quanto in loro potere per consentire alla minore le cure che la scienza medica era in grado di offrire, imponendo il proprio consenso – che giuridicamente solo a loro spettava esprimere – e, dall'altro, coinvolgendo fattivamente la figlia facendole comprendere che non vi era altra alternativa alla chemioterapia se non la morte<sup>15</sup>.

Coloro che ricoprivano il ruolo di garanti assegnatogli dalla legge, non adoperandosi in alcun modo per condurre la minore alla miglior scelta in ordine alla propria salute, ma anzi ostacolandola e concretamente plagiando negativamente la sua persona<sup>16</sup>, hanno contravvenuto anche a quel

<sup>12</sup> Come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, nel caso di rifiuto di cure, tanto più quando sia altamente probabile che tale rinuncia condurrà alla morte del paziente, primariamente, vi è «il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico» (Cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., §6.1).

<sup>13</sup> Tenendo presente che il giudice è chiamato a compiere un'indagine conoscitiva, servendosi delle informazioni raccolte da altri nella fase delle indagini, diretta a ricostruire una situazione concreta verificatasi in precedenza e della quale egli non ha, né può avere, esperienza diretta, la verità che pertanto si cerca raggiungere attraverso l'espletamento della funzione giurisdizionale non può assurgere al ruolo di verità assoluta. La dottrina è, in maniera preponderante, orientata a sostenere questa tesi e in proposito, tra gli altri, si v. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 47 ss.; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 15; O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2014, Milano, p. 252 ss.; P. RIVELLO, *Verità e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2010, p. 1233

secondo cui «ormai viene generalmente esclusa la possibilità di pervenire ad una verità "assoluta"», ma, al contrario, «bisognerebbe concentrare gli sforzi al fine di pervenire alla comprensione di una verità più "modesta", intesa come parametro usuale di riferimento».

<sup>14</sup> cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 23 marzo 2023, n. 12124, in *Leggi d'Italia Legale*, §2, ove si legge che «ai genitori di (omissis) era stata chiaramente spiegata dai medici la natura della patologia ed era stato anche chiarito che le probabilità di guarigione erano almeno dell'80% con l'applicazione dei protocolli terapeutici che prevedevano la chemioterapia mentre non vi sarebbe stata alcuna possibilità di guarigione ove non fossero stati seguiti tali protocolli».

<sup>15</sup> In questo senso si esprime il giudice di primo grado, nella sentenza relativa al caso di specie, cfr. Trib. Padova, 20 giugno 2019 (dep. 9 settembre 2019), n. 1482, p. 30, ove sottolinea ulteriormente che i genitori «hanno fatto tutto quanto era in loro poter per sottrarre [la figlia, ndr] alle cure che la potevano guarire, sia direttamente, negando il consenso che giuridicamente spettava loro esprimere, sia indirettamente, lasciando [la minore, ndr] in una falsa convinzione di guarigione che, per quanto dicevano, sarebbe arrivata solo evitando la chemio che invece l'avrebbe uccisa».

<sup>16</sup> Di questo dato vi è evidenza nella motivazione della sentenza di primo grado, nel passaggio in cui il giudice, riferendosi ai genitori, rileva che quest'ultimi «hanno creato un cordone di





minimo nucleo di tutela che l'ordinamento attribuisce a chi si trovi in posizione di garanzia rispetto a determinati soggetti, in totale spregio ai doverosi obblighi di fare quanto gli sia possibile per garantire la tutela dei diritti facenti capo al soggetto incapace (quali, senza dubbio, il diritto alle cure e all'integrità psicofisica). I genitori, pertanto, investiti a norma dell'art. 147 c.c. di una posizione di garanzia in ordine alla tutela della prole<sup>17</sup>, al fine di andare esenti da pena, avrebbero dovuto imporre alla figlia la scelta adesiva al trattamento sanitario proposto – anche disattendendo la presunta volontà contraria della ragazza – eventualmente sollevando quest'ultima da una simile decisione, in nome della salvaguardia dell'incomprimibile diritto alla vita. Non avendo operato in tal senso, è stata ritenuta pienamente provata la responsabilità omissiva dei genitori per il delitto di omicidio colposo commesso nei confronti della figlia minore *ex* artt. 40 comma 2, 61 comma 1 n. 3 e 589 c.p.

Ulteriormente, in merito all'accertamento della responsabilità omissiva in capo agli imputati, una breve digressione risulta obbligata. Nell'ambito dei reati omissivi impropri (o impuri), la "clausola di equivalenza" di cui all'art. 40, comma 2, c.p., come noto, permette di sanzionare colui che non ha scongiurato il verificarsi di un evento lesivo

che aveva «l'obbligo giuridico di impedire»<sup>18</sup>. La previsione di tale formula solenne, la quale vanta il pregio di disciplinare un elemento normativo del fatto costitutivo delle fattispecie omissive, rinvia espressamente a norme giuridiche extra-penali, al fine di regolare lo scenario delle posizioni di garanzia in materia penale: dunque, come anticipato, con espresso riguardo alla posizione del minore, per mezzo della previsione contenuta all'art. 147 c.c. (norma extra-penale), viene posto in capo ai genitori l'obbligo giuridico di proteggere la vita e l'integrità fisica del minore<sup>19</sup> che, allorquando venga anche colposamente disatteso, comporta l'insorgenza di una responsabilità penale in capo agli esercenti la responsabilità genitoriale.

Ciò pacificamente premesso, tuttavia, l'accertamento della causalità omissiva non può essere effettuato alla stregua del modello generale delineato dalla cd. teoria condizionalistica integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche, accolta dalle Sezioni Unite Franzese del 2002<sup>20</sup> (tipica della causalità commissiva). Nel diverso ambito dei reati omissivi, che qui precisamente ci occupa, la struttura del rapporto di causalità tra omissione ed evento è diversamente imperniata su un giudizio di tipo predittivo (o ipotetico), diretto ad accertare con elevato grado di credibilità razionale che la

---

*diffidenza tale fra la ragazza e i sanitari da pregiudicare qualunque alleanza terapeutica [...] ostacolando accertamenti e terapie e facendo ben intendere alla figlia che era dai medici che si doveva difendere, non dalla malattia»* (cfr. Trib. Padova, 20 giugno 2019 (dep. 9 settembre 2019), n. 1482, p. 31). Alle stesse conclusioni perviene la Corte di Cassazione con la pronuncia in commento, ove precisa che «emerge come siano stati i genitori ad opporsi, con un ventaglio di atteggiamenti che andava dall'aperto rifiuto ad una serie di comportamenti elusivi ed ostruzionistici, alle cure chemioterapiche e perfino antipiretiche ed antidolorifiche», nonché nel punto in cui ritiene di precisare che «il rifiuto delle cure non fu una libera scelta della figlia che i genitori ritennero di rispettare, ma un'opzione consapevolmente adottata dai genitori in prima persona, nonostante i medici li avessero reiteratamente informati dell'elevato coefficiente salvifico delle cure chemioterapiche, dell'impossibilità, per la figlia, di guarire senza la chemioterapia e delle conseguenze letali del rifiuto di cure» (cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 23 marzo 2023, n. 12124, in *Leggi d'Italia Legale*, §3).

<sup>17</sup> In tal senso, seppur rispetto ad un procedimento attinente ad atti di violenza sessuale, si v. Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 2017, n. 19603, in *CED Cass. pen.* 2017.

<sup>18</sup> Cfr. art. 40, comma 2, c.p.

<sup>19</sup> In questo senso, nonché per una analisi più approfondita sul tema, si v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. (aggiornata da E. DOLCINI e G.L. GATTA), Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 229 ss.

<sup>20</sup> Laddove, propendendo per l'accoglimento di tale modello, sancisco altresì che lo «schema condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche [...] sottoline[a], da un lato, la portata tipizzante, in ossequio alle garanzie costituzionali di legalità e tassatività delle fonti di responsabilità penale e di personalità della stessa (Cost., artt. 25, comma 2 e 27, comma 1), e dall'altro, nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate, la funzione selettiva delle condotte rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito penale» (cfr. Cass. S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Leggi d'Italia Legale*, §3).



condotta omessa avrebbe impedito l'evento. L'omissione, pertanto, potrà dirsi causale rispetto all'evento laddove «l'azione doverosa [...] omessa, se fosse stata compiuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento, nel senso che, aggiungendola mentalmente, l'evento non si sarebbe verificato»<sup>21</sup>.

Nel caso *de quo*, il percorso logico- motivazionale seguito dalla Corte di legittimità, deputato a vagliare la tenuta del giudizio controfattuale diretto a fondare la responsabilità omissiva dei genitori, ha avuto il pregio di sondare specificatamente l'ipotesi in cui, se «i genitori avessero manifestato un atteggiamento favorevole alle cure, la ragazza avrebbe o meno accettato di sottoporsi ad esse»<sup>22</sup>. Nello specifico, le conclusioni a cui sono pervenuti gli Ermellini, perfettamente in linea con le motivazioni delle Corti di merito, hanno tuttavia deposto in favore di una piena integrazione del citato elemento tipico del reato (*rectius*, il nesso di causalità), attribuendo il rifiuto delle terapie espresso dalla ragazza unicamente al pervicace influsso profuso dai genitori, ossia al di lei «comportamento di piena adesione alla volontà e alle idee dei genitori e soprattutto alle cure che costoro le proponevano»<sup>23</sup>. Il mancato consenso della minore, seppur – lo si ribadisce – avrebbe potuto essere legittimamente espresso dai soli esercenti la responsabilità genitoriale anche in contrapposizione al dissenso manifestato dalla figlia, è stato unicamente viziato dall'opera di condizionamento messa in atto dai genitori stessi, che al momento del fatto ricoprivano una specifica posizione di garanzia.

Pertanto, sulla scorta dei princìpi in tema di causalità omissiva *ut supra* riportati, qualora i genitori avessero coadiuvato la figlia in una lucida, consapevole ed informata scelta terapeutica o, in alternativa, avessero imposto il loro consenso allo svolgimento del trattamento chemioterapico (azioni alternative, in ipotesi, entrambe raggiungibili mentalmente al decorso causale del fatto), l'evento infuato non si sarebbe verificato o, quanto meno, sarebbe stato ragionevolmente posticipato nel tempo, sulla scorta di un elevato grado di credibilità razionale, avvalorato anche dalle alte probabilità scientifiche di sopravvivenza sottolineate dalla totalità dei medici che avevano visitato la ragazza.

Da ultimo, occorre brevemente soffermarsi sul ruolo giocato dal rifiuto opposto dai genitori, sotto l'aspetto della colpevolezza, intesa come rimproverabilità dell'atteggiamento antidoveroso. Sul punto, si ritiene utile rimarcare le determinazioni cui è pervenuta la Suprema Corte, onde sgombrare il campo da ogni equivoco di sorta: la biasimevole condotta tenuta dagli imputati, come emerso dalle risultanze probatorie<sup>24</sup>, non può dirsi essere stata sorretta dall'intenzione di aver voluto cagionare la morte della figlia, seppure prevedibilmente verificabile. Da ciò, l'esclusione dell'imputazione dolosa *ex art. 575 c.p.* e la relativa instaurazione di un procedimento penale fondato su un addebito di natura colposa.

Tale argomentazione risulta immune da vizi logici, giacché l'eventuale rimprovero mosso nei confronti dei genitori della minore a titolo di dolo,

<sup>21</sup> Sul punto ampiamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 239, nel quale viene fornito anche un esempio chiarificatore del nesso tra omissione ed evento.

<sup>22</sup> cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 23 marzo 2023, n. 12124, in *Leggi d'Italia Legale*, §5.

<sup>23</sup> cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 23 marzo 2023, n. 12124, cit., §5.

<sup>24</sup> Sul punto si vedano le motivazioni del giudice di primo grado, richiamate dalla Corte di Cassazione, ove precisa che

«il fatto che [i genitori, ndr] potessero essere personalmente convinti che [la figlia, ndr] potesse guarire anche senza cure non modifica il quadro. Qui non siamo in presenza di un reato doloso, ed è un'ovvietà quella che la difesa ha ripetuto, e cioè che loro non volessero la morte della figlia. Certo che non la volevano, ed è per questo che l'imputazione non è di omicidio dolo, nemmeno con prospettazione di dolo eventuale» (cfr. Trib. Padova, 20 giugno 2019 (dep. 9 settembre 2019), n. 1482, p. 36).



anche nella meno intesa forma del dolo eventuale, sarebbe caduto dinnanzi all'applicazione dei noti principi sanciti dalla Corte di legittimità sulla differenza tra dolo e colpa, espressasi nel suo più ampio consesso, nel noto caso Thyssenkrupp del 2014<sup>25</sup>. In sintesi, a mente dei richiamati principi, la struttura dolo eventuale condivide con la colpa cosciente unicamente la previsione dell'evento, mentre quest'ultima si distingue dal primo a causa dell'assenza dell'elemento volitivo<sup>26</sup>. Nel caso di specie, dunque, può certamente affermarsi che i genitori si fossero rappresentati la possibile morte della figlia – in particolar modo sulla scorta dei continui ammonimenti provenienti dai medici – ma, tuttavia, non può concludersi che gli stessi volessero procurare la morte della minore.

Dall'evidenza delle conclusioni riportate, anche con riferimento alla colpevolezza, è condivisibile l'intervenuta condanna, gradata all'interno dello spettro della responsabilità colposa nella sua forma più grave: la colpa cosciente (o con previsione), prevista dall'art. 43, comma 3, c.p., la cui sussistenza integra una circostanza aggravante di carattere oggettivo, ai sensi dell'art. 61, comma 1 n. 3, c.p.

#### 4. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

<sup>25</sup> cfr. Cass. S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Diritto & Giustizia* 2014.

<sup>26</sup> Per una completa disamina dei confini tra “colpa cosciente” e “dolo eventuale” si v., tra le molte, le Sezioni Unite Thyssenkrupp, ove rimarcano chiaramente la centralità della dimensione volitiva, tipica del dolo eventuale, sancendo che «l'elemento distintivo fra dolo eventuale e colpa cosciente va individuato nell'adesione all'evento: nel dolo eventuale l'evento deve costituire una prospettiva sufficientemente concreta, mediante un alto giudizio di probabilità. Va dunque chiaramente rappresentato, anche in via alternativa, mentre la mera accettazione del rischio rientra nella sfera più propriamente colposa dell'agire» (cfr. Cass. S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.). Sull'integrazione della colpa cosciente in fattispecie assimilabili si v. Cass. pen., sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585, in CED

Volendo trarre sintetiche conclusioni dalle considerazioni svolte, si può rilevare, *in primis*, come il panorama normativo e giurisprudenziale ha implementato un crescente mutamento della posizione del minore, in ordine alle scelte terapeutiche che lo riguardano, bilanciando i poteri- doveri spettanti a coloro i quali ricoprono posizioni di garanzia nei suoi confronti, con il condivisibile interesse – riconosciuto dall'ordinamento (sia nazionale, che sovranazionale) – di attribuire una maggiore rilevanza alla volontà manifestata dal minore stesso.

Sul punto, si osserva che l'aumento del coinvolgimento dei minori rispetto alle decisioni riguardanti la loro salute, in particolare per i cd. grandi minori, deve essere sempre temperato dalla sussistenza di ulteriori requisiti (tra i quali, l'età, la maturità e la capacità di discernimento) che permettano di sondare la concreta comprensione delle scelte che stanno compiendo, nonché dell'irreversibilità delle connesse conseguenze. Quanto anzidetto è ulteriormente confermato, come puntualmente sottolineato da attenta dottrina, considerando che «spesso i minorenni compiono scelte che non sono né illogiche, né fondate su una insufficiente comprensione dei fatti, ma ispirate da valori e preferenze che prevedibilmente sono destinati a cambiare profondamente nell'arco di breve tempo»<sup>27</sup>. Per tale ragione, l'ordinamento ritiene di assoggettare il minore ad una tutela rafforzata,

Cass. pen. 2017, relativa al tristemente noto c.d. caso Schettino, ove sancisce che «ricorre la colpa cosciente quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo».

<sup>27</sup> A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, cit., p. 1792 ss., la quale precisa ulteriormente che proprio «per questa ragione potrebbe essere necessario un controllo non tanto sulla capacità di “intendere”, quanto più sulla capacità “di volere”, specie se le scelte del minore possono determinare conseguenze durevoli e importanti sulla sua vita».



prevedendo l'istituto della responsabilità genitoriale e attribuendo ai genitori il potere di prendere decisioni in nome e per conto dei propri figli: coloro i quali ricoprono tale posizione di garanzia, oltre a dover esercitare questo potere- dovere nel miglior interesse per il minore, devono essere in grado di sostituirsi tempestivamente alla volontà dei figli, qualora le loro scelte incidano negativamente e irrazionalmente sui propri diritti, a maggior ragione qualora si tratti di diritti fondamentali.

Certamente, sempre con espresso riferimento al diritto alla salute, nei casi in cui la volontà del minore possa essere ragionevolmente assecondata (specie, relativamente ai giovani adulti), i genitori devono parimenti farsi carico di perseguire strenuamente le propensioni esternate dal figlio, rendendo possibile non solo la partecipazione dello stesso nelle scelte relative alla sua salute, ma, altresì, garantendogli ampi spazi di autodeterminazione terapeutica<sup>28</sup>. In situazioni opposte, connotate da un totale asservimento del minore alla volontà dei genitori, qualora questi perseguano stravaganti ideologie che possano incidere negativamente sulla vita del minore oppure rimangano del tutto inerti dinanzi ad una necessitata e impellente scelta terapeutica, la legge attribuisce alla magistratura il potere di autorizzare l'esecuzione immediata di determinati trattamenti sanitari, idonei a salvaguardare il corretto mantenimento dell'equilibrio psico-fisico del minore<sup>29</sup>. L'intervento giurisdizionale in parola deve intervenire ogni volta che emerga un

contrasto tra genitori e medici sulle cure sanitarie da somministrare a un minore e, talvolta, anche contro la volontà espressa dallo stesso grande minore, perseguendo unicamente il cd. *"best interest of the child"*<sup>30</sup>.

Gli aspetti che involgono, in ambiti così delicati, le evidenti problematiche in termini di autodeterminazione del minore, quale l'imposizione di un trattamento medico non voluto<sup>31</sup>, cedono dinanzi alla condivisibile giustificazione che solo il raggiungimento della maggiore età consenta ad un soggetto di poter esporre la propria vita a rischi di tale incidenza, esprimendo un rifiuto libero e consapevole. Si consideri altresì che l'intervento giurisdizionale anzidetto è giustificato ulteriormente dall'obiettivo di sopperire all'irragionevole rifiuto opposto dai genitori o dal minore stesso che – come nel caso di specie – trova il suo unico fondamento nelle convinzioni etiche trasmesse al minore dai propri genitori.

Nella sentenza in commento, tuttavia, anche il potere impositivo affidato al giudice è risultato vano, in quanto i genitori hanno consapevolmente condotto la minore oltre confine (precisamente, in Svizzera), esautorando di fatto il tutore, nominato dal Tribunale, dalla facoltà di esprimere un valido consenso in nome e per conto della ragazza imponendone l'avvio della chemioterapia.

In conclusione, la circostanza che ha visto il comportamento tenuto dagli imputati sanzionato unicamente a titolo di omissione colposa non

<sup>28</sup> In tal senso S. ALBANO, *La volontà del minore nelle scelte relative alla sua salute: l'art. 3 della l. 22 dicembre 2017 n. 219 alla prova della pratica sanitaria*, cit., p. 603.

<sup>29</sup> Nello specifico, tale potere è attribuito al giudice tutelare dall'art. 3, comma 5, l. 22 dicembre 2017 n. 219, il quale stabilisce che «nel caso in cui il rappresentante legale della [...] persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare».

<sup>30</sup> Termine utilizzato da A. FERRERO, *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario*, cit., p. 1792 ss., al fine di sottolineare il privilegiato interesse del minore che

deve obbligatoriamente orientare le scelte dei genitori rispetto a decisioni che riguardano la prole. Allo stesso modo, si v. anche S. ZINOLLI, *Trattamenti sanitari sui minori in caso di dissenso o di contrasto genitoriale. Il best interest of the child nella recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 1241 ss.

<sup>31</sup> Sul punto, si v. l'analisi delle criticità connesse alla libera determinazione del minore elaborata da S. ZINOLLI, *Trattamenti sanitari sui minori in caso di dissenso o di contrasto genitoriale. Il best interest of the child nella recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 1241 ss.



restringe il disvalore della condotta tenuta da coloro che avevano il dovere di consentire alla figlia l'accesso alle cure mediche più opportune, a fronte dell'alternativa di una morte certa. La sanzione penale intervenuta, seppur disancorata da un addebito doloso (nemmeno a titolo di dolo eventuale) e, dunque, ricondotta nell'alveo della cd. colpa cosciente (o con previsione), ha inteso punire i genitori ai sensi dell'art. 589 c.p., ravvisando una condotta del tutto negligente, imprudente e imperita tenuta dagli stessi, che hanno inteso pericolosamente affidare la vita della figlia nelle mani di una teoria priva della benché minima valenza scientifica<sup>32</sup>, pregiudicando irreversibilmente le sorti della vita della minore.

---

<sup>32</sup> In toni condivisibilmente critici, il giudice di *primae curae* argomentativamente incalza ponendo il seguente quesito: «qualcuno dubiterebbe della colpa di un genitore che non acconsente a far operare un figlio che ha sviluppato una peritonite ritenendo che la pronuncia di una

*formula magica sarebbe sufficiente a guarire l'infezione e salvargli la vita?»* (Cfr. Trib. Padova, 20 giugno 2019 (dep. 9 settembre 2019), n. 1482, p. 37).





## PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E CONTINUAZIONE: L'ASTRATTA COMPATIBILITÀ STRUTTURALE DEGLI ISTITUTI ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

di **Sofia LANNA\***

### ABSTRACT

*La astratta compatibilità strutturale tra la figura del reato complesso e la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. è stata di recente confermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, in una articolata sentenza, dopo aver passato in rassegna i tratti salienti degli istituti in considerazione, hanno dato conto del contrasto sul punto concludendo in senso favorevole alla conciliabilità tra gli stessi.*

### SOMMARIO

<b>1. Cenni introduttivi al dibattito interpretativo .....</b>	<b>105</b>
<b>2. Natura e caratteristiche identitarie della particolare tenuità del fatto .....</b>	<b>106</b>
<b>3. Reato continuato: struttura unitaria o plurima? .....</b>	<b>108</b>
<b>4. L'approdo delle sezioni unite: considerazioni conclusive .....</b>	<b>110</b>

### 1. CENNI INTRODUTTIVI AL DIBATTITO INTERPRETATIVO

L'istituto del reato complesso, disciplinato dall'art. 81, comma 2, c.p. ed ispirato ad una logica di *favor rei*, rinviene la propria *ratio* nella necessità di garantire un mitigamento sanzionatorio – c.d. cumulo giuridico – al soggetto agente che, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, violi con più azioni od omissioni una o più disposizioni di legge e che, dunque, commetta una pluralità di reati.<sup>1</sup>

Tale scelta di politica criminale si giustifica in ragione del fatto che, in siffatta ipotesi, il reo – deliberando in un unico momento la commissione di plurime azioni criminose aventi una prospettiva finalistica unitaria – si discosta scientemente dai precetti contenuti nelle norme incriminatrici una sola volta, mostrando, pertanto, una minore intensità del dolo nel corso della progressione criminosa e, dunque, una minore pericolosità sociale.<sup>2</sup>

In questa ottica, dunque, colui che sceglie deliberatamente di discostarsi dalla soglia del lecito una sola volta – cedendo, quindi, agli impulsi criminosi *una tantum* – ed in ragione della realizzazione di un disegno criminoso delineato, fin dal principio, nelle sue linee essenziali merita un trattamento sanzionatorio meno gravoso rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione del concorso materiale di reati ai sensi degli artt. 71 e ss. c.p.

Preme evidenziare, infatti, che – da un punto di vista prettamente ontologico – i reati, unificati ai

\* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, specializzata in Professioni legali presso l'Università di Roma "La Sapienza".

<sup>1</sup> Più precisamente, dunque, ci si trova in presenza di una pluralità di reati che, in astratto, concorrerebbero materialmente tra loro. La peculiarità della disciplina dettata dall'art. 81, comma 2, c.p. risiede proprio nel fatto che tale speciale ipotesi di concorso di reati è sanzionata con la più favorevole

disciplina sanzionatoria del cumulo giuridico in luogo di quella decisamente più gravosa prevista con il cumulo materiale (ovvero, in caso di cumulo giuridico, l'agente soggiace alla pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo).

<sup>2</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20/3/2019, n. 18192.

soli fini sanzionatori dall'art. 81, comma 2, c.p., risultano, come detto, essere plurimi.

In assenza della peculiare disciplina della continuazione, dunque, sarebbe applicabile la disciplina generale del concorso materiale di reati.

Ebbene, sul solco della disciplina poc'anzi tratteggiata prende vita il dibattito sorto in merito all'interazione tra l'istituto del reato continuato e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, introdotta nel nostro ordinamento dalla riforma contenuta nel D.lgs. n. 28/2015.<sup>3</sup>

L'ambito di applicazione della causa obiettiva di esclusione della punibilità disciplinata dall'art. 131-bis c.p. – "*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*" – viene circoscritto dalla previsione di alcuni requisiti ben determinati dal legislatore: limite edittale per la pena detentiva – recentemente innovato dalla c.d. "Riforma Cartabia"<sup>4</sup> e portato dal limite del massimo non superiore ad anni cinque a quello del minimo non superiore ad anni due – e non abitualità della condotta.<sup>5</sup>

Ed è proprio sulla natura di tale ultimo requisito che si annida il dibattito sorto in merito alla compatibilità tra la figura del reato complesso che, come detto, rimane sostanzialmente ed ontologicamente formato da plurimi reati distinti tra loro ed

unificati ai soli fini sanzionatori, e l'art. 131-bis c.p.: la sussistenza di molteplici reati è conciliabile con la condizione di non abitualità della condotta richiesta ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità?

La giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo interrogate sul punto.<sup>6</sup>

La più recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – che ha segnato un approdo definitivo *in subiecta materia* – pare orientarsi in senso favorevole alla astratta compatibilità strutturale tra i due istituti.<sup>7</sup>

## 2. NATURA E CARATTERISTICHE IDENTITARIE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

L'art. 131-bis c.p. – introdotto in un'ottica deflattiva, in ossequio ai principi, di più ampio respiro, di sussidiarietà, di offensività e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio – prevede una causa di non punibilità, così come affermato, peraltro, dalla più recente giurisprudenza di legittimità.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> In attuazione della Legge delega n. 67/2014 in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.

<sup>4</sup> Introdotta dal D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150.

<sup>5</sup> Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2019, pp. 826 e ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, pp. 446 e ss.

<sup>6</sup> Sul dibattito s.v. Cass. Sez. VI, 20 marzo 2019, n. 18192 in CED Cass. Rv. 275955-01, Cass. Sez. IV, 25 settembre 2018, n. 1819 in Cass. Pen., 9, 2019, pp. 3202 e ss.; Cass. Sez. III, 29 marzo 2018, n. 19159 in CED. Cass. Rv. 273198; Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 3353 in CED. Cass. Rv. 272123; Cass. Sez. II, 5 aprile 2017, n. 28341 in CED. Cass. Rv. 271001; Cass. Sez. II, 5 aprile 2017 n. 28341 in CED. Cass. Rv. 271001, Cass. Sez. V, 15 maggio 2015, n. 45190 in Cass. Pen. con nota di L. Brizi, *L'applicabilità dell'art. 131 bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?* in Cass. Pen., 9, 2016, pp. 3269 e ss.; S. SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, in *Dir. Pen.*

*Contemporaneo*, 6, 2017, pp. 308 e ss. Si vedano, ancora, Cass. Sez. III, 13 luglio 2021, n. 35630 in CED Cass. Rv. 282034-01, Cass. Sez. IV, 13 novembre 2019, n. 10111 in CED Cass. Rv. 278642-01, Cass. Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 5358 in CED Cass. Rv. 272109, Cass. Sez. V, 31 maggio 2017, n. 35590 in CED Cass. Rv. 270998.

<sup>7</sup> La prima sentenza che si espresse in tal senso risale alla Cass. Pen., Sez. II, Sent. 29 marzo 2017 (dep. 26 aprile 2017), n. 19932, Pres. De Crescenzo, Rel. Pellegrino. Prima di quest'ultima la giurisprudenza di legittimità aveva sempre negato la compatibilità tra i due istituti.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione puntuale dell'istituto s.v. Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, in *Guida al diritto*, 2016. In dottrina s.v. M. CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in Cass. Pen., n. 2/2017, pp. 623 ss.; R. RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in Cass. Pen., n. 2/2016, pp. 459 ss.; F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. Pen.*, n. 7/2015, pp. 321 e ss.

In tale ultima categoria, infatti, secondo la teoria generale del reato, debbono ricondursi tutte quelle cause di esclusione della punibilità ispirate da una astratta valutazione di opportunità operata, *ex ante*, in sede legislativa.

Si pensi, tra tutte, alla causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., pensata al fine di preservare l'equilibrio e l'unità familiare a fronte di delitti contro il patrimonio commessi dal reo a danno dei propri congiunti.

È pacifico, inoltre, che la *ratio* delle stesse non possa che riflettersi sulla loro natura di norme eccezionali e, dunque, sulla loro conseguente non estensibilità in analogia, nonostante la loro operatività *in bonam partem*, in ossequio a quanto disposto dall'art. 14 delle Preleggi.

Ed infatti, non può che ritenersi eccezionale la previsione della impunità accordata in seguito all'accertamento di un fatto di reato rispetto al regolare procedimento di irrogazione della sanzione penale previsto per il reo dichiarato colpevole.

Nello specifico, l'art. 131-*bis* c.p. sancisce la non punibilità del soggetto agente al ricorrere di determinati presupposti: pena detentiva non superiore nel minimo ad anni due o pena pecuniaria, particolare tenuità dell'offesa – da valutare in relazione alle modalità della condotta, all'esiguità del danno o del pericolo e alla condotta susseguente al reato alla stregua dei criteri di cui all'art. 133, comma 1, c.p. – e non abitualità del comportamento.

Vengono, inoltre, esplicitate alcune ipotesi in cui è espressamente escluso che l'offesa possa ritenersi tenue secondo una valutazione discrezionale del legislatore.

Dirimente, ai fini della presente trattazione, quanto disposto dal quarto comma del medesimo articolo in ordine alla abitualità del comportamento.<sup>9</sup>

La condotta deve, senz'altro, intendersi abituale quando l'autore del reato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ai sensi degli artt. 102 e ss. c.p., quando i reati commessi abbiano la medesima indole ai sensi dell'art. 101 c.p.<sup>10</sup> anche laddove ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità,<sup>11</sup> ovvero quando i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Escluse le prime due ipotesi, non afferenti all'istituto del reato continuato, ci si è a lungo interrogati sulla possibilità di far rientrare la continuazione nella terza fattispecie sopra descritta.

Secondo un orientamento maggiormente restrittivo, infatti, i plurimi reati sottesi alla continuazione non potrebbero che essere intesi quali rientranti nella nozione di condotte plurime e, dunque, quali sinonimo di un comportamento senz'altro abituale.<sup>12</sup>

Il riconoscimento della continuazione, pertanto, sarebbe sintomatico di una vera e propria "devianza non occasionale", incompatibile con il riscontro di una offesa di particolare tenuità.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Si ricordi che, in via generale, affinché il reato possa definirsi abituale si richiede che, ai fini della sua integrazione, sia prevista la reiterazione di più condotte omogenee tra loro idonee a dar vita, per l'appunto, ad una forma di abitudine. Il dolo richiesto, peraltro, è unitario e, dunque, il soggetto agente dovrà necessariamente rappresentarsi e volere il fatto che la nuova condotta si sommi a quelle precedenti.

<sup>10</sup> È utile rammentare che i reati della stessa indole devono, nella loro totalità, corrispondere ad almeno tre illeciti commessi, così come ricordato dalle delle Sez. Un. n. 13681 del 25 febbraio 2016, secondo cui «il tenore letterale lascia intendere che [...]

*il terzo illecito della medesima indole dà legalmente luogo alla serialità che osta all'applicazione dell'istituto».*

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 776.

<sup>12</sup> *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/05/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341; Sez. V, 14/11/2016, n. 4852.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20/3/2019, n. 18192; Sez. IV, 25/9/2018, n. 44896; Sez. III, 29/3/2018, n. 19159; Sez. VI, 13/12/2017, n. 3353; Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/5/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341; Sez. II, 2/1/2017, n. 1.

In base a quanto sostenuto dai fautori di altro indirizzo ermeneutico – maggiormente in linea con la soluzione prospettata dalle recenti Sezioni Unite – invece, non vi sarebbero condizioni ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto in ipotesi di continuazione purché, però, all’esito di un’indagine concreta e casistica, il comportamento del reo non sia espressivo di una tendenza o inclinazione al crimine.<sup>14</sup>

In buona sostanza, il riconoscimento del vincolo di continuazione da parte del giudice del merito non implica in via automatica e presuntiva l’abitudine della condotta.

Come già accennato – e come meglio spiegato *infra* – con la sentenza n. 18891 del 2022<sup>15</sup> le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, accogliendo l’orientamento meno restrittivo, hanno ritenuto che, all’esito di una valutazione complessiva della fattispecie concreta, è ben possibile riscontrare una particolare tenuità del fatto anche in presenza di una serie di reati avvinti dal vincolo della continuazione ai sensi dell’art. 81 c.p.

Ciò, in particolare, tenendo conto di molteplici indicatori fattuali rappresentati nella medesima pronuncia: la natura e la gravità degli illeciti unificati, la tipologia dei beni giuridici tutelati, l’entità delle disposizioni di legge violate, le finalità e le modalità esecutive delle condotte, le rispettive motivazioni e le conseguenze derivatene, il contesto spazio temporale in cui le violazioni si collocano,

l’intensità del dolo e la rilevanza attribuibile alla condotta susseguente al compimento del fatto di reato.<sup>16</sup>

Tale ultimo elemento, peraltro, assume un peculiare rilievo se inserito nel contesto della recente “Riforma Cartabia” che, incidendo sul dato letterale dell’art. 131-*bis* c.p., ha dato rilevanza proprio al parametro – da valorizzare ai fini del giudizio sulla particolare tenuità del fatto – della condotta susseguente al reato.<sup>17</sup>

### 3. REATO CONTINUATO: STRUTTURA UNITARIA O PLURIMA?

La controversa questione concernente la natura – plurima o unitaria – del reato complesso è stata a lungo oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La risoluzione, nell’uno o nell’altro senso, della problematica sottesa al contrasto ermeneutico assume particolare rilievo ai fini della questione che ci occupa; solo partendo dall’assunto per il quale il reato continuato risulta composto da una pluralità di illeciti è possibile, infatti, porsi l’interrogativo concernente la compatibilità tra quest’ultimo e il requisito della non abitudine della condotta richiesto dall’art. 131-*bis* c.p.

Secondo un’interpretazione ormai consolidata in seno alla giurisprudenza di legittimità, il reato continuato – che, come detto, deroga al

<sup>14</sup> *Ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 15/9/2021, n. 36534; Sez. III, 13/7/2021, n. 35630; Sez. V, 13/7/2020, n. 30434; Sez. II, 27/1/2020, n. 11591; Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111; Sez. II, 10/9/2019, n. 42579; Sez. III, 20/11/2018, n. 16502; Sez. IV, 11/12/2018, n. 4649; Sez. IV, 25/9/2018, n. 47772.

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza del 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891, Cassano Presidente – De Amicis Relatore – P.M. Lignola.

<sup>16</sup> Quanto all’elemento della condotta susseguente al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità dell’offesa si tenga in considerazione il passaggio motivazionale in cui la Suprema Corte statuisce che «*le condotte successive al reato ben possono*

*integrare nel caso concreto un elemento suscettibile di essere preso in considerazione nell’ambito del giudizio di particolare tenuità dell’offesa, rilevando ai fini dell’apprrezzamento della entità del danno ovvero come possibile spia dell’elemento soggettivo*».

<sup>17</sup> Infatti, come ricordato dalle Sezioni Unite nella sentenza in oggetto – pronuncia antecedente all’entrata in vigore della riforma Cartabia – l’art. 1, co. 21, lett. b), della l. 27 settembre 2021, n. 134, nel dettare i principi e i criteri direttivi inerenti alle modifiche al Codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, suggerisce al legislatore delegato di attribuire rilievo «*alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell’offesa*».

regime del concorso materiale di reati – risulta unificato – per *fictio iuris* – ai soli fini sanzionatori mantenendo viva, al contrario, la sua ontologica pluralità in ordine ai reati che lo compongono.

Si tratta, dunque, di una singolare ipotesi di concorso di reati disciplinata in via autonoma dal legislatore.

Se prima della riforma del 1974 la concezione unitaria risultava prevalente in ragione del tenore letterale dell'art. 81, comma 2, c.p., la nuova formulazione della disposizione ha eliso qualsivoglia dubbio in merito: basti pensare, infatti, alla eliminazione del riferimento alla considerazione unitaria della fattispecie nonché alla piena equiparazione normativa tra il fenomeno della continuazione e il reato formale.<sup>18</sup>

La considerazione unitaria del reato continuato, come ricordato dalle medesime Sezioni Unite n. 18891 del 2022, può aver luogo nei soli casi previsti dalla legge o, in assenza di disciplina positiva, per finalità favorevoli al reo in coerenza con la *ratio* dell'istituto.

Non è possibile, dunque, immaginare che, in assenza di una specifica previsione di legge, più reati vengano considerati avvinti dal vincolo della continuazione con effetti sfavorevoli rispetto all'autore dei medesimi.

Ad oggi, gli unici effetti sfavorevoli collegati al reato continuato sono, infatti, espressamente previsti dal legislatore.

A tal proposito, è possibile tenere in considerazione il termine di decorrenza della prescrizione che, ai sensi dell'art. 158 c.p., si identifica con il momento in cui cessa la continuazione – ovvero con la commissione dell'ultimo dei reati programmati – e

non con quello della consumazione dei singoli reati.<sup>19</sup>

Tale estensione dell'unificazione *in malam partem* rientra, ad ogni modo, nell'ambito della discrezionalità legislativa, corredata dal principio della ragionevolezza.

Ciò che non può accadere, invece, è che sia il giudice ad intervenire in via interpretativa adducendo effetti sfavorevoli derivanti dall'unificazione di più reati laddove ciò non sia stato previamente contemplato dal legislatore.

Si ritiene, in definitiva, che il reato continuato debba intendersi come ontologicamente plurimo, e ciò a prescindere dalla astratta unitarietà fittizia che deriva dal contenuto precettivo dell'art. 81, comma 2, c.p.

Secondo autorevole dottrina, quindi, il reato continuato deve considerarsi unitario esclusivamente in presenza di effetti favorevoli per il reo, al contrario, i reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso debbono ritenersi plurimi ed autonomi tra loro ogniqualvolta sia enucleabile un effetto sfavorevole per l'autore del reato.<sup>20</sup>

Di qui, tenuto conto dell'orientamento ormai prevalente che contrasta con una concezione unitaria del reato continuato, la più recente giurisprudenza, si è orientata – ancorandosi, in particolare, al dato letterale della norma in esame – nel senso di escludere dalla nozione di condotte plurime, abituali o reiterate di cui all'art. 131-*bis*, comma 4, c.p., il fenomeno della continuazione che, come visto, si sostanzia in una pluralità di reati e non, per l'appunto, in una pluralità di condotte afferenti ad un unico reato.

<sup>18</sup> Si fa riferimento alla riforma apportata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 – Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale – convertito con modificazioni dalla L. n. 220 del 1974.

<sup>19</sup> L'art. 158, comma 1, c.p., infatti, statuisce che «il termine della prescrizione decorre [...] per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione».

<sup>20</sup> *Ex multis*, s.v. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Giappichelli, 2015, p. 176.



#### 4. L'APPRODO DELLE SEZIONI UNITE: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Sul solco di quanto precedentemente illustrato si sviluppa la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che – *in subiecta materia* – rappresenta, *rebus sic stantibus*, un approdo definitivo.<sup>21</sup>

È opportuno sin da subito evidenziare che l'indirizzo ermeneutico condiviso dalla Suprema Corte si fonda sulle medesime premesse logiche dell'orientamento secondo cui la natura del reato continuato – che, come visto a più riprese, è ontologicamente plurima – è, di fatto, di per sé incompatibile con la nozione di abitualità ostativa all'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

La conclusione – secondo cui vi sarebbe compatibilità strutturale tra i due istituti – appare, dunque, condivisibile.

Il concetto di abitualità, per come descritto nel medesimo disposto dell'art. 131-*bis* c.p., è riconducibile a tre ipotesi distinte: dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, commissione di più reati della stessa indole (almeno tre in totale) e ipotesi di condotte plurime, abituali o reiterate.

In tal guisa, dunque, la *voluntas legis* risulta essere quella di sottrarre dal perimetro applicativo della causa di non punibilità tutte quelle condotte che, inquadrandosi nell'ambito della serialità, sono sintomatiche di una proclività al crimine.

Ebbene, tale tendenza criminale, invero, non può certamente dedursi, secondo una specie di presunzione assoluta, dalla mera presenza di un medesimo disegno criminoso che, al contrario, è elemento valorizzato dal legislatore proprio al fine di

giungere ad una mitigazione del trattamento sanzionatorio in un'ottica di *favor rei*.

Non si comprende, dunque, come lo stesso elemento fattuale possa essere posto alla base di due considerazioni tra loro contrastanti: l'una, avente base legislativa, secondo la quale la presenza dell'unitarietà del fine e, dunque, della continuazione conduce a risvolti favorevoli per il reo, l'altra, di origine interpretativa, che opererebbe, invece, *in malam partem* andando a tradire sia la finalità deflattiva posta alla base dell'art. 131-*bis* c.p. che la *ratio* dell'art. 81 c.p.

Appare preminente, infatti, verificare se il fatto, nella sua concreta realizzazione, possa o meno essere considerato per la sua speciale tenuità.

Un'aprioristica negazione della possibilità di svolgere un'indagine fattuale si porrebbe in contrasto con la stessa finalità della norma in questione che, come in precedenza esaminato, risulta espressione del principio di sussidiarietà del diritto penale.

Il legislatore, dunque, nell'ottica di impedire sin dal principio l'ingresso nel circuito sanzionatorio in presenza di un'offesa avente entità minima ha ritenuto opportuno introdurre una causa di non punibilità che – così come evidenziato dalle medesime Sezioni Unite – richiede necessariamente, ai fini della sua applicazione, una valutazione in concreto delle dinamiche del fatto – e, in particolare, della biografia criminale del singolo agente – anche in considerazione di quanto esplicitato nel primo comma dell'art. 131-*bis* c.p.

Infatti, il riferimento agli indicatori delle modalità della condotta, della esiguità del danno o del pericolo nonché della condotta susseguente al reato non può che deporre a favore di quanto poc'anzi sostenuto.

<sup>21</sup> Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza del 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891.

L'affermazione, dunque, di una astratta conciliabilità tra i due istituti, e quindi dell'esclusione di qualsivoglia automatismo, si pone in linea con la *ratio* ispiratrice di entrambi: l'unificazione fittizia di più reati in ottica di *favor rei* da un lato, e, dall'altro lato, l'obiettivo di deflazione nel rispetto del principio di sussidiarietà.

La natura del reato continuato, ontologicamente plurima, consente agli interpreti di escludere la sovrapposizione tra la nozione di pluralità delle condotte e quella di pluralità di reati.

Nel reato continuato, come visto, vi sono più reati avvinti tra loro in ragione della medesimezza del disegno criminoso e mitigati a livello sanzionatorio dal ricorso al cumulo giuridico; diversamente, quanto richiesto dall'art. 131-*bis* c.p. al fine di identificare una abitudine ostativa alla operatività della norma è la presenza, tra le altre, di condotte plurime.

Nel caso che ci occupa, però, ad essere molteplici sono i reati, e non semplicemente le condotte afferenti ad un medesimo delitto.

Coglie nel segno, allora, quella parte della dottrina e della giurisprudenza che ritiene ben possibile configurare un'ipotesi di particolare tenuità anche in presenza di reati avvinti dal vincolo della continuazione.

Quella tendenza al crimine che caratterizza l'abitudine, che si pone quale ostacolo all'applicazione della causa di non punibilità, non si rinviene in automatico nella individuazione della

continuazione che, anzi, dimostrerebbe proprio una minore intensità del dolo dell'autore dei reati che cede all'impulso criminale una sola volta e che, per questo motivo, merita una risposta sanzionatoria meno afflittiva di quella derivante, di regola, dal cumulo materiale.

All'esito dell'indagine concreta, da condurre caso per caso, l'autorità giudiziaria ben potrà, invece, escludere la causa di non punibilità, anche in presenza di un'offesa di lieve entità, se i reati avvinti dal vincolo della continuazione risultino essere della medesima indole che, ai sensi dell'art. 101 c.p., si identifica in tutti quei reati che violino la medesima disposizione di legge o che, secondo un criterio sostanziale, anche in presenza di differenti disposizioni di legge, presentano – per la natura dei fatti realizzati, da un punto di vista oggettivo, o dei motivi determinanti la loro commissione, da un punto di vista soggettivo – caratteri fondamentalmente comuni.<sup>22</sup>

In conclusione, dunque, risulta pienamente condivisibile il risultato interpretativo cui è giunta la Suprema Corte nella recente sentenza oggetto di trattazione.

La ontologica diversità delle *rationes* poste alla base dei due istituti – causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e continuazione – presta il fianco a riflessioni volte ad escludere meccanismi di automatica esclusione aventi effetti *in malam partem*.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 53401/2018 secondo cui: "la definizione di reati "della stessa indole", posta dall'art. 101 cod. pen. e rilevante per l'applicazione della recidiva ex art. 99 cod. pen., comma 2, n. 1, prescinde dalla identità della norma incriminatrice e fa riferimento ai criteri del bene giuridico violato o del movente delittuoso, che consentono di accertare, nei casi concreti, i caratteri fondamentali comuni fra i diversi reati (Sez. 6, n. 15439 del 17/03/2016, C, Rv. 266545; Sez. 2, n. 40105 del 21/10/2010, Apostolico, Rv. 248774), e se non intende mettere in discussione il ruolo primario, nella valutazione da compiersi, della discrezionalità del giudice, il cui esercizio se adeguatamente motivato non è censurabile in Cassazione (Sez. 3, n. 11954 del 16/12/2010 -

dep. 24/03/2011, L., Rv. 249744; Sez. 3, n. 759 del 06/04/1971, Silva, Rv. 118678), induce a tener conto del fatto che il criterio sostanziale – pur evocato dal legislatore nell'art. 101 cod. pen. per l'accertamento dell'omogeneità fra i reati quando vengano violate diverse disposizioni di legge, mediante il riferimento alla natura dei fatti o ai motivi dell'agire – dilata sensibilmente l'area dei reati della stessa indole, determinando, nelle diverse ipotesi che tale concetto si richiamano, un trattamento più sfavorevole per il soggetto che ne è attinto (Sez. 1, n. 27906 del 15/04/2014, Stocco, Rv. 260500)".



La risposta sanzionatoria penale, come noto, rappresenta – secondo il principio di sussidiarietà – l'*extrema ratio* cui ricorrere in presenza di offese meritevoli di una punizione particolarmente afflittiva.

In ossequio ai principi di offensività e materialità del reato, dunque, è imprescindibile escludere dal novero dei fatti penalmente sanzionabili tutti quelle fattispecie concrete in cui venga del tutto a mancare la lesività della condotta o – come nel caso di cui all'art. 131-*bis* c.p. – risulti particolarmente lieve l'entità dell'offesa arrecata ai beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici.

In tale ottica di *favor rei* si radica l'orientamento volto ad ammettere la compatibilità strutturale tra gli istituti illustrati: la serialità criminale che caratterizza il fenomeno della abitualità e che, quindi, genera una maggiore riprovevolezza nella valutazione sociale e politica, non può e non deve ritenersi *ex se* sinonimo di continuazione alla base della cui disciplina, viceversa, si rinvengono la unitarietà e la medesimezza del disegno criminoso che si atteggiavano come elementi sintomatici di una minore pericolosità sociale.

**REATI CULTURALMENTE MOTIVATI, MATERIALE PER UNA DISCUSSIONE**di **Caterina BUSCEMA\*****ABSTRACT**

*Con il presente contributo si vuole invitare ad una riflessione sull'importanza di misure preventive necessarie per difendere i minori, in particolare le bambine, in modo concreto, e non solo sulla carta. Trattando in modo preliminare il reato culturalmente motivato e l'atteggiamento del legislatore italiano rispetto a questo, ci si vuole soffermare sulle mutilazioni genitali femminili perché pratica vittima dell'indifferenza generale. Si vuole inoltre confrontare lo sdegno che ci provoca il fenomeno delle spose bambine con le soluzioni prospettate per evitare che ciò accada. Di sottofondo c'è l'augurio a che la società non deleghi il benessere di un bambino alla fortuna o sfortuna di vivere in questa o in quella famiglia.*

**SOMMARIO**

<b>1. Premessa .....</b>	<b>113</b>
<b>2. Il reato culturalmente motivato e l'atteggiamento del legislatore italiano .....</b>	<b>113</b>
<b>3. Le mutilazioni genitali femminili ..</b>	<b>119</b>
<b>4. Il fenomeno delle spose bambine ..</b>	<b>126</b>
<b>5. Considerazioni conclusive: il principio di laicità alla luce della tutela del pluralismo .....</b>	<b>129</b>

**1. PREMESSA**

\* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, già tirocinante ex art. 73 del D.L. n. 69 del 2013 presso la Procura della Repubblica.

Negli ultimi anni, com'è noto, i flussi migratori diretti verso il nostro Paese hanno determinato un mutamento della nostra società in senso multiculturale. La maggioranza degli immigrati è solita portare con sé il proprio bagaglio culturale, il quale spesso risulta pieno di valori non condivisi dall'ordinamento italiano, almeno non da quello odierno. Si pensi alla visione patriarcale e gerarchica della famiglia che la faceva da padrone anche nel nostro Paese e che è stata combattuta con non poche difficoltà: questa torna all'interno della nostra società per il tramite di altre culture che fanno "resuscitare" la visione della famiglia ancorata alla *patria potestas* e all'uso illimitato dello *ius corrigendi*.

Si è ritenuto perciò opportuno chiedersi in che rapporto si pongano tali diversi modelli educativi con il nostro diritto penale.

*Prima facie* tali culture collidono con l'evoluzione della posizione della donna e del minore. Ciò nonostante, l'esigenza imprescindibile di fornire tutela adeguata anche alle culture diverse da quella preponderante, impedisce di giungere ad una facile e netta soluzione. La disamina sull'argomento si conclude infatti, non a caso, con il principio di laicità visto alla luce della tutela del pluralismo.

**2. IL REATO CULTURALMENTE MOTIVATO E L'ATTEGGIAMENTO DEL LEGISLATORE ITALIANO**

La nozione di reato culturalmente motivato è suggerita da Jeroen Van de Broeck<sup>1</sup>: un comportamento realizzato da un membro appartenente ad un gruppo minoritario, che è considerato reato

<sup>1</sup> J. VAN DE BROECK, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2001, n.1, p.5



dall'ordinamento giuridico della cultura dominante ma che all'interno del gruppo culturale del soggetto è approvato, sostenuto o addirittura incoraggiato. Alla commissione del reato culturalmente motivato fa da sfondo, perciò, una situazione di conflitto.

I reati di cui trattasi sono costituiti principalmente da condotte nelle quali si manifestano re-taggi culturali di soggetti forti a danno di soggetti deboli; rilevano, in particolare, le violazioni di diritti fondamentali come il diritto alla vita e il diritto alla libertà personale. Quando parliamo astrattamente di libertà dobbiamo compiere mentalmente e storicamente un passo indietro, per comprendere anzitutto che la libertà è prima di ogni altra cosa non-schiavitù. Senza tale sforzo mentale non si potrebbe comprendere a pieno come tale schiavitù, ad oggi, non sia stata ancora estirpata del tutto bensì si è trasformata, riproponendosi in forme nuove. La schiavitù si ripresenta infatti in forma "moderna", colpendo i gruppi vulnerabili (le donne, i minori e i lavoratori migranti), ed assumendo varie forme, dalla tratta di essere umano a scopo di sfruttamento di manodopera all'accattonaggio, dalla schiavitù sessuale alle violenze in famiglia.

Di fronte a tali violazioni, il giurista vede vacillare un caposaldo del diritto penale moderno: il valore universale dei diritti fondamentali. Ma l'aurea di inviolabilità di tali diritti fondamentali non smarrisce la sua carica simbolica dinanzi al confronto interculturale, anzi, è proprio l'irrinunciabilità della tutela del nocciolo duro dei diritti umani che scolpisce i confini della tolleranza nei confronti dei comportamenti culturalmente motivati<sup>2</sup>.

Tuttavia, sorgono dei dubbi: quali sono questi diritti fondamentali e chi ne redige il catalogo, e soprattutto quali tra questi diritti fondamentali sono assolutamente inviolabili e quali invece possono

essere bilanciati e soggiacere a compromessi, tenendo a mente che anche il diritto alla conservazione e alla pratica della propria cultura è riconosciuto in varie fonti internazionali.

Ci si può chiedere, a tal proposito, quale sia il giusto bilanciamento (e persino se sia giusto parlare di bilanciamento, o se si debba parlare di un diritto inviolabile) tra il diritto dei genitori a perpetuare certe forme di integralismo religioso-culturale che precludano alla prole in età minore le cure mediche salvifiche, e il diritto della medesima alla protezione della propria salute. Ma è da chiedersi altresì se sia scontato che sia intollerabile l'offesa all'integrità fisica conseguente agli interventi non mutilanti sugli organi genitali femminili (la cui mancata esecuzione potrebbe, in certi contesti, produrre seri pregiudizi all'integrazione sociale delle fanciulle) quando invece la circoncisione maschile è pacificamente ammessa<sup>3</sup>.

Siamo giunti al punto in cui ci si deve porre l'annosa questione di come il nostro ordinamento penale debba reagire di fronte a tali reati. Si tratta di chiedersi se sia possibile, in un momento storico quale quello di ora, caratterizzato da un massiccio fenomeno di flussi migratori, un'applicazione culturalmente differenziata del diritto penale. In altri termini, ci si deve domandare fino a che punto, ai fini dell'accertamento del reato, si può o si deve tener conto delle tradizioni religiose e del retroterra etnico e culturale del destinatario della norma penale.

Ci si chiede, in particolare, se il nostro diritto penale debba conferire rilievo alla cultura d'origine dell'imputato o se debba, a contrario, rimanere assolutamente indifferente alla motivazione culturale. Ancora, nel caso in cui si stabilisca che il nostro ordinamento penale debba conferire rilievo alla cultura del soggetto agente, ci si chiede se tale rilievo

<sup>2</sup> C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 6,7

<sup>3</sup> C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, *cit.*, 7





debba essere considerato alla stregua di un trattamento speciale e segnatamente più mite o, all'opposto, debba essere considerato come un elemento aggravatore, che incrementa la responsabilità dell'imputato. Ma ancor prima, si tratta di comprendere come si prova in giudizio la diversa cultura dell'imputato, se rileva la diversa cultura di un singolo, quella di un gruppo o quella di un'intera nazione.

A questa particolare analisi dedica attenzione Cristina de Maglie, individuando tre elementi fondamentali oggetto della prova: il motivo culturale (ossia la riconducibilità della causa soggettiva della condotta al bagaglio culturale del reo), la coincidenza di reazione (la convergenza oggettiva tra la motivazione individuale e la regola culturalmente diffusa nell'ambito di appartenenza) e il divario tra culture (la differenza tra la cultura del gruppo del reo e la cultura maggioritaria). Tuttavia, si tratta di accertamenti complicati. La cultura non è un'entità statica bensì un'entità in continua trasformazione, che non attecchisce a tutti i membri nel medesimo modo, i quali saranno più o meno condizionabili a seconda della personalità individuale<sup>4</sup>. Per questo per de Maglie risulta indispensabile il ricorso ad una perizia culturale. Per contro, Basile sottolinea il divieto della perizia criminologica e psicologica finalizzata a stabilire il carattere e la personalità dell'imputato. De Maglie, dal canto suo, esclude che tale divieto si applichi alla perizia in questione perché non si tratterebbe di un giudizio sull'imputato ma sull'eventuale valenza culturale del fatto commesso. Infatti, tale giudizio non avrebbe ad oggetto le qualità personali dell'individuo ma l'esistenza di un gruppo etnico caratterizzato da una cultura specifica, le cui regole autorizzino un comportamento coincidente con quello tenuto dall'imputato.

Gli interrogativi *supra* posti, insomma, non solo non hanno trovato risposta esplicita, giacché non è stato introdotto alcun istituto di parte generale per i reati culturalmente motivati e la dottrina presenta linee di pensiero differenti, ma neppure le prospettive *de iure condendo* di inserire nuove norme *ad hoc* appaiono auspicabili. Nell'attuale clima politico, infatti, il legislatore italiano non pare voler avviare un serio dibattito per individuare una soluzione legislativa per i reati culturalmente motivati che sia equilibrata e non elettorale. Inoltre, Basile sottolinea che anche se venisse avviato un tale dibattito, visto l'attuale clima, vi sarebbe "l'enorme rischio di giungere ad una valutazione *contra reum* del fattore culturale", e anche se così non fosse, vi sarebbe comunque l'alternativo rischio di reazioni di rigetto da parte dell'opinione pubblica, la quale potrebbe vedere il trattamento di favore accordato agli imputati di reati culturalmente motivati come un ingiustificato privilegio<sup>5</sup>.

Tali interrogativi possono trovare una risposta semplice guardando l'attuale ordinamento penale. Nella legislazione vigente sono infatti già presenti vari istituti e norme che ben si prestano a conferire adeguata rilevanza alla motivazione culturale. È necessario, però, preliminarmente distinguere i reati culturalmente motivati a bassa offensività da quelli ad elevata offensività, distinzione inevitabile per non riservare loro il medesimo trattamento penalistico.

Rispetto ai reati culturalmente motivati a bassa offensività, vengono in rilievo anzitutto eventuali cause di illiceità speciale, del tipo "senza giustificato motivo". A tal proposito si possono citare alcuni casi giurisprudenziali: una donna viene denunciata a causa del *burqa* che indossa; due indiani sikh vengono denunciati a causa del coltello ornamentale che portano, il *kirpan*. Rispettivamente, vengono in

<sup>4</sup> C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, cit., 13, 14

<sup>5</sup> F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *uninsubria.it*, 2011, 365, 366, 367.



rilievo la contravvenzione<sup>6</sup> che punisce chiunque, senza giustificato motivo, in luogo pubblico o aperto al pubblico, renda difficoltoso il riconoscimento della propria persona, e la contravvenzione<sup>7</sup> che punisce chiunque, senza giustificato motivo, fuori dalla propria abitazione porti strumenti da punta o da taglio atti ad offendere. In questi casi i giudici hanno proceduto ad un bilanciamento tra il diritto alla propria libertà religiosa e i beni tutelati da tali norme incriminatrici e hanno riconosciuto prevalenza al primo, ritenuto idoneo ad integrare il “giustificato motivo” richiesto, anche in considerazione della minima offensività del fatto contestato.

Vengono inoltre in rilievo l'esercizio di un diritto, in funzione scriminante *ex art. 51 c.p.*, l'ignoranza inevitabile della legge penale violata *ex art. 5 c.c.* come interpretato dalla Corte Costituzionale nella sent. 364/1988 e l'errore sul fatto che esclude il dolo *ex art. 47 c.p.* Per ciò che concerne l'esercizio di un diritto, questo potrebbe essere il diritto di professare liberamente la propria fede, tutelato dagli artt. 19 Cost. e 9 CEDU, e il diritto alla propria cultura, riconosciuto dall'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tali diritti possono venire in rilievo nei casi di circoncisione maschile rituale e nei casi assolutamente più lievi di mutilazione genitale femminile. Per ciò che riguarda l'ignoranza inevitabile della legge penale violata, rilevano i casi in cui gli autori sono stranieri appena immigrati in Italia, o di passaggio per l'Italia, in arrivo da Paesi dove le condotte incriminate non costituiscono reato, come ad esempio casi di stranieri

che, in transito per l'Italia, vengono trovati in possesso di una carabina ad aria compressa, senza sapere che in Italia tale condotta costituisce reato<sup>8</sup>. Infine, per l'errore sul fatto che esclude il dolo, rilevano casi in cui la matrice culturale dell'imputato, avendo provocato un'erronea percezione della situazione di fatto costituente reato, è idonea ad escludere il dolo. Una soluzione affermativa in tal senso è stata adottata nei confronti di un cittadino senegalese<sup>9</sup> colto in flagrante mentre praticava il commercio ambulante di articoli di abbigliamento riportanti marchi contraffatti, il quale fu assolto dal reato di commercio di prodotti con segni falsi per mancanza di dolo, in quanto non sarebbe stato consapevole del fatto che i marchi erano stati falsificati<sup>10</sup>.

Tali soluzioni, che conducono ad esiti assoluti per i reati a bassa offensività, non sembrano percorribili per i reati culturalmente motivati ad elevata offensività, anzi, si registra un orientamento della Cassazione, in fase di rapido consolidamento, con cui si respinge ogni assunto difensivo basato sulla diversità culturale che punti all'assoluzione dell'imputato. La Cassazione afferma, infatti, la dottrina dello “sbarramento invalicabile” secondo la quale i principi costituzionali dettati dagli artt. 2 e 3 Cost. (garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo ed eguaglianza, intesa anche come uguaglianza senza distinzione di sesso), “costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi, che si propongono come antistorici

<sup>6</sup> La contravvenzione di cui all'art. 5 della l. 22 maggio 1975, n. 152.

<sup>7</sup> La contravvenzione di cui all'art. 4, 2° comma, della l. 18 aprile 1975, n. 110.

<sup>8</sup> Trib. Genova, 30-05-1989, in *Foro It.*, 1989, II, 540

<sup>9</sup> Nella motivazione si legge che l'imputato, essendo un cittadino del Senegal, paese caratterizzato da scarse risorse di base, è completamente escluso dai costumi e dai circuiti dei consumi propri dei paesi industrializzati. Pertanto, i marchi dei prodotti industriali di consumo alla moda, dal punto di vista di un cittadino del terzo mondo, sono qualcosa di astratto,

sideralmente lontano dalla propria esperienza quotidiana. Pertanto, si deve presumere che egli, non avendo mai avuto occasione di entrare in una boutique per acquistare un pantalone “Levi's” o una maglietta “Lacoste”, difetti di quell'esperienza minima, comune alla generalità dei cittadini italiani, che gli possa consentire di verificare se un tale marchio possa essere contraffatto o originale. Pretura di Pescia, 21-11-1988, in *Foro It.*, 1989, II, 247.

<sup>10</sup> F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., 368, 369, 370



a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero<sup>11</sup>. In questi casi, il fattore culturale potrebbe incidere solo in via subordinata, rilevando sul quantum della pena da infliggere.

Abbiamo analizzato come le opzioni adottate dai legislatori varino molto, in ragione delle diverse opzioni di politica generale e di politica criminale, ma anche gli orientamenti giurisprudenziali, in materia di reati culturali, sono altrettanto mutevoli. Emblematico di un indirizzo giurisprudenziale è il caso Hina Saleem.

Nel caso di Hina Saleem<sup>12</sup> la Suprema Corte ha stabilito che, nel delitto di omicidio commesso da un soggetto straniero ai danni della figlia, non vale ad escludere il giudizio di abiezione-repulsione sui motivi a delinquere lo sconforto del padre per la ritenuta trasgressione dei modelli educativi familiari, specie ove tale forma di riprovazione genitoriale sia fondata, in forza di un distorto e patologico rapporto di possesso parentale, sulla mera rabbia per la reiterata disobbedienza ai divieti paterni. Infatti, ai fini della sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n.1, c.p., il motivo è da qualificarsi come abietto tutte le volte in cui la motivazione dell'agente ripugni al comune sentire della collettività. La Corte, pur avendo specificato che nella valutazione di tale rapporto di repulsione il giudice non può prescindere, nel suo scrutinio, dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di riferimenti culturali, nazionali e religiosi della motivazione dell'atto criminoso, nella fattispecie in esame

l'aggravante è stata riconosciuta, essendo stato escluso che alla base della riprovazione nei confronti della figlia potessero farsi valere ragioni o consuetudini religiose o culturali. Alla base dell'omicidio vi sarebbe infatti stata l'inaccettabile concezione che l'imputato aveva del rapporto padre-figlia come possesso-dominio, e per questo per gli ermellini i motivi religiosi esulano dalla morte della giovane. È inoltre da specificare che al padre, condannato, non è stato attribuito alcun rilievo alla sua cultura d'origine ai fini di una mitigazione della pena.

Il caso Hina Saleem ci mostra come la cultura del gruppo etnico di riferimento che ha determinato gli autori ad agire non delinei un diritto tale da soverchiare le immunità fondamentali del diritto alla vita e dell'invulnerabilità della persona. Il conflitto tra tali diritti vede perciò il diritto alla cultura soccombere<sup>13</sup>.

Per contro, il Tribunale di Milano, nel 2014<sup>14</sup>, ha deciso di fornire rilievo al condizionamento culturale. Nella sentenza in esame, il Tribunale, chiamato a giudicare la penale responsabilità di un cittadino proveniente da un Paese dell'Estremo Oriente autore di violenze ripetute nei riguardi di moglie e figlie, manifesta una chiara sensibilità verso i contesti multiculturali, evidenziando che la cultura di appartenenza non può essere messa in disparte nel sindacato giurisdizionale sulla penale responsabilità, sottolineando l'importanza del principio di colpevolezza. Nel caso in esame, infatti, l'imputato riteneva di aver agito nell'espletamento legittimo dei poteri educativi rispondenti al

<sup>11</sup> Cass. pen., sez. VI, 16-12-2008, n. 46300, in *Guida al diritto*, 2009, 63

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. I, 12-11-2009, n. 6587, in *Foro.it*, 2010, 10, II, 516, nota di PARISI; in *Diritto e Giustizia online 2010*, nota di MANDOLARI.

<sup>13</sup> In tal senso anche Cass. pen., sez. VI, 23-11-2008, n. 46300 in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3834 in cui si afferma che l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato

dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano.

<sup>14</sup> Trib. Milano, 19-09-2014, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2015, 4, I, 1361, nota di LO GIUDICE.



costume del proprio Paese d'origine. Come afferma de Maglie, per comprendere se si è in presenza di un reato culturalmente motivato è necessario effettuare un *test* di verifica basato sul paradigma della "coincidenza di reazione": il reato è da considerarsi culturalmente orientato solo se ogni componente di quel determinato gruppo di provenienza avrebbe agito nel medesimo modo, in ragione delle convinzioni culturali. Pur non avendo effettuato tale *test* nel reato in esame, poiché considerato non un vero e proprio reato culturalmente motivato bensì un reato commesso per errore inescusabile in ragione della scarsa acculturazione dell'imputato, il Tribunale ha fornito comunque rilievo al condizionamento culturale sul piano della dosimetria della pena, la quale è stata mitigata al di sotto del medio edittale in ragione dei motivi culturali che avevano spinto il soggetto a delinquere<sup>15</sup>.

Ciò conferma la mutevolezza degli indirizzi giurisprudenziali in tale delicata materia, così come la differenza di pensiero tra gli indirizzi dottrinali. Facendo un passo indietro, e trattando la questione della differenza tra il modello assimilazionista ed il modello multiculturalista, è d'interesse qui precisare le linee di pensiero dottrinali sul tema.

Con riferimento al nostro sistema penale, la dottrina tradizionale lo colloca tra quelli di impronta assimilazionista, date anche le previsioni dei delitti di mutilazioni genitali femminili e di impiego di minori nell'acattonaggio. Anzi, dopo suddette previsioni, c'è chi ha definito il nostro un modello "assimilazionista discriminatorio"<sup>16</sup> per sottolineare come, con queste fattispecie, si sia voluto punire condotte di chiara matrice culturale con un forte inasprimento sanzionatorio. Tuttavia, come anche Basile specifica, nella legislazione italiana

sono presenti anche previsioni che testimoniano un approccio di tipo multiculturalista: si pensi al decreto legislativo<sup>17</sup> che consente la macellazione secondo le prescrizioni religiose di ebrei e musulmani, in deroga alle norme a tutela degli animali.

Prima di proseguire oltre, appare opportuno soffermarci sulla misura di protezione delle vittime dei reati culturalmente motivati accordata dal nostro ordinamento. La l. 119/2013 (di conversione del decreto legge 93/2013) ha inserito nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, l'art. 18 *bis* che prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari alle vittime straniere di atti di violenza in ambito domestico, così contemplando una tutela specifica per le vittime straniere di "violenza domestica", termine con la quale si designa uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore condivide o meno la residenza con la vittima.

Va rilevato che nella relazione illustrativa del DDL di conversione del D.L. n. 93 del 2013, si afferma che con l'art. 18 *bis* "si dà attuazione all'articolo 59 della Convenzione di Istanbul consentendo il rilascio di un permesso di soggiorno alle vittime degli atti di violenza perseguiti dalla Convenzione". Punto nodale è che l'art. 59 della Convenzione non richiede, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, la sussistenza di un concreto ed attuale pericolo per l'incolumità della vittima, richiesto invece *ex art. 18 bis*, riferendosi solo a "situazioni

<sup>15</sup> M. LO GIUDICE, *Maltrattamenti in famiglia "condizionati e motivati" dalle componenti (sub)culturali del reo*, nota a Trib. Milano, 19-10-2014, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2015, 4, 1377, 1378, 1379.

<sup>16</sup> C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 35.

<sup>17</sup> Decreto Legislativo n. 233 del 1998, art. 2, 1° comma, lett. h, e art. 5, 2° comma.



particolarmente difficili”, attribuendo così maggiore tutela alla vittima in quanto tale<sup>18</sup>.

### **3. LE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI**

Per quanto attiene all’atteggiamento tenuto dal legislatore italiano nei riguardi del fattore culturale, dato che nella Parte generale non si rinviene alcuna disposizione che attribuisca rilievo a tale elemento, appare interessante soffermarsi sulla Parte speciale del codice penale, soprattutto sulle recenti aggiunte normative, avutesi dopo quattro anni di gestazione parlamentare, ad opera della legge 9 gennaio 2006, n. 7, recante “Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”, la quale introduce disposizioni sanzionatorie, di carattere sia penale che amministrativo, e disposizioni di stampo preventivo – quali la promozione di attività volte alla prevenzione e all’assistenza alle vittime, la predisposizione di campagne informative rivolte agli immigrati provenienti dai Paesi in cui sono effettuate queste pratiche e l’istituzione di un numero verde – volte a contrastare e reprimere le pratiche di MGF<sup>19</sup> quali violazioni dei diritti fondamentali all’integrità della persona e alla salute della donna e delle bambine (art. 1 l. 7/2006).

Un’analisi delle norme di diritto positivo circa le MGF necessita di una preventiva inquadratura del fenomeno. L’OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) ha elaborato la definizione convenzionale di mutilazione genitale femminile, consistente in “tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale degli organi genitali femminili esterni o altri danni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche”. Secondo i dati più aggiornati di fonte OMS, sono tra i 100 e i 140 milioni le bambine, ragazze e donne nel mondo che hanno subito una forma di mutilazione genitale. Tali pratiche<sup>20</sup> sono molte diffuse in alcune regioni africane e sin dai primi anni ’80 sono giunte anche in alcuni Paesi occidentali, tra cui l’Italia, in forza dei massicci flussi migratori, sollevando molte politiche circa la loro liceità, dato il netto contrasto con la nostra tradizione culturale<sup>21</sup>.

Erroneamente, tale pratica viene spesso associata alla cultura islamica, contribuendo a creare uno stereotipo contro l’Islam ed i musulmani. In realtà, si tratta di una pratica propria di molte società a stampo patriarcale. Infatti, non solo vengono effettuate anche da popolazioni africane cristiane, ma già in Europa tra il XVIII e il XIX sec. si praticava la c.d. clitoridectomia per prevenire alcune patologie (come la follia) attribuite alla masturbazione femminile<sup>22</sup>. La pratica di MGF consiste infatti nel togliere qualsiasi fonte di piacere alla

<sup>18</sup> P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 2016, 3, 28, 29, 30, 31.

<sup>19</sup> Da qui in poi, con MGF si intende far riferimento alle mutilazioni genitali femminili.

<sup>20</sup> Circa le modalità di tali pratiche, coloro che sono deputate alla pratica di tali operazioni sono donne facenti parte della tribù, spesso le più anziane, che vengono remunerate per il loro lavoro. Le modalità dell’operazione mutano notevolmente a seconda che ci si trovi nel paese d’origine o in un contesto migratorio: nel primo caso l’operazione viene seguita da tutta la comunità e rappresenta un vero e proprio rito di passaggio; nel secondo caso scompare qualsiasi tipo di rituale e assume caratteristiche molto più individuali. Ma in entrambi i casi il

significato intrinseco non cambia. Gli strumenti usati possono essere anche semplici coltelli acquistati nei mercati, non quindi ferri creati appositamente, e le condizioni igieniche e sanitarie sono del tutto insoddisfacenti. Non vengono utilizzati anestetici ed antisettici e per fermare l’emorragia vengono spalmate sulle ferite paste a base di erbe, porridge e ceneri.

<sup>21</sup> F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, in *diritto.it*, 2006, 1, 2

<sup>22</sup> Vi è un caso del 1882 di un chirurgo tedesco che affermava di aver curato con successo, mediante clitoridectomia, una ragazza affetta da masturbazione eccessiva e ninfomania. Non solo, si ha conoscenza di esecuzioni di clitoridectomie negli ospedali psichiatrici fino al 1935.





donna, al fine di preservarne la verginità ed assicurarne la fedeltà, ma non riduce il desiderio. È certo quindi come si tratti di una interpretazione della religione volta a perpetuare il controllo sulla sessualità femminile.

I genitori, da parte loro, incoraggiano o spesso impongono le MGF al fine di ottenere una remunerazione maggiore dal matrimonio. Infatti, presso le culture dove la verginità è un prerequisito per le nozze, l'infibulazione<sup>23</sup> è parte integrate della transazione matrimoniale, pena l'impossibilità a contrarre matrimonio e l'isolamento sociale.

È da evidenziare come le MGF vengano praticate non solo dagli strati più poveri ed ignoranti della società. Donne istruite si erigono a difesa di tali pratiche, considerandole un tratto distintivo della loro cultura e religione. Ma è anche da sottolineare come alle donne venga insegnato che la sofferenza fisica faccia parte dell'essere donna<sup>24</sup>.

Molte altre donne, invece, denunciano tale pratica. Appare doveroso riportare alcune testimonianze<sup>25</sup>: "Scappai, ma avevo solo sette anni e non è che potessi scappare chissà dove. Quindi mi hanno presa e mi hanno legata al tavolo. Le donne che mi tenevano erano zie, parenti e anche amiche di famiglia. Le mutilazioni genitali femminili non sono pratiche culturali o tradizionali, ma sono abusi minorili. Sono stata mutilata per il mio futuro marito per non fare sesso al di fuori del matrimonio. Credo con tutto il cuore che finiranno ma l'unico modo per porre fine a ciò è ponendo fine a tutte le forme di oppressione verso gli esseri umani"; "Il dolore è quasi indescrivibile. Mi ricordo le donne che erano sedute lì e poi era tutto scuro. Mi ricordo che lottai tanto. Cercai di scappare e più persone mi tenevano per le mani e altre

donne mi tenevano per un braccio e ancora altre donne mi tenevano per l'altro e per le gambe. Io ero immobilizzata. Mi stavano per sdraiare, qualcuno mi teneva la testa. Non provo piacere come gli altri. Mi hanno raccontato cosa si prova. Io non ho mai avuto un orgasmo o qualsiasi cosa del genere"; "Mia mamma mi disse "Deka, tuo padre ed io desideriamo che un giorno ti sposi e vogliamo che tu sia brava e pulita per tuo marito". Io piangevo e dicevo "aspetta, mamma, aspetta, no, io sono già una brava bambina". Queste donne a cui io volevo bene mi tirarono su la gonna e mi hanno abbassato le mutande e spalancato tantissimo le gambe. Non mi ricordo molto dopo questo. I miei genitori mi hanno fatto promettere di non dire niente a nessuno perché avrebbero potuto avere problemi"; "Vado a vedere altre donne, parlo con loro per convincerle dicendo "perché subiamo questo?" e loro mi dicono "ma Sadia, questa è la nostra cultura, chi mai sposerebbe una donna non mutilata?" Questo riguarda l'oppressione delle donne, riguarda l'oppressione dei corpi delle donne, riguarda il controllo della sessualità delle donne e questo è un problema di tutto il mondo. Dobbiamo condividere le cose negative ma per riuscire ad ottenere qualsiasi soluzione abbiamo bisogno di sapere che la speranza esiste. Lavorare con gli uomini è davvero importante perché noi siamo state mutilate per gli uomini quindi gli uomini si devono far sentire, dovete far sentire la vostra voce perché voi siete i padri".

Secondo alcune credenze, le secrezioni genitali delle donne non circoncise uccidono lo sperma del compagno nella vagina; secondo altre, il clitoride sarebbe un organo pericoloso perché può uccidere il primogenito se la sua testa tocca l'organo durante

<sup>23</sup> L'infibulazione è la mutilazione più grave. Deriva dalla parola latina fibula (piccola spilla) e consiste nella parziale chiusura della vagina, potendo anche includere in tale procedura la rimozione del clitoride, delle piccole labbra e spesso dell'intera sezione mediale delle grandi labbra.

<sup>24</sup> F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit., 4, 5, 6

<sup>25</sup> Si possono ascoltare tramite la piattaforma social Instagram, sulla pagina freedda, contenuto pubblicato il 6 febbraio 2021 in occasione della giornata internazionale contro le MGF.



il parto; per alcuni si tratta di una pratica giustificata da esigenze igieniche; per altri addirittura si tratta di una motivazione di tipo estetico, considerando brutti i genitali di una donna non infibulata<sup>26</sup>.

La pratica di mutilazione genitale femminile è uno strumento finalizzato a sottomettere la donna, cui viene negato il piacere e la possibilità di scegliere. La sessualità femminile viene vista come una potenza negativa che va controllata, protetta e non esibita. Le conseguenze di tali pratiche, oltre a quelle fisiche<sup>27</sup> consistono in complicità psicologiche e sessuali come la mancanza di stimolazione erogena, la frigidity, la difficoltà nella penetrazione, i disturbi del comportamento, l'ansia, la depressione, e persino la psicosi<sup>28</sup>.

Per tutti questi motivi tale pratica è così (fortunatamente) distante dalla nostra cultura. Anche prima della l. 7/2006 si punivano tali condotte, tramite il riferimento normativo costituito dall'art. 32 Cost. (tutela della salute), dall'art. 5 c.c. (atti di disposizione del proprio corpo), dagli artt. 330 e 333 c.c. (rispettivamente, decadenza della potestà sui figli e condotta del genitore pregiudizievole ai figli) e tramite la forma di repressione penale data dagli

artt. 582 e 583 c.p. in tema di lesioni e di abusi e maltrattamenti nei confronti dei minori. Tuttavia, prima della l. 7/2006, solo due casi circa le MGF sono stati sottoposti all'attenzione del giudice<sup>29</sup>. Ci si deve chiedere come sia possibile che vi siano state così poche denunce o segnalazioni da parte di medici, pediatri e operatori scolastici, dato che le operazioni in questione comportano spesso gravi conseguenze fisiche. Tale silenzio può dipendere da vari fattori, come la coesione interna alla comunità di immigrati ove avvengono tali pratiche o come l'inesistenza di una figura delittuosa *ad hoc*<sup>30</sup>.

A tal proposito interviene la l. 7/2006, la quale, introducendo una norma incriminatrice *ad hoc*, mostra l'intenzione del legislatore di fornire una risposta più efficace ad un fenomeno tanto grave. Poco prima, nel 2004, la questione delle MGF fu animata dalla proposta di medicalizzazione da parte di un ginecologo di origine somala, Abdulkadir, il quale propose di effettuare interventi alternativi alle MGF – si parlava di “infibulazione dolce” – all'interno di strutture mediche pubbliche. Tale proposta suscitò reazioni politiche talmente negative che portò all'effetto contrario, accelerando

<sup>26</sup> Presso alcune popolazioni vi è la credenza che i genitali non recisi crescano abnormemente sino a penzolare fra le gambe.

<sup>27</sup> Le complicità fisiche riscontrabili sono varie. Innanzitutto, si ricorda che gli strumenti utilizzati non sono sterilizzati. Ciò porta a frequenti infezioni, come il tetano (spesso mortale), le setticemie e l'HIV (trasmesso dall'uso dello stesso strumento per tante operazioni). Le complicità più frequenti sono l'emorragia, le infezioni croniche dell'utero e della vagina, le fistole e la prolapsi, l'incontinenza, i coaguli di sangue mestruale in vagina e i tumori. Inoltre, per ciò che concerne il parto, tali pratiche rendono impossibile esaminare le pelvi, valutare una gravidanza, effettuare un pap test o diagnosticare qualsiasi patologia. Non solo, durante il parto è inevitabile la lacerazione del tessuto cicatriziale e la consuetudine prevede che dopo il parto la donna venga ricucita di nuovo (reinfibulazione).

<sup>28</sup> F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit., 4

<sup>29</sup> Ci si riferisce a Trib. Milano, sez. IV, 25-11-1999 e a Trib. minorenni Torino, decr. 17-07-1997. La prima pronuncia

riguarda la denuncia fatta da una donna italiana, moglie separata di un egiziano, nei confronti dell'ex marito per aver sottoposto a mutilazione sessuale i due figli (una bambina sottoposta ad infibulazione ed un bambino sottoposto a circoncisione) durante una vacanza presso i parenti di lui in Egitto. La vicenda processuale si concluse con la qualificazione del fatto come lesione personale gravissima. La seconda pronuncia riguarda la denuncia fatta dagli esercenti la professione sanitaria, i quali avevano avuto in cura una bambina che era stata sottoposta a MGF in Nigeria e che al rientro in Italia aveva accusato un grave ascesso nella zona genitale e per questo ricoverata. Il procedimento, tuttavia, si concluse con la richiesta di archiviazione da parte del p.m., dal momento che i genitori avrebbero sottoposto la figlia a pratiche di MGF pienamente accettate dalle tradizioni locali e dalle leggi del loro Paese.

<sup>30</sup> F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit., 12, 13.

l'iter di approvazione della nuova legge per vietare le MGF<sup>31</sup>.

Passando all'esame della nuova norma, l'art. 583 *bis* c.p., si nota innanzitutto la sua collocazione sistematica: l'articolo precedente disciplina le circostanze aggravanti delle lesioni personali dolose; con ciò si intende quindi qualificare le mutilazioni genitali femminili come una forma di lesione personale aggravata.

Il primo comma dell'art. 583 *bis* c.p. contiene il delitto di mutilazioni genitali e incrimina "chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili" punendolo con la reclusione da quattro a dodici anni. Nella seconda parte del primo comma, con chiaro intento definitorio, si precisa che "si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo".

Il secondo comma contiene il delitto meno grave di lesioni genitali, prevedendo che "chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni". Nella seconda parte del comma si prevede anche una diminuzione della pena fino a due terzi nel caso in cui la lesione sia di lieve entità.

Il terzo comma prevede un aumento della pena di un terzo ove le pratiche di cui al primo e al secondo comma siano commesse a danno di un minore o se il fatto sia commesso per fini di lucro.

Il quarto comma, inserito dall'art. 4 della l. 172/2012 (che, ricordiamo, ha ratificato la Convenzione di Lanzarote del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), stabilisce che la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. per il reato in esame comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale e l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

Da ultimo, è stabilito che le disposizioni di tale articolo si applichino altresì quando il fatto sia commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, si specifica che il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.

Il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è l'integrità psico-fisica della donna, il suo diritto alla salute e alla sua dignità personale. Trattasi di un reato comune, dato che soggetto attivo è chiunque; di un reato di danno – in relazione al 1° comma l'evento dannoso è la mutilazione degli organi genitali; in relazione al 2° comma è la lesione agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al 1° comma da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente –; e di un reato a forma libera, dato che la condotta consiste nel cagionare (1° comma) e nel provocare (2° comma) l'evento dannoso<sup>32</sup>. Soggetto passivo è una donna o una bambina, posto che si parla di mutilazione e lesione degli organi genitali femminili, i quali assurgono ad oggetto materiale della fattispecie<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> F. DI PIETRO, *Le norme sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, cit., 12, 13.

<sup>32</sup> Per un'ampia disamina su tale argomento, vedi F. DI PIETRO, cit., 13 ss.

<sup>33</sup> La locuzione, nel significato letterale, richiama tutti gli organi genitali femminili. Ma è necessario operare

un'interpretazione restrittiva ritenendo che l'art. 583 *bis* c.p. si riferisca ai soli organi esterni. Le MGF sono infatti uno strumento di limitazione del piacere sessuale femminile e sono gli organi genitali femminili esterni a provocare il piacere. Al contrario, gli organi genitali interni svolgono la funzione procreativa la quale, sempre sul piano culturale, non si vuole

Dopo aver richiamato il dettato normativo e fornito una breve analisi su di esso, è bene riflettere su alcuni profili.

Anzitutto, degno di lode, a parere di chi scrive, è che non sia stato riprodotto nel testo definitivo l'inciso "anche con il consenso della vittima", espunto per la ritenuta indisponibilità dei diritti offesi *ex art. 5 c.c.*, facendo così comprendere come le lesioni o le mutilazioni di questo genere non possano essere sottoposte al consenso dell'avente diritto<sup>34</sup>. Di contro, parte della dottrina<sup>35</sup> ritiene che ciò non risulti condivisibile in quanto i diritti offesi dal 2° comma della disposizione (l'integrità fisica, la salute, la dignità) sono diritti individuali relativamente disponibili nei limiti di cui all'*art. 5 c.c.* Quindi, mentre in relazione al delitto di mutilazione di cui al 1° comma non può operare la scriminante di cui all'*art. 50 c.p.* (consenso dell'avente diritto), dato che tali condotte comportano sempre una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna, e perciò vietate dall'*art. 5 c.c.*, in relazione al delitto di lesione di cui al 2° comma la scriminante di cui all'*art. 50 c.p.* potrebbe legittimamente operare dato che le pratiche in questione comportano una diminuzione non permanente dell'integrità fisica della donna.

Ma in tal caso si aprirebbe l'annosa questione di chi possa validamente prestare il consenso, dato che le MGF sono pratiche effettuate quasi sempre su bambine di pochi mesi, incapaci di esprimere il consenso. In tali casi, il consenso potrebbe essere prestato dai genitori e dai rappresentanti legali ma c'è da domandarsi se sia giusto, dato che si tratta di interventi non utili alla salute della bambina.

Non altrettanto lodevole, di nuovo a parere di chi scrive, è l'elemento soggettivo richiesto dal

secondo comma dell'*art. 583 bis c.p.* A differenza del primo comma, il quale incrimina la mutilazione degli organi genitali femminili a titolo di dolo generico (rappresentazione e volontà della mutilazione), il secondo comma punisce la condotta di lesione degli organi genitali femminili a titolo di dolo specifico, richiedendo, oltre alla generica rappresentazione e volontà dell'evento dannoso, l'ulteriore fine di menomare le funzioni sessuali del soggetto passivo del reato. Ma il fine di menomare le funzioni sessuali spesso potrebbe risultare assente: si pensi alla motivazione culturale o religiosa dell'agente il quale non ha assolutamente il fine di ledere l'altra persona ma, *ex adverso*, il fine di curare, poiché versa nella convinzione di incrementare la fertilità e di esaltare la femminilità. In tal caso, pur trattandosi di una condotta ritenuta riprovevole e non accettabile all'interno del nostro contesto ordinamentale, le motivazioni dell'agente sono sufficienti a far escludere che abbia agito al fine di menomare le funzioni sessuali e con ciò a rendere inapplicabile il reato in esame. A ben vedere anche il dolo generico presenta delle inestricabili problematiche: si pensi a quei soggetti agenti che reputino l'intervento non solo non grave ma addirittura giusto per il bene del soggetto passivo<sup>36</sup>.

In sede di accertamento del dolo, pone vari problemi anche la clausola negativa di assenza di esigenze terapeutiche. Se, infatti, ai fini della sussistenza del dolo, occorre che l'autore si rappresenti l'assenza delle esigenze terapeutiche, egli non sarebbe perseguibile qualora si raffigurasse la necessità di eseguire l'intervento a tutela della vittima. E, com'è noto, spesso chi effettua la MGF è convinto che l'operazione sia utile alla salute psico-fisica della donna e perciò agisce ritenendo presenti tali

---

eliminare. In più, l'estensione delle fattispecie agli organi genitali femminili interni, avrebbe come conseguenza la sovrapposizione della norma in esame al reato di lesioni gravissime per perdita della capacità di procreare *ex art. 583, 2° comma, n.3, c.p.*

<sup>34</sup> T. DI IORIO, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, 25, 3.

<sup>35</sup> F. DI PIETRO, *cit.*, 23.

<sup>36</sup> F. DI PIETRO, *cit.*, 20.



esigenze terapeutiche, che seppur assenti sul piano oggettivo del fatto tipico, risultano presenti sul piano soggettivo della rappresentazione.

La norma è stata accusata di essere grossolana nella descrizione dell'illecito. Le fattispecie incriminatrici previste nel 1° e 2° comma dell'articolo in esame, dovevano infatti, secondo le iniziali intenzioni dei relatori, essere distinte tra loro, a seconda della gravità della pratica di MGF: le condotte di clitoridectomia, escissione ed infibulazione, dovevano essere punite con le previsioni sanzionatorie di cui al 1° comma, le altre condotte meno gravi invece dovevano essere punite *ex art. 583 bis*, 2° comma, c.p. La *lettera legis* suggerisce una risposta diversa: tutti i quattro tipi di MGF individuati dall'OMS<sup>37</sup> sono sanzionati al 1° comma, data l'espressione qui presente "qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo". Secondo una dottrina, con tale *dictum* si persegue il fine di punire tutte le condotte che determinino la menomazione in modo diverso, ad esempio con pratiche ad oggi ignote. La conseguenza inevitabile di tale interpretazione è che la sfera di applicazione del 2° comma risulta nulla. Secondo altra dottrina, tesa a dar rilievo all'ambito di applicazione del 2° comma, la distinzione tra le due fattispecie è data dall'effetto che viene provocato: la mutilazione dell'organo genitale femminile, nell'un caso, e la lesione di questo, nell'altro. Le pratiche che provochino una lesione senza una mutilazione sarebbero le MGF del quarto tipo<sup>38</sup>.

Degna di nota è inoltre la risposta sanzionatoria apprestata dal legislatore. Va sottolineato che l'ipotesi di cui all'art. 583 *bis* c.p. costituisce una fattispecie autonoma di reato, a differenza delle lesioni personali gravi o gravissime le quali sono considerate circostanze aggravanti del delitto di lesione personale. Così, anteriormente all'introduzione del nuovo articolo, quando un fatto di MGF si sussu-meava sotto l'art. 583 c.p. (lesioni personali aggravate), un'aggravante poteva soccombere di fronte ad un'attenuante *ex art. 69* c.p. Ora, la natura autonoma del nuovo reato non consente l'operatività di tale meccanismo. Di più, il 1° comma dell'art. 583 *bis* c.p. prevede che si applichi la reclusione da quattro a dodici anni: una pena più aspra della sanzione prevista dall'art. 583 c.p. – la reclusione da tre a sette anni per il delitto di lesione personale grave e la reclusione da sei a dodici anni per il delitto di lesione personale gravissima –. A ciò si aggiunga che il 3° comma del nuovo articolo prevede che la pena sia aumentata di un terzo quando le pratiche di MGF siano commesse in danno di un minore o per scopo di lucro. Ne deriva che il limite edittale massimo in siffatti casi – quasi la totalità dei casi, dato che trattasi di pratiche alle quali sono sottoposti quasi esclusivamente minorenni – sarà pari a sedici anni di reclusione.

Ancora, per ciò che concerne il trattamento sanzionatorio, la l. 7/2006 ha introdotto anche l'art. 583 *ter* c.p., il quale prevede una pena accessoria per gli esercenti una professione sanitaria condannati per taluno dei reati di cui all'art. 583 *bis*

<sup>37</sup> 1° tipo: la clitoridectomia (o circoncisione), consiste nella rimozione del prepuzio o cappuccio del clitoride con o senza escissione di parte o dell'intero clitoride. È nota nei paesi musulmani come sunna (tradizione);

2° tipo: l'escissione (o recisione), è il taglio del clitoride e del prepuzio e di tutte o parte delle piccole labbra;

3° tipo: l'infibulazione, la mutilazione più grave. Il termine deriva dalla parola latina fibula: piccola spilla, ad indicare la funzione della pratica, ossia la chiusura parziale della vagina, circa all'altezza della metà delle grandi labbra. In questa procedura può essere inclusa la rimozione del clitoride, delle piccole

labbra e almeno dei due terzi anteriori e spesso dell'intera sezione mediale delle grandi labbra;

4° tipo: racchiude tutte le altre varie pratiche di manipolazione degli organi genitali femminili; comprende l'incisione del clitoride e delle labbra, la cauterizzazione tramite bruciature del clitoride e dei tessuti circostanti, l'asportazione e la saturazione di porzioni delle grandi labbra, l'incisione della vagina, l'introduzione di sostanze corrosive o erbe nella vagina per causare emorragia o allo scopo di restringerla.

<sup>38</sup> F. DI PIETRO, *cit.*, 17.





c.p.: l'interdizione dalla professione da tre a dieci anni<sup>39</sup>. Per questo, per molti, la disciplina penale in esame è considerata molto pesante sul piano punitivo.

Non solo, l'art. 8 della l. 7/2006 introduce altresì delle sanzioni amministrative. È stato infatti introdotto un nuovo art. 25 *quater*.1 (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili) al d.lgs. 231/2001<sup>40</sup>, in base al quale agli enti nella cui struttura siano commessi i delitti di cui all'art. 583 *bis* c.p. si applicano la sanzione pecuniaria da 300 a 700 quote e varie sanzioni interdittive<sup>41</sup>. È da sottolineare però che l'ente può essere chiamato a rispondere solo dei fatti criminosi commessi nel suo interesse o vantaggio, e non quando il reo li abbia posti in essere nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Infine, riserve sorgono anche in ordine alla validità spaziale della legge penale italiana, poiché il 5° comma dell'art. 583 *bis* c.p. stabilisce che le disposizioni dell'articolo si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, o in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. Infatti, sono note le difficoltà che si incontrano nel sottoporre bambine, ragazze e donne alla pratica di MGF nel contesto migratorio, e per questo vengono spesso effettuati viaggi nel Paese d'origine: per l'unico fine di sottoporre a tali pratiche la donna. Si

è cercato quindi di punire la condotta di chi torna nel proprio Paese per sfuggire ai divieti del Paese ospitante. Ma la reale utilità della previsione è dubbia. In effetti, si giungeva facilmente alle medesime conclusioni già in base ai criteri di cui agli artt. 9 e 10 c.p., i quali stabiliscono che: se i delitti in esame sono commessi all'estero da un cittadino italiano, la sua punibilità è resa possibile dall'art. 9 c.p.; se i delitti sono commessi all'estero da uno straniero ai danni di una cittadina italiana, questi è punibile secondo la legge italiana *ex art.* 10, 1° comma, c.p.; se lo straniero presente in Italia commette una MGF a danno di una straniera, questi è punibile secondo la legge italiana *ex art.* 10, 2° comma, c.p.

Perciò, secondo ampia dottrina, la disposizione di cui al 5° comma dell'art. 583 *bis* c.p. non deroga al generale regime di territorialità bensì gioca un ruolo prettamente simbolico. Secondo altra dottrina invece, trattasi di una previsione derogatrice dei principi generali di cui agli artt. 9 e 10 c.p., che introduce un principio di extraterritorialità molto ampio, persino più ampio di quello previsto per i reati sessuali contro i minori *ex art.* 604 c.p. poiché questo si applica solo al cittadino italiano o allo straniero che agisca in concorso con il cittadino italiano<sup>42</sup>.

Il legislatore italiano, con la l. 7/2006, ha mostrato la sua ostilità nei confronti della pratica di MGF, la quale è sollecitata dalla cultura di

<sup>39</sup> Tale pena accessoria era già prevista dall'art. 31 c.p. ma la previsione speciale si spiega per i gravosi termini di durata che non sarebbero raggiungibili applicando la norma comune, data la previsione dell'art. 30 c.p. secondo il quale detta pena accessoria non può avere una durata inferiore ad un mese e superiore a cinque anni, salvi i casi, appunto, espressamente previsti dalla legge.

<sup>40</sup> Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 è rubricato "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300".

<sup>41</sup> Le sanzioni interdittive sono quelle stabilite all'art. 9, 2° comma, d.lgs. 231/2001: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o

concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la p.a., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicare beni o servizi. Tali sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore ad un anno. Inoltre, se l'ente o una sua unità organizzativa vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti di cui all'art. 583 *bis* c.p., si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

<sup>42</sup> F. DI PIETRO, *cit.*, 24, 25.



appartenenza del soggetto agente. Nell'incriminazione in esame, infatti, il fattore culturale costituisce causa di maggiore responsabilità, con conseguente inasprimento del trattamento sanzionatorio. Eppure, le rimarcate criticità sollecitano comunque un necessario intervento volto a perseguire qualsiasi attentato all'integrità psicofisica delle donne. Si tratta di esigere un'attenuazione della rilevanza del vissuto personale del soggetto attivo, soprattutto nel suo nesso con la conoscibilità dell'antigiuridicità del fatto tipico. Un atteggiamento di illimitata tolleranza contribuirebbe, infatti, non solo ad indebolire la certezza del diritto, ma sarebbe contrario alla *voluntas legis* tesa a prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di MGF. L'ampia rilevanza del tessuto culturale e religioso rafforzerebbe nell'agente l'erroneo convincimento di eludere qualsiasi responsabilità in ragione del proprio vissuto e ciò urterebbe fatalmente con il doveroso accertamento di verificare la compatibilità dei propri comportamenti con le norme ed i principi dell'ordinamento ospitante<sup>43</sup>.

Il fulcro centrale della questione attiene all'ineludibile dovere dello Stato di porre al centro di ogni misura il diritto alla vita, alla dignità, all'integrità psicofisica, alla libertà e alla non discriminazione. Si tratta di diritti fondamentali che pretendono una salvaguardia concreta e forte. Di più, si tratta di diritti inviolabili che non dovrebbero essere derogabili o riducibili, neanche in nome di credenze religiose o rivendicazioni culturali.

Prima di concludere, mi sembra doveroso sottolineare che, a parere di chi scrive, alla l. 7/2006 è da riconoscersi l'intelligenza avutasi nel comprendere la via maestra per estinguere il fenomeno: si tratta dell'intensificazione delle campagne d'informazione e di sensibilizzazione, poiché

l'accettazione delle regole transita ineludibilmente attraverso un partecipato processo d'integrazione. Si tratta di far comprendere l'attitudine di tali usanze a offendere la donna in quanto tale. Nel coinvolgimento emotivo e culturale, l'immigrato può essere così indotto a percepire la norma come un atto di compartecipazione nella costruzione di una società comune e non come un attacco alla propria identità.

#### **4. IL FENOMENO DELLE SPOSE BAMBINE**

Un altro fenomeno che risulta aberrante (per utilizzare un eufemismo) per la nostra concezione culturale è la pratica di conseguire matrimoni con i minori. Vorrei aprire questo discorso richiamando l'intervista di Indro Montanelli<sup>44</sup> e la reazione della giornalista Elvira Banotti.

Alla domanda dell'intervistatore Gianni Bischiach, il quale disse, con più di un sorriso, "dicono anche lei aveva una moglie, diciamo, indigena, molto bella, che era la più bella di tutte quelle che avessero gli ufficiali di allora. Era molto invidiato per questo", Montanelli rispose: "pare che avessi scelto bene, era una bellissima ragazza bilena di dodici anni", a questo punto si fermò e rivolgendosi alla platea in studio disse sorridendo "scusate, ma in Africa è un'altra cosa". Per poi continuare con: "e così l'avevo regolarmente sposata, nel senso che l'avevo comprata dal padre".

Intervenire la giornalista Elvira Banotti, la quale, rivolgendosi a Montanelli, disse: "Lei ha detto tranquillamente di aver avuto una sposa di dodici anni e a venticinque anni non si è peritato affatto di violentare una ragazza di dodici anni

<sup>43</sup> T. DI IORIO, *cit.*, 7, 8.

<sup>44</sup> Cfr. l'intervista, svoltasi nel programma "L'ora della verità", il 13 ottobre del 1969, è facilmente reperibile sul sito YouTube.

Caricato da ultimo il 15 giugno 2020 intitolato 'Montanelli e la moglie dodicenne – video completo 1080p'.



dicendo “ma in Africa queste cose si fanno”. Vorrei chiedere come intende normalmente i suoi rapporti con le donne date queste due affermazioni”.

Alla risposta “signorina, guardi, sulla violenza nessuna violenza perché le ragazze in Abissinia si sposano a dodici anni”, la Banotti ribatté: “Su un piano di consapevolezza dell’uomo, il rapporto con una bambina di dodici anni è il rapporto con una bambina di dodici anni. Quale differenza crede che esista dal punto di vista biologico o psicologico? Se lo facesse in Europa riterrebbe di violentare una bambina vero?” e Montanelli ammise “Sì in Europa sì”.

Tale risposta è foriera dell’importanza che riveste la cultura di un Paese. Montanelli ammette che in Europa non avrebbe mai contratto matrimonio con una dodicenne, perché trattasi di pratica culturalmente non accettata. Trovatosi in Abissinia, invece, si è uniformato al costume del luogo (verrebbe da dire fin troppo facilmente).

I matrimoni forzati sono infatti una piaga che affligge in modo particolare alcune regioni del mondo c.d. “in via di sviluppo”, specialmente Africa ed Asia, ma ad oggi sono riscontrabili sempre più spesso anche nelle società multiculturali e multietniche, di cui oggi, a seguito dei flussi migratori degli ultimi anni, anche l’Italia fa parte. Il nostro Paese, così, si è trovato ad essere teatro della problematica dei matrimoni forzati, di cui il matrimonio precoce ne rappresenta una diramazione.

Con l’espressione “matrimonio forzato” si intende un matrimonio rispetto al quale il consenso di almeno una delle due parti non è pieno e libero ma è stato estorto tramite violenze, minacce o qualsiasi altra coercizione. Un fenomeno attiguo è il matrimonio precoce, considerato tale ogni matrimonio che coinvolga un minore di anni diciotto. Il matrimonio forzato si distingue in teoria dal

matrimonio combinato, nel quale, benché le famiglie dei nubendi assumano un ruolo decisivo nella scelta del *partner*, la decisione finale spetta ai due sposi, i quali rimangono liberi di esprimere o meno il proprio consenso. Ma tra le modalità di coercizione vi rientrano anche quelle psicologiche, costituite spesso da pressioni sottili fondate sull’autorità genitoriale o su ricatti affettivi o economici. E ciò porta, in concreto, a non poter stabilire un confine netto tra i due tipi di matrimoni.

Le caratteristiche principali dei matrimoni forzati sono:

1. le modalità coercitive con cui il consenso ad un matrimonio viene estorto. Talvolta sfociano in violenza fisica, ma più spesso restano entro i confini di violenze e pressioni psicologiche, ricomprendendo fatti come il controllo dei movimenti, delle comunicazioni e delle frequentazioni della persona (compresa l’interruzione degli studi e il ritiro dalle scuole), i ricatti affettivi e i ricatti economici quali la confisca di denaro personale o l’interruzione di aiuti familiari;

2. la dimensione prevalentemente familiare della coercizione matrimoniale. Questa viene esercitata dai genitori e parenti della vittima, generando un “*conflict de loyauté*” (conflitto di lealtà). La persona non riesce ad autotutelarsi per il timore di cagionare problemi alla famiglia, dato il sentimento di lealtà che la lega a questa, anche se conflittuale con i propri interessi;

3. la transnazionalità del fenomeno. La maggior parte dei matrimoni forzati ha luogo nel Paese d’origine della vittima, ivi condotta con la giustificazione di una vacanza o di una visita ai familiari o sotto costrizione<sup>45</sup>.

È proprio quest’ultimo aspetto che ha reso difficile la repressione dei matrimoni forzati, almeno prima dell’entrata in vigore del Codice Rosso. È

---

<sup>45</sup> G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia?*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.



appena il caso di riportare le denunce da parte di alcuni istituti scolastici, come quello di Palermo che, nel 2017, ha rilevato decine di casi di spose bambine e pochissime denunce. Originarie del Bangladesh, del Pakistan, dell'India e dello Sri Lanka, ma nate e cresciute a Palermo, improvvisamente spariscono dalle scuole per tornare nel Paese d'origine e sposare un lontano parente molto più grande di loro. Come il caso di Krista, che a quattordici anni ha lasciato l'ultimo anno della scuola media per tornare in Pakistan. La sua professoressa riferì che Krista pensava di andare in vacanza per incontrare i suoi cugini. Invece si è sposata e non è più tornata. E la professoressa altro non ha potuto fare che segnalare il caso agli assistenti sociali<sup>46</sup>. Possiamo inoltre richiamare il caso di Hina Saleem (*supra*) o l'altro noto caso di Sana Cheema, la venticinquenne italo-pakistana cresciuta a Brescia che rifiutò le nozze combinate e fu trovata morta poco dopo.

Nonostante l'obbligo sancito all'art. 37 della Convenzione di Istanbul<sup>47</sup> di sanzionare penalmente i matrimoni forzati, in Italia solo con il Codice Rosso del 2019 ci si è muniti di una norma che potesse regolare questo fenomeno aberrante. Tale norma si esprime come moto di ribellione ad una violenza dei diritti fondamentali che spesso coinvolge i minori, dando luogo al fenomeno delle "spose bambine". Trattasi dell'art. 558 *bis* c.p. rubricato "costrizione o induzione al matrimonio".

Il nuovo articolo prevede due distinte ipotesi di reato, rispettivamente al primo ed al secondo comma. Il primo comma prevede il reato della costrizione al matrimonio e recita: "chiunque, con

violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile è punito con la reclusione da uno a cinque anni". Il secondo comma prevede il reato di induzione al matrimonio. Degno di lode, a parere di chi scrive, è che il legislatore abbia distinto le due forme in base alla tipologia della coercizione esercitata, ma ha attribuito ad entrambe il medesimo trattamento sanzionatorio, mostrando un'ampia sensibilità sul tema del consenso estorto con violenza, fisica o psicologica che sia. Inoltre, le modalità coercitive tipizzate sono state ampliate in modo da poter abbracciare tutte le ipotesi in cui il consenso della persona venga estorto tramite violenze psicologiche più sottili, ipotesi tipiche del fenomeno in esame, che renderebbero difficile l'applicazione del reato di violenza privata e dunque insufficiente la tutela della norma. Infatti, per il reato di induzione al matrimonio, la stessa pena si applica "a chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile".

Il 3° ed il 4° comma prevedono due circostanze aggravanti nel caso in cui i fatti siano commessi in danno di un minore, differenziando l'incremento di pena in base all'età: quando il soggetto passivo è un minore di anni diciotto è previsto un aumento di pena che in base alla regola generale è fino ad un terzo; quando il soggetto passivo è un

<sup>46</sup> C. BRUNETTO, *Le spose bambine di Palermo. L'allarme: "Decine di casi, poche denunce"*, in *palermo.repubblica.it*, 09-09-2017.

<sup>47</sup> Prima della Convenzione di Istanbul, il fenomeno era stato affrontato in molti documenti internazionali, divenendo oggetto specifico di risoluzioni e raccomandazioni di organi dell'ONU, dell'UE e del Consiglio d'Europa. Tuttavia, si trattava di atti di soft law, non vincolanti per gli Stati membri. La

Convenzione di Istanbul, invece, ratificata dall'Italia nel 2013, all'art. 37 impone agli Stati firmatari di assicurare la repressione penale delle condotte consistenti nel "costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio" e "nell'attirare un adulto o un minore nel territorio di uno Stato estero, diverso da quello in cui risiede, con lo scopo di costringerlo a contrarre un matrimonio".



minore di anni quattordici si prevede una pena diversa, da due a sette anni di reclusione.

Il 5° comma è di grande importanza perché sinonimo dell'accresciuta attenzione del legislatore verso i casi del nostro Paese e soprattutto verso l'aspetto della transnazionalità del reato in esame. Tale comma introduce infatti una specifica deroga al principio di territorialità del diritto penale, la stessa di quella prevista dall'ultimo comma dell'art. 583 *bis* c.p. (pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), prevedendo che le disposizioni dell'articolo in esame si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia.

Pur avendo compiuto un notevole passo in avanti con l'introduzione di una fattispecie ad hoc, la strada per la tutela effettiva di queste bambine e ragazze è ancora lunga. L'art. 37 della Convenzione di Istanbul richiede, infatti, ai legislatori nazionali, non solo di sanzionare la costrizione e l'induzione al matrimonio, bensì anche il fatto di attirare il soggetto passivo in un territorio diverso da quello in cui risiede, con lo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio. Tale tutela si collocherebbe in una fase anticipata rispetto allo stesso evento coercitivo e in Italia tale tutela non è stata ancora apprestata. È da chiedersi, altresì, per ciò che concerne le circostanze aggravanti previste nel 3° e 4° comma, se non fosse preferibile che il legislatore regolasse un'ipotesi delittuosa autonoma in cui, al di sotto delle due soglie d'età, il reato fosse integrato a prescindere da condotte coercitive. I matrimoni forzati contratti con persona minorenni, i c.d. matrimoni precoci, sono infatti da considerarsi sempre come una forma di matrimonio forzato, a prescindere dalla presenza o meno di una coercizione, sul

presupposto che al di sotto dei diciotto anni la maturità sia inesistente e di conseguenza l'eventuale consenso del minore debba ritenersi invalido.

Se la violenza contro le donne è sommersa, possiamo tristemente affermare come quella che coinvolga queste ragazze sia sepolta. Denunciare per loro significa isolamento totale. Per questo è preoccupante l'assenza di disposizioni di prevenzione e monitoraggio del fenomeno<sup>48</sup>, fondamentali per raggiungere una maggior comprensione del fenomeno e, di conseguenza, per approntare misure preventive extra-penali adeguate. In attesa di tale evoluzione, il legame scuola-famiglia pare essere l'unica strada attualmente percorribile.

##### **5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IL PRINCIPIO DI LAICITÀ ALLA LUCE DELLA TUTELA DEL PLURALISMO**

Appare opportuno concludere la trattazione rivolgendo uno sguardo ad uno dei principi fondanti del nostro ordinamento, il principio di laicità. Più che come un principio, la laicità è da considerarsi come carattere ineludibile del diritto penale. È di fatto un corollario della tutela della libertà, dei principi di legalità, materialità, offensività, *extrema ratio*, personalità della responsabilità penale, funzione preventiva, di uguaglianza e libertà di manifestazione del pensiero.

Per ciò che qui interessa, l'idea di laicità che si deduce dalla nostra Carta costituzionale non può identificarsi con un'ideologia, intesa come rifiuto aprioristico di qualsiasi prospettiva religiosa o morale e della marginalizzazione di chi ne fa le veci. Si sarebbe in presenza, altrimenti, di un modello

---

<sup>48</sup> A tal proposito, proprio per la non previsione di disposizioni volte a monitorare il fenomeno, è degna di lode e stima una ricerca svolta nel 2008 in Emilia-Romagna, in cui erano emersi 33 casi di matrimonio forzato. Vedasi D. DANNA, *Per*

*forza, non per amore. Rapporto di ricerca sui matrimoni forzati in Emilia-Romagna: uno studio esplorativo*, Trama di Terre, Bologna, 2009.





confessionale, che fa della laicità non un criterio di rispetto della libertà individuale, bensì una vera e propria religione di Stato, di cui si impone l'osservanza a tutti i cittadini, con conseguente omologazione del pluralismo in un pensiero unico. Un chiaro esempio in tal senso lo troviamo in Francia<sup>49</sup>, ove la proibizione alle ragazze musulmane di portare il velo nei luoghi pubblici si rivela una pretesa non laica ma iconoclasta dello Stato di stabilire quale sia un segno religioso ostentatorio e quale no, con un evidente non rispetto del fondamentale diritto alla differenza. Il concetto di laicità che invece riteniamo conforme al nostro dettato costituzionale è quello di garanzia e implementazione del maggior numero possibile di interessi. Per questo nel panorama legislativo nazionale non esiste una norma specifica che vieti l'uso del *burqa*. Tuttavia, esistono delle norme di carattere generico al fine di assicurare che chiunque partecipi a manifestazioni tenute in luogo pubblico o aperto al pubblico possa essere riconosciuto e non sia di ostacolo alla pubblica sicurezza<sup>50</sup>.

Nel nostro ordinamento sono infatti inammissibili decurtazioni della libertà religiosa in nome della laicità dello Stato, in quanto si intende il concetto di laicità come aconfessionalità e come esigenza di eguale trattamento di tutti i cittadini e di tutela della loro libertà di manifestazione del pensiero: ogni punto di vista è professabile e propagandabile, purché in senso discorsivo e non in senso prevaricatore. In particolare, vi è il doveroso rifiuto delle comunità religiose che impongono violentemente le loro verità di fede e di quelle che esercitano una coercizione morale sui propri membri.

Rispetto a quest'ultime, occorre precisare che un ordinamento laico non può partire dal presupposto che ogni esperienza religiosa "estrema" sia frutto di costrizione o di una sorta di lavaggio del cervello. Un moderno assetto laico non deve sindacare la validità teorica delle idee religiose o morali compiute dai suoi cittadini. La questione, facile in linea teorica, a livello pratico presenta delle difficoltà: si pensi ad opere d'arte che rappresentino dettagliatamente scene di violenza su minore, con subliminale istigazione alla stessa. Si tratta di un attacco a tabù interiorizzati di una società. Il confine tra lecito ed illecito diviene così di ardua definizione.

L'esercizio della libertà religiosa può, talvolta, pregiudicare i diritti individuali di terze persone. Il caso più noto è quello del rifiuto di emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova, lecito se espresso da soggetti adulti e pienamente responsabile per il tramite dell'art. 32 Cost. che implica la libertà di rifiutare le cure e di lasciarsi morire, non lecito quando vengano invece in questione decisioni assunte dai genitori rispetto ai figli minori. L'esercizio della libertà di religione viene qui in conflitto con il dovere di salvaguardare la vita e la salute dei figli *ex artt. 30 Cost e 147 c.c.* che fondano una posizione di garanzia sul piano della responsabilità penale. Vanno considerati inoltre i casi sopra prospettati di MGF in cui l'esercizio stesso di pratiche religiose comporta l'integrazione di fattispecie criminose. Inoltre, rilevano anche i casi in cui l'osservanza di un credo religioso implichi l'accettazione di rapporti discriminatori tra i due sessi, come l'ammissione della poligamia maschile, in contrasto con la fattispecie di bigamia *ex art. 556 c.p.*, e la

<sup>49</sup> La questione ha trovato una soluzione normativa, su iniziativa del Presidente della Repubblica Chirac, con l'istituzione di una Commissione di riflessione sull'applicazione del principio di laicità nella Repubblica. Sulla base del rapporto della Commissione, l'Assemblea nazionale ed il Senato hanno approvato la legge 2004-228, che all'art. 1 stabilisce il divieto per gli studenti di indossare, negli istituti scolastici pubblici, simboli

o abbigliamento che manifestino "ostensibilmente" una appartenenza religiosa.

<sup>50</sup> Se, ad esempio, un ragazzo provasse ad entrare in un ospedale con un casco integrale, potrebbe essere fermato, sottoposto a riconoscimento ed in caso di non collaborazione essere soggetto a multa. Sostituendo il ragazzo col viso coperto dal casco con una donna coperta dalla *fumka*, il velo usato dalle ebreo ultraortodosse, l'esito della storia sarebbe il medesimo.



concezione della prole come proprietà del padre, che si sostanzia in condotte violente e prevaricatrici che possono integrare le figure criminose degli artt. 571 e 572 c.p. (abuso di mezzi di correzione e disciplina e maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli).

Sono tutte problematiche tipiche della multiculturalità e del pluralismo. In tema di bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa e il rango degli interessi sacrificati, questi ultimi, consistendo in beni personalissimi, sono da considerarsi prevalenti. Una diversa soluzione si tradurrebbe in un ingiustificato privilegio per chi commetta reati per convinzione religiosa<sup>51</sup>.

Per concludere, alla luce del principio di laicità, è utile tornare sulla questione del perché la motivazione dovrebbe ridondare a favore dell'imputato di un reato culturalmente motivato. Un argomento fatto valere dagli oppositori della rilevanza *pro reo* della motivazione culturale fa leva sul fatto che si violerebbe il principio di uguaglianza a vantaggio dell'autore del reato e a discapito delle vittime. Questa critica risulta, a parere di chi scrive solo in minima parte, ridimensionata se si considerano gli argomenti spesi dai sostenitori della rilevanza del fattore culturale. Questi fanno leva su una concezione ampia del principio di uguaglianza, che impone di trattare in modo diverso i diversi, al fine di ottenere una risposta punitiva ritagliata sulla colpevolezza individuale del reo. Una seconda critica è data dall'uguaglianza di genere. In molti casi, infatti, le culture di cui sono portatori gli immigrati, sono più patriarcali e maschiliste di quanto lo siano le culture occidentali dei paesi ospitanti. Quando l'immigrato commette un reato in adesione alle norme di impronta maschilista della sua cultura, il riconoscimento del fattore culturale *pro reo* rischia di

tradursi in un'approvazione, anche se indiretta, di tali norme culturali, con enorme pregiudizio del diritto delle vittime ad una uguale protezione da parte della legge<sup>52</sup>. Benché la dottrina sul punto ribatta che non spetta al giudice penale adempiere con le sue sentenze il compito dello Stato di assicurare che le donne non siano svantaggiate dal loro sesso, ad opinione di chi scrive ciò non è pienamente condivisibile.

Ci sono valori la cui tutela dovrebbe essere perseguita da tutti. Se davvero, come a tutti noi piace pensare, si vuol fare del mondo un posto migliore è necessario che ciascuno di noi persegua l'obiettivo che dovrebbe essere principale in una società civile: che i diritti inviolabili della persona non vengano mai intaccati, e ciò anche se non si rileva immediato un proprio tornaconto. Ad oggi non si rinviene una discussione sul tema di mutilazioni genitali femminili e ciò fa emergere tristemente l'indifferenza, di cui ognuno di noi soffre, verso temi che non ci toccano personalmente.

Come anzidetto, la dottrina afferma che non spetta al giudice penale adempiere il compito dello Stato di tutelare l'uguaglianza delle donne. A parere di chi scrive, il compito di tutelare l'uguaglianza delle donne, così come il compito di tutelare il bambino, l'anziano, e i soggetti c.d. "vulnerabili", è un compito che spetta a tutti.

La tematica del minore, quale vittima dei reati, dovrebbe essere vista come un caleidoscopio, un prisma attraverso cui filtrare la percezione di un livello di civiltà morale e giuridica di un Paese. In altre parole, la civiltà di un Paese si dovrebbe misurare da come si trattano, all'interno dell'ordinamento di riferimento, le persone che hanno bisogno di essere tutelate, *in primis* i bambini.

<sup>51</sup> Per un approfondimento sulla tematica della laicità in rapporto alle questioni bioetiche, vedasi S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale, Materiali per una discussione*, 2° ed., Torino, 2014.

<sup>52</sup> Per altre critiche e conseguenti repliche, vedasi F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., 375 ss.



## IL CONFINE TRA IL REATO DI ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA A DANNO DEL FIGLIO CHE RIFIUTA DI FARE I COMPITI

di **Avv. Francesca TROTTA\***

### ABSTRACT

*Con una innovativa sentenza la Corte di Cassazione fa chiarezza sulla differenza tra il reato di abuso dei mezzi di correzione e quello di maltrattamenti in famiglia. Nella specie l'Autore, dopo aver approfondito la vicenda fattuale sottoposta al giudizio di legittimità, si sofferma sul concetto di uso della violenza per fini correttivi.*

### SOMMARIO

- 1. Il fatto e la sentenza della corte di cassazione..... 132**
- 2. L'uso della violenza per fini correttivi..... 133**
- 3. Conclusioni ..... 135**

### 1. IL FATTO E LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Nella sentenza annotata la Corte di Cassazione, all'esito del ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ravenna, è intervenuta sulla vicenda di un padre, accusato di aver punito con condotte violente il proprio figlio, L'imputato, in particolare, da gennaio ad aprile 2019, a seguito del cattivo rendimento scolastico del proprio figlio, lo avrebbe colpito con calci sul sedere, mettendolo al corrente dei suoi dubbi sulla

paternità, e lo avrebbe chiuso fuori sul terrazzo, percuotendolo con una cinta alla schiena.

In primo grado, il Tribunale di Ravenna aveva condannato l'uomo alla pena di 20 giorni di reclusione, riqualificando l'originaria imputazione di cui all'art. 572 c.p. (Maltrattamenti contro familiari o conviventi) nel reato di cui all'art. 571 c.p. (e dunque per abuso dei mezzi di correzione e disciplina). Questo, in ragione del carattere episodico delle condotte violente commesse dal genitore e della loro correlazione al rendimento scolastico del minore.

Per il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ravenna, invece, la qualificazione corretta dei fatti contestati andava individuata nell'art. 572 c.p. Proponeva, pertanto, ricorso immediato per cassazione deducendo l'erronea qualificazione delle condotte violente poste in essere dall'imputato nei confronti del figlio minore e l'ulteriore errore del tribunale che aveva escluso l'abitudine delle condotte sulla base del solo dato relativo al numero dei comportamenti, omettendo di considerare la sistematicità dei comportamenti di sopraffazione fisica e morale descritti dal minore.

Le ragioni dedotte dal Procuratore della Repubblica hanno trovato pieno riconoscimento da parte della Suprema Corte nella sentenza annotata. Il Collegio, invero, ha ritenuto che la sentenza impugnata fosse incorsa nella dedotta violazione di legge, qualificando erroneamente le condotte accertate in dibattimento ai sensi dell'art. 571 c.p.

Secondo la Cassazione, in particolare, il presupposto di fondo dell'abuso relativo all'art.571 c.p. è rappresentato da un eccesso di mezzi di correzione o di disciplina, in sé giuridicamente leciti. Nella specie, gli atti posti in essere dall'imputato,

\* Avvocato



pur ispirati da un "animus corrigendi" non possono considerarsi genericamente leciti, essendo connotati dall'impiego di violenza fisica o psichica.

La Corte ha precisato, richiamando un precedente orientamento, che alla luce della linea evolutiva tracciata dalla Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, le condotte connotate da modalità aggressive sono incompatibili con l'esercizio lecito del potere correttivo ed educativo, che mai deve deprimere l'armonico sviluppo della personalità del minore<sup>1</sup>.

Invero, per la Cassazione, il primato che l'ordinamento attribuisce alla dignità del minore e la necessità che sia favorito uno sviluppo armonico di personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di connivenza, conducono a ritenere che l'uso di qualunque forma di violenza fisica o psicologica a scopi educativi esula dal perimetro applicativo dell'art. 571 c.p.

## 2. L'USO DELLA VIOLENZA PER FINI CORRETTIVI

La pronuncia annotata pone il problema dei limiti dello *ius corrigendi*. Quando si parla di diritto di correzione ci si riferisce al diritto dei genitori o degli educatori di usare mezzi di correzione e di

limitazione della libertà personale per educare coloro su cui esercitano la propria autorità.

Nel corso degli anni i limiti al diritto di correzione sono stati rivisti e modificati, così da adeguarli all'evoluzione della società. Talvolta la definizione esatta di tali limiti potrebbe dirsi idonea a definire meglio l'area del penalmente rilevante oltre che a definire se una determinata condotta si trasformi in abuso di mezzi di correzione oppure se, diversamente, vada oltre assumendo le caratteristiche di un fatto più grave e per questo maggiormente lesivo<sup>2</sup>. Il legislatore, però, non fornisce alcuna definizione di mezzi di correzione o disciplina come strumenti volti a correggere, a scopo educativo, una mancanza nel soggetto passivo o a garantire un corretto inserimento dello stesso all'interno della società anche familiare.

Il punto assume un rilievo non secondario nel caso di specie. L'art. 571 c.p., invero, punisce chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte. Come prima visto il presupposto della condotta è rappresentato dal fatto che l'agente deve utilizzare mezzi di correzione e di disciplina leciti, pur se eccedendo nell'utilizzo degli stessi. Laddove il reo ricorra a mezzi non leciti dovrà invece contestarsi il più grave reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Corte Cass. Sez. 6, n. 13145 del 03/03/2022, Rv. 283110.

<sup>2</sup>Corte Cass.sez IV n.3786/1998.

<sup>3</sup>In realtà da sempre il criterio distintivo fra la fattispecie di cui all'articolo 571 c.p. e il reato di maltrattamenti in famiglia, art.572 c.p., veniva rinvenuto dalla giurisprudenza meno recente nell'elemento soggettivo, richiedendosi ai sensi dell'articolo 571c.p. un dolo specifico che si caratterizzasse nell'esplicazione di uno *ius corrigendi*: era invero richiesta la finalità correttiva di un comportamento censurabile tenuto dalla vittima pur se attuato con modalità non consentite e quindi un dolo specifico che si caratterizzasse nell'esplicazione di uno *ius corrigendi*. Qualora tale finalità non fosse ravvisabile nella

condotta dell'agente il reato integrato era ravvisato nel delitto di maltrattamenti in famiglia. Secondo un orientamento più recente la linea di demarcazione tra le due ipotesi delittuose sarebbe al contrario da rinvenire unicamente nel dato oggettivo ovvero nella natura del mezzo utilizzato, lecito ma abusato nella fattispecie di cui all'articolo 571 c.p., illecito in sé e per sé nell'ipotesi di cui all'articolo 572 c.p. In base a tale orientamento la congruenza fra il mezzo ed il fine utilizzato deve essere valutata secondo criteri oggettivi non potendo l'intenzione soggettiva rendere lecito ciò che l'ordinamento giuridico considera vietato. Si veda R. Garofoli, op cit.

Il tema è da sempre molto discusso in giurisprudenza. Ad avviso di una pronuncia meno recente <sup>4</sup> il termine correzione va assunto come sinonimo di educazione e presuppone che di tali mezzi, tra i quali può farsi rientrare un puro occasionale cef-fone, possa farsi un uso consentito e illegittimo; di conseguenza, quando si ecceda in questa condotta, si integra la figura dell'abuso.

Successivamente la Cassazione<sup>5</sup> ha affermato che non può più ritenersi lecito l'uso della violenza fisica o psichica, sia pur distortamente finalizzato a scopi ritenuti educativi, e ciò sia per il primato attribuito alla dignità della persona del minore ormai soggetto titolare di diritti e sia perché non può più perseguirsi quale meta educativa un risultato di armonico sviluppo di personalità utilizzando mezzi violenti e costrittivi. In questo contesto, la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata qualificata come abuso di mezzi di correzione, e non come maltrattamenti, la condotta di un genitore che, a scopo disciplinare e correttivo, schiaffeggiava sistematicamente il figlio.

Il punto è condiviso da ulteriori pronunce<sup>6</sup>, secondo cui il delitto di cui all'art.571 c.p. presuppone solo un uso legittimo e consentito di mezzi di correzione e tale reato non sarebbe configurabile laddove venga utilizzato il potere al di fuori dei casi consentiti e dei modi "leciti" quali atti di violenza fisica o lesivi dell'equilibrio psicologico del soggetto passivo. Le motivazioni espresse da tale orientamento hanno rappresentato un interessante punto di svolta in relazione alla portata applicativa del reato di abuso dei mezzi di correzione.

La Suprema Corte ha più volte precisato che non può più ritenersi lecito l'uso della violenza finalizzato a scopi educativi se non in casi del tutto eccezionali e in termini di una *vis modicissima*<sup>7</sup> consentita esclusivamente qualora sia necessaria per

rafforzare una giusta proibizione di comportamenti oggettivamente pericolosi o dannosi.

Si aggiunge inoltre che il *quantum* della violenza potrebbe, inoltre variare a seconda del rapporto intercorrente fra il titolare del potere correttivo e suo sottoposto di tal che il giudice deve valutare la condotta caso per caso. Pertanto, la funzione correttiva qualora sia svolta con modalità vessatorie della persona umana non può ravvisarsi finalizzata ad un intento educativo in considerazione della tutela della dignità della persona. Come precisato nel corso degli anni si è passati da una visione autoritaria della famiglia ad una visione più personalistica e partecipativa a seguito dell'emanazione della costituzione nonché a seguito delle modifiche apportate al diritto di famiglia con la riforma del 1975.

Di altrettanto rilievo sul punto appaiono le fonti internazionali in particolare l'emanazione della Convenzione delle Nazioni Unite di New York del 1989 sui diritti del fanciullo. Secondo una linea interpretativa ormai da tempo affermata nella giurisprudenza l'uso della violenza per fini correttivi o educativi non è mai consentito e il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina presuppone l'uso non appropriato di metodi e comportamenti correttivi in via ordinaria consentiti del tipo di quelli individuabili a mero titolo esemplificativo nell'esclusione temporanea dalle attività ludiche o didattiche nell'obbligo di condotte riparatorie o nel corso o nel ricorso a forme di rimprovero però non riservate. Alla luce delle recenti teorie pedagogiche, come precisato l'uso di qualsivoglia forma di violenza restringe in modo estremo l'ambito di operatività dell'abuso di mezzi di correzione. In quanto i tre elementi che concorrono ad integrare l'abuso sono: il rapporto giuridico tra il soggetto attivo e quello passivo, il fine che si intende

<sup>4</sup> Corte Cass.sez.VI n.4934 del 2004.

<sup>5</sup> Corte Cass. N.164921 del 2005.

<sup>6</sup> Corte Cass. Sez VI n. 4367 del 2002.

<sup>7</sup> Corte Cass.sez.VI, 26 marzo 1998.





realizzare, che deve essere necessariamente rieducativo e il mezzo utilizzato che deve essere lecito<sup>8</sup>.

L'art.571 c.p. del resto configura ormai un'ipotesi delittuosa del tutto asincrona e l'esigenza di adeguamento alla mutuata realtà attuale rende inevitabile la progressiva erosione del suo ambito di operatività a favore di altre fattispecie<sup>9</sup>. Va da sé che considerando il disposto normativo e fermo restando l'attuale limite del concetto di *ius corrigendi* in virtù dell'attuale definizione della funzione correttiva nonché del divieto di modalità vessatorie a fini educativi ad essa connessi, non pare comunque senz'altro agevole comprendere quanto si ci trovi in realtà di fronte ad un'ipotesi di abuso dei mezzi di correzione e quando invece la fattispecie rientri nell'ipotesi dei maltrattamenti in famiglia punibili più severamente ai sensi dell'articolo 572 del codice penale.

### 3. CONCLUSIONI

Secondo la sentenza annotata l'articolo 571 c.p. presuppone un uso moderato dei mezzi per loro natura leciti. Ebbene tali non possono di certo ritenersi le percosse ai comportamenti violenti, in quanto le recenti acquisizioni della cultura pedagogica hanno consentito di superare quelle tradizionali concezioni che ammettevano la liceità dell'uso della violenza fisica o psichica come mezzo correttivo e disciplinare. La Cassazione attualmente esclude dal perimetro applicativo della fattispecie di cui all'articolo 571 c.p. forme di violenza fisica o psichica in ragione del primato della dignità personale dovendosi tener conto in particolare della linea evolutiva ormai irreversibilmente tracciata in materia di educazione del minore.

Invero, dalla *ratio* e dal contenuto delle norme convenzionali si desume agevolmente il principio secondo cui per determinare il cosiddetto *ius corrigendi* l'uso di qualsiasi forma di violenza o di vessazione non potrebbe più essere considerato come uno strumento rieducativo<sup>10</sup>. Lo stesso legislatore si è preoccupato di sottolineare che l'art.572 c.p. trova applicazione fuori dai casi di cui all'art.571 c.p. In un primo tempo la dottrina interpretava tale clausola nel senso che i maltrattamenti inflitti con il fine di correggere, trovassero disciplina solo nell'articolo 571. Spartiacque fra le due fattispecie era, in solo l'elemento soggettivo e cioè l'*animus* sorreggenti. A questa interpretazione se ne contrappone un'altra più recente, di gran lunga prevalente oggi, che attribuisce, come specificato più volte maggiore rilevanza all'idoneità del mezzo utilizzato e dunque alla condotta e non all'intenzione dell'agente, secondo questa impostazione. La presenza dell'intenzione non è determinante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 571, sarà invece rilevante la qualità del preteso mezzo correttivo e disciplinare impiegato<sup>11</sup>.

Fermo restando quanto finora precisato e considerando l'attuale orientamento della giurisprudenza è opportuno volgere ad una conclusione ponendo l'attenzione sulla condotta lesiva.

L'attuale tendenza argomentativa seguita dalla Cassazione precisa che è l'uso sistematico di violenza fisica e morale, come ordinario trattamento del minore affidato, anche se sorretto da "*animus corrigendi*" ad escludere l'applicabilità dell'art. 571 c.p. a favore dell'applicazione dei reati più gravi quale ad esempio il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. Per cui in presenza di atti che determinano sofferenze siano esse fisiche che morali collegate da un nesso di abitudine o in relazione a

<sup>8</sup> Antolisei, *Manuale diritto penale parte speciale*, 724.

<sup>9</sup> Larizza, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, cp 1997,37.

<sup>10</sup> Corte Cass. Sez VI n.13145 del 2022.

<sup>11</sup> Coppi, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, ed XXV,1973.



condotte poste in essere in maniera sistematica, potrebbe dirsi applicabile la fattispecie più grave.

Inoltre, l'intenzione soggettiva del soggetto agente relativamente ai comportamenti posti in essere non è, infatti, idonea a far rientrare nel meno grave delitto di cui all'art. 571 c.p., ciò che ne è oggettivamente escluso poiché i trattamenti lesivi dell'incolumità fisica o afflittivi della personalità del minore non sono sussumibili tra i mezzi di correzione, tali essendo, per loro natura, solo quelli a ciò deputati.

In realtà, sul punto la sentenza annotata sembra meno condivisibile. Il reato di maltrattamento evoca la necessità di un ripetersi prolungato nel tempo di una pluralità di atti lesivi dell'integrità fisica e psichica del soggetto passivo. Infatti, la recente giurisprudenza ha osservato che il reato di maltrattamenti in famiglia configura un'ipotesi di reato necessariamente abituale costituito da una serie di fatti per lo più commissivi i quali acquistano rilevanza penale per la loro reiterazione nel tempo. Il reato di maltrattamenti inoltre diversamente che dal reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina si caratterizza per la consapevolezza e volontà dell'agente di infliggere una serie di sofferenze alla vittima del reato mediante una pluralità di episodi di aggressione alla sfera morale e psichica avinti da un nesso psicologico comune pur senza che vi sia unicità del disegno criminoso; in tale ipotesi l'autore del reato nutre la consapevolezza di porre in essere l'atto di prevaricazione in un contesto di reiterazione della condotta vietata senza che vi sia un programma fin dall'inizio volto a caratterizzare i singoli episodi.

Ciononostante, l'esame va fatto unicamente sul piano oggettivo sicché non potrebbe attualmente dirsi configurabile il meno grave reato di abuso di mezzi di correzione quando i mezzi adoperati siano oggettivamente non compatibili con l'attività educativa come nel caso di ripetute percosse e maltrattamenti fisici e psicologici, neppure se posta in

essere nell'esercizio di uno ius corrigendi. Ebbene, nella specie la condotta contestata all'imputato ha ad oggetto un periodo temporale estremamente limitato, difficilmente compatibile con quel ripetersi prolungato richiesto dall'art. 572 c.p.

## IL PROCEDIMENTO DI AUTONOMIA DIFFERENZIATA. ASPETTI PROCEDURALI, LIMITI E PROSPETTIVE DELL'ARTICOLO 116, COMMA 3 DELLA COSTITUZIONE

di **Marco BARBATO\***

### ABSTRACT

*Il saggio si propone di indagare i principali aspetti dell'articolo 116, comma 3 della Costituzione, inteso come fonte sulla produzione normativa il cui obiettivo è di definire un modello per l'attribuzione di forme e condizioni specifiche di autonomia, che prende forma nell'incontro delle volontà di Stato e Regioni e nella legge approvata dal Parlamento sulla base dell'intesa. Si propongono, inoltre, alcune riflessioni sulla natura ed efficacia giuridica delle intese tra Stato e Regioni, previste dalla Costituzione come elemento essenziale per la sua attuazione, nonché l'analisi del procedimento di formazione e del contenuto "variabile" della legge ad "autonomia negoziata". Infine, si propone di indagare sulla necessità di riequilibrare il ruolo di rappresentanza parlamentare nel procedimento di autonomia differenziata, individuando strumenti idonei a favorire il coinvolgimento e la compartecipazione delle due Camere nonché a valorizzare il ruolo strategico che esse hanno nella stipulazione delle intese, nella fase di approvazione del disegno di legge e nella fase di monitoraggio e controllo successiva all'entrata in vigore della legge ad autonomia negoziata.*

### SOMMARIO

#### 1. Premessa ..... 137

2. L'art. 116, terzo comma della costituzione.....	138
3. Il ruolo del parlamento nel processo di differenziazione.....	142
4. Le (possibili) prospettive del regionalismo differenziato.....	144

#### 1. **PREMESSA**

Negli anni successivi al 2001 l'autonomia differenziata ha contribuito spesso a dare nuova linfa al dibattito in dottrina e in politica. Una notevole propulsione all'analisi della natura giuridica e degli effetti che una concreta attuazione dell'articolo 116, Cost. potrebbe avere sui rapporti tra Stato, Regioni e autonomie locali è stata fornita prima dalle iniziative di Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto del 2018<sup>1</sup> e più recentemente da un disegno di legge<sup>2</sup> approvato in Consiglio dei ministri e inviato alle Camere per l'esame del testo.

Seguendo una breve ricostruzione, è utile all'analisi che si propone ricordare quanto accaduto nel mese di febbraio 2018. Il Governo sottoscrisse tre accordi preliminari con le regioni sopra citate e il negoziato continuò con la richiesta delle regioni di ampliare il quadro delle materie da trasferire. Seguì un intenso dibattito sulle richieste pervenute all'Esecutivo e sul percorso di

\* Consulente della Pubblica Amministrazione

<sup>1</sup> Cfr. MANGIAMELI S., *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>2</sup> Il disegno di legge in discorso è l'AS 615, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione". Per maggiori approfondimenti, si rinvia al dossier Servizio Studi Senato e Camera, Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, XIX legislatura, maggio 2023.



determinazione delle intese, con particolare attenzione alle modalità di coinvolgimento degli enti locali, il ruolo del Parlamento e la possibilità di apportare modifiche al disegno di legge rinforzato contenente le intese, nonché il rispetto del principio di sussidiarietà.

Il Ministero per gli affari regionali e le autonomie, sulla base di quanto riferito da una Commissione di studio<sup>3</sup>, predispose una bozza di disegno di legge sull'attuazione dell'autonomia differenziata. Nonostante le costanti interlocuzioni con le regioni e le altre amministrazioni interessate, la proposta di legge non è stata presentata in Parlamento entro la fine della legislatura.

Sulla base di quanto sopra descritto, si analizzerà come il percorso intrapreso nel 2018, a cui si è dato seguito con recenti iniziative, sia basato su una scelta politica che prende opportunamente forma nelle sedi parlamentari, durante la fase di determinazione del contenuto delle intese. Ed è proprio in questa fase che le due Camere ricoprono un ruolo essenziale per l'intero processo di differenziazione.

L'articolo 116, terzo comma, Cost., a seconda delle prospettive da cui si osserva, può essere il

principale strumento per garantire una piena valorizzazione delle autonomie o all'opposto, uno strumento che può incidere negativamente sull'unità nazionale e sugli equilibri complessivi del sistema istituzionale<sup>4</sup>.

Al riguardo, attenta dottrina ha osservato che l'articolo 116, comma 3 Cost., non rappresenti una violazione della rigidità costituzionale, ma una "prescrizione cedevole"<sup>5</sup> che rientra nei casi espressamente disciplinati dalla stessa Costituzione.

L'autonomia differenziata è dunque da considerarsi come una significativa opportunità per il sistema istituzionale, attraverso cui si inseriscono innovativi elementi di dinamismo nell'intero sistema delle autonomie ordinarie.

## 2. L'ART. 116, TERZO COMMA DELLA COSTITUZIONE

L'articolo 116, comma 3, Cost., prevede la possibilità di attribuire forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario<sup>6</sup>, ferme restando le particolari forme riconosciute

<sup>3</sup> Con decreto del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, in data 3 dicembre 2019 è stata istituita una Commissione di studio, composta da costituzionalisti ed economisti di chiara fama, con compiti di studio, supporto, consulenza ed analisi sui temi dell'autonomia differenziata, ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

<sup>4</sup> Cfr. LUCARELLI A., *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *www.dperonline.it*, 2019, p.30; PATRONI GRIFFI A., *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *www.dperonline.it*, 2019, p. 43; MENCARELLI A., *Il caso della legge ad autonomia negoziata sul regionalismo differenziato*, in *www.federalismi.it*, 17, 2019, p.5.

<sup>5</sup> Cfr. MORRONE A., *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione*, in *Fed. Fisc.*, 2007, 1, 148. Su questo tema, si riportano alcune osservazioni indicate nel documento conclusivo di un'indagine conoscitiva svolta nel 2017 dalla Commissione bicamerale per le questioni regionali e dal Servizio studi della Camera dei deputati: "la Commissione ha evidenziato come il percorso autonomistico delineato dall'articolo 116, terzo comma, miri ad arricchire i contenuti e completare l'autonomia ordinaria, nell'ambito del disegno delineato dal Titolo V della parte II della

*Costituzione e come l'attivazione di forme e condizioni particolari di autonomia presenti significative opportunità per il sistema istituzionale nel suo complesso, oltre che per la singola Regione interessata. La valorizzazione delle identità, delle vocazioni e delle potenzialità regionali determinano infatti, l'inserimento di elementi di dinamismo nell'intero sistema regionale e, in prospettiva, la possibilità di favorire una competizione virtuosa tra i territori. L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, non deve peraltro essere intesa in alcun modo come lesiva dell'unitarietà della Repubblica e del principio solidaristico che la contraddistingue. Uno dei punti più delicati del dibattito riguarda il tema delle risorse finanziarie che devono accompagnare il processo di rafforzamento dell'autonomia regionale. Al riguardo, nell'ambito dell'indagine conoscitiva è emersa come centrale l'esigenza del rispetto del principio, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, della necessaria correlazione tra funzioni e risorse".*

<sup>6</sup> C.d. "regionalismo differenziato" o "regionalismo asimmetrico", in quanto consente ad alcune Regioni di avere poteri diversi dalle altre). Per una prima analisi dei principali aspetti relativi al regionalismo differenziato, Cfr. *L'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, dossier Servizio studi della Camera dei deputati, settembre 2022.



alle Regioni a statuto speciale, ai sensi dell'art. 116, primo comma, Cost.

Secondo quanto disposto dalla Carta costituzionale, l'ambito delle materie nelle quali possono essere riconosciute le suddette forme di autonomia riguardano: le materie attribuite dall'articolo 117, comma 3, alla competenza legislativa concorrente; ulteriori materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato dal secondo comma dell'articolo 117, quali: l'organizzazione della giustizia di pace; norme generali sull'istruzione; tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

La fonte con cui le forme di autonomia possono essere attribuite è la legge rinforzata, il cui contenuto è il risultato di un'intesa tra Stato e Regione, acquisito il parere degli enti locali interessati, nel rispetto delle disposizioni in materia di autonomia finanziaria previste all'articolo 119, Cost. Nonostante i continui tentativi avviati dopo la riforma del Titolo V nel 2001<sup>7</sup>, il procedimento che consente l'attribuzione di autonomia differenziata non è mai stato completamente attuato.

Si aggiunga che con L. 147 del 2013, art. 1, comma 571, sono state introdotte alcune novità in merito alla fase iniziale del procedimento per il riconoscimento di forme di maggior autonomia in favore delle Regioni a statuto ordinario. La legge prevede un termine di sessanta giorni entro il quale il Governo è tenuto a dare seguito all'impulso conseguente all'iniziativa regionale il cui obiettivo è l'intesa.

L'attuazione del regionalismo differenziato, così come disciplinato dalla Carta costituzionale, "distribuisce" l'autonomia in diversi atti-fonte. Al

riguardo, si pensi al contenuto dell'articolo 117, Cost., alla legge ad autonomia negoziata disciplinata dall'articolo 116, comma 3, Cost. e agli statuti regionali.

Sulla base delle riflessioni della dottrina sulla natura della fonte del regionalismo differenziato, si evidenzia come il procedimento legislativo produca una legge finalizzata a definire una disciplina condizionata dalla sussistenza dell'accordo tra Stato e Regione, nonché caratterizzata, in prima analisi, dall'essere: atipica, in quanto l'oggetto di deliberazione è l'intesa raggiunta; rafforzata, a fronte di un procedimento che prevede l'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere<sup>8</sup>.

È utile allora chiedersi quale sia la corretta collocazione della legge ad autonomia negoziata nel sistema delle fonti del diritto per effettuare utili valutazioni in merito al realistico utilizzo del modello previsto dall'articolo 116, terzo comma, Cost.

A tale scopo, si pensi al caso in cui una maggiore autonomia differenziata sia trasferita a una Regione dallo Stato e successivamente ci si trovi in circostanze sopravvenute che richiedano una "restituzione" a livello centrale delle funzioni precedentemente trasferite con legge.

In questa ipotesi, lo Stato può decidere di revocare, anche solo parzialmente, in modo unilaterale l'autonomia negoziata, attraverso una "restituzione concordata" o ricorrendo a una "restituzione unilaterale" da parte della Regione<sup>9</sup>.

In prima analisi si consideri che le norme contenute nella legge rinforzata possono essere soggette a modifica o abrogazione unilaterale da parte dello Stato attraverso l'utilizzo della legge

<sup>7</sup> Legge costituzionale n. 3 del 2001

<sup>8</sup> Cfr. ZANON N., *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001; S. AGOSTA, *L'infanzia "difficile" (...ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116 comma 3, tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), PALERMO F.,

*Il regionalismo differenziato*, in GROPPI T., -OLIVETTI M., (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003.

<sup>9</sup> Cfr. RUGGIERI A., *Nota minima sulle oscillanti prospettive del regionalismo italiano*; NAPOLITANO A., *Il ruolo imprescindibile delle Camere per una corretta ed equa attuazione del regionalismo differenziato*, in *Nuove autonomie*, Fasc. 3-2020.

costituzionale, approvata con procedimento aggravato ai sensi dell'art. 138, Cost.

Con riferimento all'ipotesi di restituzione concordata, il meccanismo dell'articolo 116, terzo comma Cost., deve invero essere utilizzato con il solo intento di accrescere l'autonomia regionale e non per una sua eventuale diminuzione volta a ripristinare le condizioni preesistenti.

Per questo motivo, nel caso in cui la Regione si trovasse in una condizione di impedimento nell'esercizio delle competenze richieste allo Stato, essa potrà non "normare o amministrare in relazione agli interessi avuti in cura ed attendere, pertanto, che si attivino meccanismi di sussidiarietà dall'alto", in favore dello Stato.

In merito all'ipotesi di restituzione unilaterale da parte della Regione, è importante dunque partire dalla considerazione che lo Stato, come noto, è l'ente sussidiario tenuto a svolgere i compiti necessari in caso di impossibilità o incapacità della Regione.

Da quanto sinora descritto, si evidenzia che la singola Regione non possa ricorrere all'utilizzo di un proprio atto normativo utile a modificare o abrogare le norme introdotte dalla legge di differenziazione.

Una possibile soluzione si troverebbe prevenendo all'interno della medesima legge di differenziazione di una clausola che autorizzi una fonte regionale a modificare (e in questo caso a ridurre) le forme e condizioni di autonomia inizialmente riconosciute. In questo modo, verrebbe assegnata alla legge "atipica" la capacità di legittimare un atto normativo regionale in grado di abrogare proprie disposizioni<sup>10</sup>.

In definitiva, sulla base delle considerazioni sin qui esposte, si è evidenziato come la norma costituzionale sia da considerarsi una fonte sulla produzione normativa il cui obiettivo è di definire un modello per l'attribuzione di forme e condizioni specifiche di autonomia, che prende forma nell'incontro delle volontà di Stato e Regioni e nella legge approvata dal Parlamento sulla base dell'intesa.

Infine, sulla base di quanto sopra esposto, si noti che le leggi previste ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, Cost. pur essendo leggi ordinarie, sono qualificate come "leggi di autonomia negoziata" a fronte della loro modificabilità attraverso le sole leggi deliberate secondo un procedimento previsto dalla stessa norma, così come ipotizzato nel caso di restituzione unilaterale da parte della Regione.

È ora importante fare alcune riflessioni sulla natura giuridica<sup>11</sup> delle intese tra Stato e Regioni, previste dalla Costituzione come elemento essenziale per l'emanazione della legge ad autonomia negoziata. In particolare, esse possono rientrare nella categoria di atti bilaterali di tipo negoziale, disciplinate da regole di diritto comune e contestualmente di rilievo pubblicistico, riscontrando in particolare forti analogie con le intese previste all'articolo 8, terzo comma, Cost.

Altro aspetto da considerare è l'efficacia giuridica dell'intesa in relazione alla successiva legge di autonomia negoziata. Al riguardo, parte della dottrina ha osservato che la legge di autonomia può essere considerata «l'involucro formale che contiene l'intesa finalizzata a tramutarla da accordo Stato-Regione in una fonte normativa dell'intero

<sup>10</sup> NAPOLITANO A., *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, 7 novembre 2018.

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, 24 gennaio 1991 n. 21, in *Giur. Cost.*, 1991; Corte Costituzionale 31 marzo 1994 n. 116, in *Rass. Avv. Stato*, 1, 195; Corte Costituzionale 15 luglio 1994 n.

302, in *Riv. Giur. ambiente*, 1995, 659; Corte Costituzionale Corte Costituzionale 1° ottobre 2003 n. 303, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 10; Corte Costituzionale 20 gennaio 2004 n. 27, in *Giur. It.*, 2004, I, 2016; Corte Costituzionale 7 ottobre 2005 n. 378, in *Foro it.*, 2007, 2, 377.





ordinamento<sup>12</sup>», in accordo con quanto previsto da autorevole dottrina secondo cui le leggi di approvazione non appartengono alla categoria degli atti aventi funzione di controllo, bensì esprimano «compartecipazione alla decisione o alla scelta politica consacrata nell'atto che forma il contenuto della legge», con la conseguenza che «l'atto approvato con legge fa corpo con la legge che l'approva sicché nessuna modifica se ne rende possibile se non con l'impiego della forma propria dell'atto legislativo o ad esso equivalente<sup>13</sup>».

Si può quindi sottolineare come le intese non siano fonti del diritto, bensì uno strumento che caratterizza l'iter per l'approvazione della legge, quale fonte del diritto per eccellenza idonea ad apportare innovazioni all'ordinamento, «sulla base» delle intese stipulate tra Stato e Regioni.

Con riferimento all'analisi ivi riportata riguardante le intese ex articolo 116, terzo comma, perplessità sono nate in merito alla possibilità di presentare e approvare emendamenti al testo durante i lavori parlamentari.

Sulla base dell'utile confronto tra le intese previste all'articolo 116, terzo comma, Cost., e quelle disciplinate all'articolo 8, terzo comma, Cost., è

possibile riconoscere alla legge ad autonomia negoziata la principale funzione di approvazione dei contenuti dell'intesa, il cui scopo è di trasformare l'«accordo Stato-Regione in una fonte normativa dell'intero ordinamento», senza che il Parlamento possa intervenire per modificarne il contenuto<sup>14</sup>.

Sulla base di quanto affermato nel tempo dalla prassi parlamentare e in assenza di specifiche disposizioni previste dai regolamenti parlamentari, è possibile sostenere che l'approvazione di proposte emendative che siano contrarie ai principi indicati dall'intesa richiederebbero la sua rinegoziazione e il conseguente annullamento del procedimento nel suo complesso<sup>15</sup>.

Utile alla trattazione è ora capire ulteriori aspetti riguardanti il procedimento di formazione e il contenuto della legge rinforzata.

In prima analisi, l'articolo 116, terzo comma, Cost., specifica che il procedimento necessario all'approvazione della legge ad autonomia negoziata parta con l'iniziativa della Regione interessata, nel rispetto della partecipazione degli enti locali<sup>16</sup> e con la stipula dell'intesa tra Stato e Regione che «farà corpo» con la legge rinforzata approvata a maggioranza assoluta.

<sup>12</sup> Cfr. ZANON N., *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, cit., 57; AGOSTA S., *L'infanzia "difficile" (...ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116 comma 3, tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*. Si aggiunga, inoltre, un ulteriore accostamento della disciplina relativa alle intese ex Art. 116, comma 3 con quelle previste dall'art. 8 della Costituzione, riportando quanto affermato in dottrina: «pur trattandosi di sottoporre all'approvazione del Parlamento un provvedimento legislativo dal contenuto preformato integralmente in altra sede, s'è abbandonato, tuttavia, lo strumento della legge formale, composta di un solo articolo di approvazione (o di esecuzione), evidentemente per evitare una procedura che potesse deporre nel senso di una internalizzazione o esteriorizzazione dell'intesa che ha finito per assumere un carattere interno e procedimentale». Da ciò ne deriva, quindi, che gli effetti giuridici «conseguono quindi esclusivamente dalla legge nominalmente di approvazione». Cfr. COLAIANNI N., *Confessioni religiose e intese: contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, 1990.

<sup>13</sup> Cfr. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991.

<sup>14</sup> Al riguardo, si consideri la recente impostazione della Consulta, secondo cui la fase di approvazione delle intese si inquadra all'interno del circuito politico dell'indirizzo politico definito tra Governo e Parlamento, così come indicato dalla sentenza del 10 marzo 2016m n. 52 della Corte costituzionale.

<sup>15</sup> Cfr. PICCIRILLI G., *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116 terzo comma Cost.*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 21 aprile 2018. È interessante aggiungere che nel recente orientamento adottato dai Presidenti di Camera e Senato siano ammessi emendamenti che riguardano il versante interno del procedimento per il recepimento dell'intesa. A titolo esemplificativo si pensi alla data di entrata in vigore delle intese o alla loro copertura finanziaria.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Costituzionale 6 luglio 2001 n. 229; Corte Costituzionale 24 giugno 2005 n. 244; Corte Costituzionale 1° dicembre 2006 n. 397.

Non sono però specificate forme secondo cui le consultazioni degli enti territoriali debbano aversi. Al riguardo, secondo l'orientamento della dottrina<sup>17</sup>, si sarebbe legittimata la scelta secondo cui il parere degli enti locali venga espresso tramite una deliberazione del Consiglio delle autonomie o attraverso un referendum regionale consultivo, ammissibile nelle ipotesi di questioni di interesse regionale.

Si aggiunga che il parere delle autonomie locali sia da ottenere in una fase che anticipa la stipula dell'intesa tra Presidenza della Giunta regionale e Presidenza del Consiglio dei ministri.

Conclusa la fase di acquisizione dell'intesa, l'avvio dell'iter per l'approvazione della legge in Parlamento è esercitato dalle Regioni, il cui potere di iniziativa legislativa è ad esse riconosciuto in quanto soggetti direttamente interessati all'esercizio "di forme e condizioni particolari di autonomia"<sup>18</sup>.

Si aggiungano infine, alcune osservazioni in merito all'oggetto della legge di autonomia negoziata e al riparto di competenze ai sensi dell'articolo 117, Cost.

Al riguardo, se la legge di autonomia differenziata dovesse avere ad oggetto il trasferimento di materie dalla potestà concorrente a quella residuale delle Regioni, l'effetto conseguente sarebbe l'esclusione dell'operatività della legislazione statale di principio<sup>19</sup>.

Difficilmente ipotizzabile, invece, è il caso di un trasferimento di una materia di competenza esclusiva dello Stato in quelle di legislazione residuale regionale, che comporterebbe l'esclusione, in via di principio, della competenza da parte dello Stato in materie che necessariamente devono essere attribuite ad un solo soggetto per far sì che si possa avere una disciplina unitaria in ambito nazionale<sup>20</sup>.

### 3. IL RUOLO DEL PARLAMENTO NEL PROCESSO DI DIFFERENZIAZIONE

Il nuovo dibattito inaugurato a seguito delle iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna del 2018 e richiamato alla luce della legge approvata in Consiglio dei ministri il 23 marzo 2023<sup>21</sup>, ha generato molte riflessioni sul ruolo da attribuire e garantire al Parlamento all'interno del processo di differenziazione.

Nell'individuare il ruolo ricoperto dal Parlamento, è possibile partire da una basilare interpretazione della disposizione costituzionale, secondo cui si sottolinea la natura di "scelta politica" dell'inizio del procedimento per l'attuazione dell'autonomia differenziata, durante il quale le due Camere non sono costrette a «muoversi a rime obbligate rispetto ad una opzione costituzionale

<sup>17</sup> Cfr. SALMONI F., *Forme e condizioni particolari di autonomia per le regioni ordinarie e nuove forme di specialità*, in FERRARA A., SALLERNO G.M. (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2003.

<sup>18</sup> Cfr. CECCHETTI M., *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti, che definisce il procedimento in esame come "procedimento legislativo atipico, i cui elementi essenziali sono individuati nell'iniziativa legislativa affidata, in via esclusiva, alla stessa Regione"*.

<sup>19</sup> NAPOLITANO A., *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, 7 novembre 2018. *L'articolo 116 comma 3 Cost. quale*

*strumento di valorizzazione della dimensione europea delle Regioni*, ANDREA NAPOLITANO (a cura di), 27 gennaio 2020.

<sup>20</sup> Cfr. CECCHETTI M., *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*.

<sup>21</sup> Il disegno di legge in discorso è l'AS 615, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione". Per maggiori approfondimenti, si rinvia al dossier Servizio Studi Senato e Camera, Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, XIX legislatura, maggio 2023.

predefinita di cui essa costituisca necessario sviluppo<sup>22</sup>».

Come osservato in precedenza, una modifica unilaterale attraverso la presentazione di emendamenti al disegno di legge di approvazione dell'intesa comporterebbe la rinegoziazione di quest'ultima e il conseguente annullamento del procedimento nel suo complesso.

Per questo motivo, è condivisibile pensare che sia essenziale individuare strumenti idonei a favorire il coinvolgimento e la partecipazione delle due Camere nonché a valorizzare il ruolo strategico che esse hanno nella stipulazione delle intese<sup>23</sup>, nella fase di approvazione del disegno di legge e nella fase di monitoraggio e controllo successiva all'entrata in vigore della legge ad autonomia negoziata.

Al riguardo, sono stati proposti processi di indirizzo e controllo preliminari alla stipulazione delle intese, con lo scopo di condizionarne i contenuti ricorrendo all'utilizzo di pareri parlamentari relativi alle bozze di intesa o prevedendo procedure consultive presso le commissioni parlamentari competenti per materia<sup>24</sup>.

Per una maggiore incisività del ruolo del Parlamento nel processo di differenziazione, un'altra ipotesi suggerita riguarda la definizione di intese per singole materie, salvo il caso in cui vi siano salde connessioni tra le stesse che richiedano una valutazione su ciascuna richiesta nel rispetto del principio

di omogeneità dell'intesa, quest'ultimo da considerarsi come esigenza di gradualità e sperimentazione<sup>25</sup>.

L'utilizzo di tali strumenti permetterebbe sia un'analisi da parte delle due Camere più accurata, sia l'esercizio di un maggior controllo sulla fase delle trattative.

Un'ulteriore soluzione si potrebbe rinvenire nell'utilizzo delle deleghe legislative da cui «trarre uno strumentario assai ricco inteso a garantire che il Parlamento non sia ridotto a sede “consultiva” o di mera ratifica<sup>26</sup>».

In definitiva, il coinvolgimento delle due Camere durante il procedimento di differenziazione è senza alcun dubbio un elemento fondamentale per far sì che si abbia un rapporto costruttivo e di confronto con il Governo, attraverso cui sarebbe possibile valorizzare il ruolo di entrambi gli organi costituzionali in ogni occasione di trasferimento delle competenze.

In conclusione, nell'ottica di una leale collaborazione istituzionale, favorire la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti, potrebbe essere strutturata a livello normativo, riducendo così possibili scenari che vedrebbero coinvolta la Corte costituzionale nella risoluzione di possibili contenziosi fondati su contestazione di natura procedimentale<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. OLIVETTI M., *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [www.federalimi.it](http://www.federalimi.it), 6, 2019 p. 24.

<sup>23</sup> In relazione all'ultima proposta di legge approvata durante il Consiglio dei ministri del 23 marzo 2023 (AS. 615), sulla base di un approccio volto a favorire il coinvolgimento delle istituzioni parlamentari, è utile alla presente analisi evidenziare che la bozza di intesa dovrebbe essere soggetta al parere degli organi parlamentari competenti, ossia di una o più Commissioni. I pareri preventivi riguardanti la bozza di Intesa non determinerebbero un obbligo inderogabile per il Governo, ma solo il motivo per una successiva ulteriore valutazione in merito alle parti oggetto del parere. Il disegno di legge che sarà poi trasmesso alle Camere avrà quindi come suo allegato l'intesa e

potrà essere approvato a maggioranza assoluta. Anche nel caso previsto dall'AS. 615, le Camere non avrebbero la possibilità di modificare il testo.

<sup>24</sup> Cfr. OLIVETTI M., *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [www.federalimi.it](http://www.federalimi.it), 2019 p. 23.

<sup>25</sup> Cfr. OLIVETTI M., *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [www.federalimi.it](http://www.federalimi.it), 6, 2019 p. 30.

<sup>26</sup> Cfr. STAIANO S., *Autonomia differenziata. La lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 19 novembre 2019.

<sup>27</sup> MENCARELLI A., *Il caso della legge ad autonomia negoziata sul regionalismo differenziato e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, 2019.



#### 4. LE (POSSIBILI) PROSPETTIVE DEL REGIONALISMO DIFFERENZIATO

Le iniziative proposte dalle Regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto, la proposta di legge approvata durante il Consiglio dei ministri del 23 marzo 2023 (AS. 615), nonché l'analisi svolta nella presente trattazione, permettono di definire brevi conclusioni in merito alle opportunità che possono essere offerte da una completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, Cost.

Si parta dalla considerazione che la clausola di asimmetria presente nelle norme previste dall'articolo 116, Cost., non rappresenta una violazione della rigidità costituzionale o ancor di più una minaccia per l'unità del Paese, bensì potrebbe considerarsi un'opportunità per favorire la valorizzazione delle identità regionali e il presupposto per migliorare l'efficienza del sistema istituzionale nel suo complesso grazie all'adozione di scelte più conformi alle esigenze della collettività locale.

Ogni intervento che si intenderà porre in essere, quindi, dovrà tener conto della necessità di raccordare le diverse realtà territoriali e al tempo stesso immaginare ogni cambiamento apportato all'assetto istituzionale in un'ottica di corretto bilanciamento dello stesso, inteso in un più ampio sistema europeo e internazionale.

In altre parole, il processo di differenziazione, attraverso un suo effettivo adeguamento all'impianto statale<sup>28</sup>, dovrebbe rappresentare un'occasione di crescita e rafforzamento della coesione sociale, collegando tra di esse le ragioni autonomistiche con quelle di unità e di uguaglianza dei cittadini.

Come si è osservato, le modalità di approvazione da parte del Parlamento delle intese stipulate tra Stato e Regione, potranno avvenire in conformità a quanto previsto dall'art. 8, comma 3, Cost.

Sulla base di quanto previsto per l'approvazione delle intese tra Stato e confessioni religiose, al Parlamento spetterebbe l'adozione di una legge di approvazione senza che vi sia la possibilità di apportare modifiche al testo, relegando l'organo costituzionale rappresentativo della sovranità popolare a semplice "ratificatore" delle intese raggiunte dal Governo.

Sulla base delle osservazioni sopra esposte in merito alla necessaria valorizzazione del ruolo del Parlamento, si aggiunga che l'eventuale approvazione di una legge attuativa di quanto indicato dall'articolo 116, comma 3, Cost. potrebbe essere lo strumento per la definizione degli aspetti di carattere generale e criteri oggettivi di valutazione delle singole richieste regionali<sup>29</sup>, evitando in questo modo che il riconoscimento di altre forme e condizioni di autonomia siano il frutto della contrattazione esclusivamente bilaterale tra Governo e singole Regioni<sup>30</sup> e non anche del coinvolgimento delle istituzioni parlamentari.

L'attribuzione di ulteriori autonomie alle Regioni, come è ovvio, non deve in alcun modo produrre «un vulnus costituzionale del principio formale e sostanziale di eguaglianza in grado di mettere in discussione tutta una serie di diritti fondamentali dei cittadini mettendo in dubbio i principi di solidarietà, mutualità e cooperazioni tra istituzioni pubbliche<sup>31</sup>».

È necessario quindi che sia individuato un luogo «di sintesi unitaria delle diverse istanze

<sup>28</sup> Cfr. BASSANINI F., *Riforma della riforma, o ritorno al passato?*, in VANDELLI L. - BASSANINI F., in *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012.

<sup>29</sup> Cfr. PIRAINO A., *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*.

<sup>30</sup> Cfr. DE MARTIN G.C., *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle Autonomie territoriali*, in *Rivista AIC*, 3, 2019.

<sup>31</sup> Cfr. PIRAINO A., *Ancora sul regionalismo differenziato: il ruolo del Parlamento e unità e indivisibilità della Repubblica*.



pluralistiche<sup>32</sup>», in cui «cioè il centro è il punto di sintesi in quanto garante delle funzioni indivisibili del sistema e delle sua unitarietà»<sup>33</sup>, compito che può essere adempiuto proprio dal Parlamento, per «la posizione esclusiva che occupa nell'organizzazione costituzionale<sup>34</sup>» e per il suo essere «il miglior garante dell'equilibrio fra unità e autonomia imposto dall'art. 5 in cui la differenziazione regionale deve trovare il suo posto» e «degli interessi nazionali, intesi come compositi e non come escludenti di quelli regionali e locali<sup>35</sup>».

La centralità del Parlamento è da ritenersi, ove ne fosse bisogno, ancor più di valore in quanto l'attivazione della clausola di differenziazione sarebbe da considerarsi come una deroga al riparto delle competenze e comporterebbe un vero e proprio «mutamento ontologico dello status di una o più Regioni con tutte le ricadute che ne derivano in riferimento alla necessità di garantire la salvaguardia dell'unità nazionale<sup>36</sup>».

È necessario quindi riequilibrare il ruolo di rappresentanza parlamentare, messo in discussione da un forte ruolo degli esecutivi riscontrato nel procedimento di autonomia differenziata, ricorrendo all'utilizzo di «strumenti innovativi di intervento, in specie di quegli strumenti di controllo “a valle” del processo deliberativo tesi a controbilanciare la perdita di centralità parlamentare rispetto alla funzione legislativa<sup>37</sup>».

Dalla presentazione delle diverse proposte di legge è emersa la volontà parlamentare di restituire centralità al Parlamento.

Tra i diversi interventi al vaglio delle Camere, si è visto come l'orientamento sia di prevedere una legge attuativa di quanto previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost., attraverso cui individuare i principali aspetti relativi alla negoziazione e inoltre, disporre un intervento delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che permetterebbe una «migliore contestualizzazione della differenziazione all'interno di un sistema territoriale ispirato dai principi dell'unità<sup>38</sup>».

È importante osservare che «il preventivo coinvolgimento delle Camere permette di anticipare e sdrammatizzare la possibile contrapposizione tra Camere, Governo e Regione, lasciando per un verso, alle trattative degli esecutivi margine sufficiente per recepire le indicazioni parlamentari e consentendo, per un altro, alle Camere di verificare se e come l'intesa tenga conto delle indicazioni provenienti dalle assemblee legislative e deliberando di conseguenza<sup>39</sup>».

Quanto sopra osservato non permetterebbe di assicurare una “riparlamentarizzazione” del processo di differenziazione, in quanto le ipotesi appena descritte attribuiscono alle Camere gli strumenti di tipo principalmente politico per orientare le scelte del Governo, in quanto i pareri espressi dalle Commissioni competenti per materia non sono vincolanti riguardo alle intese sottoscritte.

In un'ottica prospettica, dunque, si potrebbe puntare a un ribilanciamento del ruolo del Parlamento nel procedimento di autonomia differenziata attribuendo ai pareri delle Commissioni

<sup>32</sup> RODOMONTE M.G., *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, 11 gennaio 2020.

<sup>33</sup> Cfr. TRABUCCO D., *Referendum consultivo e regionalismo differenziato: verso un regime di semi-specialità?*, 2019.

<sup>34</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 12 aprile 2002, n. 106.

<sup>35</sup> OLIVETTI M., *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*.

<sup>36</sup> MANCINI M., *La via veneta al regionalismo “differenziato”, tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale), profili procedurali*.

<sup>37</sup> RODOMONTE M.G., *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, 11 gennaio 2020.

<sup>38</sup> Cfr. BIFULCO R., *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC.it*, 4, 2019.

<sup>39</sup> Cfr. BIFULCO R., *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC.it*, 4, 2019.



natura vincolante. Essi potrebbero, quindi, condizionare l'operato del Governo attraverso linee guida che inciderebbero sugli obiettivi da raggiungere, prima con le intese e poi con la legge rinforzata. Il Governo sarebbe quindi tenuto a conseguire un risultato che sia in linea con il dettato parlamentare, con la conseguente generale rivalorizzazione e coinvolgimento delle sedi di rappresentanza politica.

Parlamento, Governo e Regioni interessate presentano l'esigenza di fondare tutto il processo di differenziazione su una leale collaborazione ricorrendo agli strumenti descritti, utili a ridurre in modo considerevole gli effetti negativi riscontrati nei tentativi di attuazione dell'articolo 116, terzo comma, Cost. avviati dalle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna nel 2018.

Il ricorso a politiche regionaliste è da considerarsi forse un'occasione da cogliere «per riorganizzare l'ordinamento nazionale e renderlo in questo modo competitivo nel processo di integrazione europea e nell'internazionalizzazione dei mercati», con la conseguenza che «la richiesta di maggiore autonomia da parte di alcune Regioni non è da considerare solo un escamotage per avere servizi e politiche pubbliche che siano in grado di soddisfare le legittime aspettative delle loro comunità, ma anche un modo per acquisire un maggiore potenzialità in quella che ormai non è più una competizione nazionale ma europea e per qualche aspetto addirittura globale<sup>40</sup>».

L'obiettivo principale dello Stato nel processo di differenziazione può essere infatti rinvenibile nel perseguimento di un maggior equilibrio territoriale, attraverso una maggior collaborazione con le Regioni e una forte intensificazione di interventi di perequazione territoriale nonché una stimolazione della crescita economica delle Regioni.

È possibile affermare in conclusione che «non solo è possibile mantenere un'unità sostanziale dell'ordinamento della Repubblica promuovendo le autonomie territoriali, ma sarebbe possibile assicurare una crescita economica e sociale di tutto il Paese, consentendo alle Regioni del nord di realizzare in autonomia passi in avanti in termini di crescita e di competitività e alle Regioni del sud di uscire dalla condizione di aree meno favorite. Un regionalismo differenziato, infatti, comporta una maggiore responsabilità da parte di tutti i soggetti politici della Repubblica<sup>41</sup>»

L'autonomia differenziata è da considerarsi come a una significativa opportunità attraverso cui si inseriscono innovativi elementi di dinamismo nell'intero sistema delle autonomie ordinarie. Essa potrà considerarsi un'occasione per favorire la valorizzazione delle identità regionali e il presupposto per migliorare l'efficienza del sistema istituzionale nel suo complesso grazie all'adozione di scelte più conformi alle esigenze della collettività locale.

<sup>40</sup> PIRAINO A., *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, 17 aprile 2019.

<sup>41</sup> MANGIAMELI S., *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*.



**NOTA A CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 26/9/2023 N. 8542**di **Fatima D'ABRONZO\*****ABSTRACT**

*Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse da una giurisprudenza pregressa e consolidata anche di matrice europea, identifica gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici. Afferma il Consiglio di Stato che per poter parlare di organismo di diritto pubblico devono sussistere tre condizioni: deve trattarsi, in particolare, di un soggetto 1) dotato di personalità giuridica/soggettività giuridica; 2) sottoposto ad influenza pubblica dominante; 3) istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Si tratta di una tipologia di amministrazione fondata su parametri oggettivi, ossia sulla tipologia delle attività esercitate e sulla natura delle stesse. Enuncia, altresì, parallelamente, il principio in base al quale i requisiti in questione non sono tra loro alternativi, ma devono essere posseduti cumulativamente e sono valutati dal giudice caso per caso, in quanto l'elenco degli organismi di diritto pubblico - di cui all'allegato IV del Codice dei contratti pubblici - non ha carattere tassativo ma solo esemplificativo.*

**SOMMARIO**

<b>1. Premessa .....</b>	<b>147</b>
<b>2. I fatti di causa.....</b>	<b>147</b>
<b>3. Le argomentazioni del consiglio di stato sui presupposti che devono sussistere per la configurazione di un organismo di diritto pubblico, con particolare riguardo al requisito teleologico .....</b>	<b>148</b>

**4. Considerazioni finali..... 149****1. PREMESSA**

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, prendendo le mosse da una giurisprudenza pregressa e consolidata anche di matrice europea, identifica gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici.

Afferma il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, che per poter parlare di organismo di diritto pubblico devono sussistere tre condizioni: deve trattarsi, in particolare, di un soggetto 1) dotato di personalità giuridica/soggettività giuridica; 2) sottoposto ad influenza pubblica dominante; 3) istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Si tratta di una tipologia di amministrazione fondata su parametri oggettivi, ossia sulla tipologia delle attività esercitate e sulla natura delle stesse. Enuncia, altresì, parallelamente, il principio in base al quale i requisiti in questione non sono tra loro alternativi, ma devono essere posseduti cumulativamente e sono valutati dal giudice caso per caso, in quanto l'elenco degli organismi di diritto pubblico - di cui all'allegato IV del Codice dei contratti pubblici - non ha carattere tassativo ma solo esemplificativo.

**2. I FATTI DI CAUSA**

Risulta utile ai fini della comprensione del principio espresso nella sentenza in commento

\* Dottore di ricerca in diritto comune patrimoniale - funzionario amministrativo della giustizia amministrativa.



soffermarsi sui quali sono i fatti di causa che hanno rappresentato la base delle argomentazioni elaborate. Nel caso di specie, la società Casinò di Venezia Gioco S.p.A. aveva invitato la Cooperativa Iniziative Venete e altre imprese alla procedura per l'affidamento dei servizi di pulizia e prestazioni connesse, dichiarando nella lettera d'invito di "non essere amministrazione aggiudicatrice o altro soggetto aggiudicatore ai sensi del Codice dei Contratti (D.Lgs. 50/2016)" e precisando che la procedura di selezione rientrava nella propria libertà contrattuale e autonomia privata, trovando applicazione la disciplina del diritto privato.

Con ricorso al TAR Veneto la Società Cooperativa Iniziative Venete ha impugnato tutti gli atti della procedura svolta dal Casinò di Venezia chiedendo l'annullamento. Il TAR, con sentenza 1528/2022, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione. La sentenza è stata impugnata dalla Società Cooperativa Iniziative Venete, sulla base dei seguenti argomenti: a) la natura della società Casinò di Venezia S.p.A. e la sussistenza dei presupposti per la configurazione di un organismo di diritto pubblico; b) il conseguente obbligo del rispetto della disciplina comunitaria e nazionale sulla concorrenza, ivi compreso il codice dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato con la sentenza del 26/9/2023 n. 8542 rigetta l'appello, sostenendo che la società Casinò di Venezia Gioco S.p.a non costituisce un organismo di diritto pubblico in quanto opera sul mercato come un soggetto di diritto privato, svolgendo un'attività eminentemente imprenditoriale, esercitabile da qualsiasi società di diritto privato entro i limiti della normativa speciale applicabile alle case da gioco.

### **3. LE ARGOMENTAZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO SUI PRESUPPOSTI CHE DEVONO SUSSISTERE PER LA**

### **CONFIGURAZIONE DI UN ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL REQUISITO TELEOLOGICO**

Ai fini della disamina della sentenza in commento giova ripercorrere brevemente i dati normativi e giurisprudenziali a nostra disposizione sulla definizione di organismo di diritto pubblico. La nozione di organismo di diritto pubblico è di derivazione comunitaria ed è stata codificata prima dall'art. 3, lett d), del dlgs 50/2016, ed attualmente dall'allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. e).

Secondo tale ultima disposizione si intende per organismo di diritto pubblico qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria:

dotato di capacità giuridica;

istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di una attività priva di carattere industriale o commerciale;

la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

La figura nasce per individuare i soggetti tenuti all'obbligo di espletare una procedura di evidenza pubblica, al fine di reperire beni o servizi sul mercato. È quindi una nozione che opera solo nell'ambito delle commesse pubbliche, secondo una definizione funzionale e cangiante di pubblica amministrazione. L'obbligo di evidenza pubblica risponde all'esigenza di tutela delle somme erariali, il cui utilizzo deve essere giustificato ai consociati e



deve rispondere a logiche di efficienza ed economicità (migliore contraente/qualità al minor prezzo).

Secondo la Commissione europea, la ratio dell'istituto è quella di evitare il rischio che "un ente finanziato con risorse pubbliche o controllato dallo Stato si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche." Ulteriore ratio è quella di evitare il rischio che, in una procedura di evidenza pubblica, i candidati nazionali siano preferiti a quelli esteri.

Dati tali presupposti sopra elencati, occorre esaminare come essi siano stati intesi dal diritto vivente.

La giurisprudenza nazionale ha optato per un'interpretazione estensiva, ed ha altresì chiarito che essi debbano sussistere cumulativamente.

In particolare ha precisato che:

- la personalità giuridica può essere intesa anche come soggettività giuridica e, a tal fine, è indifferente se questa sia di diritto pubblico o di diritto privato;

- il requisito teleologico - consistente nel "soddisfare specificamente bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale né commerciale" - non richiede la prevalenza o la esclusività del perseguimento del fine di interesse generale, potendo l'organismo di diritto pubblico esercitare in parte anche attività di natura privatistica;

- l'influenza pubblica dominante è requisito che può essere integrato, alternativamente: a) dal finanziamento pubblico maggioritario; b) dal controllo pubblico nella *governance* dell'ente;

- dal potere di nomina dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza.

Con riferimento alla società Casinò di Venezia Gioco S.p.A., la tesi che sposa il Consiglio di Stato nella sentenza in commento esclude la natura giuridica di organismo di diritto pubblico, alla luce delle seguenti considerazioni:

a) la stessa Commissione dell'Unione Europea ha affermato che l'attività esercitata dal Casinò di Venezia è "una attività commerciale, sottoposta al libero gioco della concorrenza e quindi rientrando nel campo dell'art. 87 del Trattato ...omissis ... non può essere definita come attività di servizio di interesse economico e generale non avendo le autorità pubbliche imposto obblighi di servizi pubblici di interesse generale per l'attività in questione" (Commissione delle Comunità Europee, decisione 25 novembre 1999, n. 334);

b) il rilievo, secondo cui l'attività di Casinò di Venezia sarebbe stata in perdita negli ultimi anni, non esclude il carattere imprenditoriale della stessa, trattandosi in ogni caso di un'attività economica idonea, da un punto di vista oggettivo, a generare utili;

c) la decisione del Comune di ripianare le perdite subite da Casinò di Venezia negli ultimi anni deriverebbe da valutazioni discrezionali contingenti - al pari di quelle compiute da un socio privato - e non costituisce elemento idoneo a determinare una diversa allocazione del rischio di gestione del servizio.

#### **4. CONSIDERAZIONI FINALI**

A parere di chi scrive, pur nella consapevolezza che la sentenza in commento trova supporto in un granitico orientamento giurisprudenziale<sup>1</sup>, non si

---

<sup>1</sup> Precedenti conformi: sulle condizioni necessarie affinché un soggetto possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico: *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031 (che si è pronunciato anche sulla natura della società Aeroporti di Roma, negando che la stessa potesse qualificarsi organismo diritto pubblico); Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2021,

n. 5348 (che si è pronunciato anche sulla natura della F.I.G.C., negando che la stessa potesse qualificarsi organismo di diritto pubblico). Precedenti conformi: sulla natura dell'attività esercitata dalla società Casinò Venezia: Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 286. In generale, sulla gestione di una casa da gioco da parte di un comune e sulla non ravvisabilità né di



può negare che il caso specifico sottoposto all'esame del Consiglio di Stato sia suscettibile di un possibile diverso inquadramento giuridico.

Difatti, la società Casinò di Venezia S.p.A. ad un esame personale sembrerebbe integrare tutti e tre i requisiti richiesti dalla normativa per qualificarsi come organismo di diritto pubblico.

Infatti, con riguardo al primo requisito, la predetta società è dotata di soggettività giuridica di diritto privato (rivestendo forma di società di capitali), e ciò vale ad integrare il requisito di cui al numero 1 dell'art 1 comma 1 lett. E) dell'allegato al codice dei contratti pubblici.

La veste privatistica non è infatti ostativa ad una qualificazione di un ente come PA, alla luce della nozione cangiante di pubblica amministrazione, accolta dalla giurisprudenza comunitaria, secondo una lettura sostanzialista.

In ordine al requisito della influenza pubblica dominante, non può revocarsi in dubbio che lo stesso sia integrato dal controllo pubblico totalitario del Comune di Venezia, più che maggioritario nella *governance* della società, visto che la Casinò di Venezia gioco S.p.A. è partecipata interamente (al 100 per cento) da CMV S.p.A., società *in house* del Comune di Venezia, la quale a sua volta è partecipata al 100% dal Comune di Venezia, come emerge dalla compagine societaria emersa dall'estratto di una visura storica.

Ancora, concorre ad integrare il predetto requisito il finanziamento pubblico della società Casinò Venezia da parte del Comune di Venezia, tramite la CMV S.p.A., cui è affidata la gestione.

Il Comune è intervenuto ripetutamente con operazioni di ricapitalizzazioni indirette a ripianare le perdite della società. Non si tratta invero di un finanziamento o contributo una tantum erogato

con risorse pubbliche, ma un intervento dell'ente pubblico sistematico che ripiana le perdite, in modo da modificare la allocazione del rischio di impresa, trasferendolo dalla società all'ente pubblico. Il ripianamento delle perdite con finanziamenti statali è idoneo a modificare la allocazione del rischio di gestione, trasferendolo dalla impresa in capo all'ente pubblico gestore (Comune di Venezia per il tramite di CMV S.p.A.).

Quanto, infine, al requisito teleologico, si osserva come lo stesso richieda il perseguimento di fini di interesse pubblico, anche se non necessariamente in via prevalente o esclusiva.

Non si ignora che la tesi prevalente, accolta dal Consiglio di Stato, nega nel caso di specie la sussistenza del requisito teologico non ravvisando nell'attività svolta dal Casinò un perseguimento di un pubblico interesse, sulla base che l'attività di gioco d'azzardo sia considerata un'attività commerciale, sottoposta al libero gioco della concorrenza, con finalità lucrative.

Corre l'obbligo osservare, tuttavia, a parere di chi scrive, che proprio la non trascurabile circostanza che l'attività svolta dalla società Casinò di Venezia Gioco S.p.A. sia "autorizzata" sia di per sé dimostrativa della sussistenza di un interesse pubblico perseguito.

Più precisamente, si rammenta che l'area di rilevanza penale delle fattispecie sul gioco d'azzardo è limitata dalla esistenza di un complesso di disposizioni che autorizza il gioco d'azzardo in determinati luoghi e a determinate condizioni (appunto, i Casinò). Si tratta di appositi provvedimenti emanati per sopperire a specifiche esigenze turistiche ed economiche locali, tramite i quali è stata attribuita al Ministro dell'Interno la facoltà di autorizzare, anche in deroga alle leggi vigenti, alcuni Comuni

---

un esercizio di una pubblica funzione, né di una prestazione di un pubblico servizio, Cass. pen., sez. un., 23 novembre 1985, n. 45.



ad adottare tutte le azioni necessarie per addivenire all'assestamento del proprio bilancio e alla esecuzione delle opere pubbliche indilazionabili; facoltà in esercizio della quale è stata autorizzata l'apertura di case da gioco.

Il predetto requisito nel caso di specie è pertanto ravvisabile e integrato non dalla finalità di gioco in sé e per sé, bensì da ulteriori esigenze rispondenti ai bisogni della collettività. Quest'ultimi sono da individuarsi nella valorizzazione del territorio e perseguimento di finalità turistiche, nonché dal rilancio della economia locale, le quali peraltro giustificano la deroga al divieto generale del gioco di azzardo di cui all'art 718 c.p. e l'inserimento del Casinò di Venezia nel circuito del gioco autorizzato.

Nel caso di specie, peraltro, non può negarsi che il flusso finanziario proveniente dal Comune è invero funzionale e strumentale non a conservare l'attività di impresa ma a sostenere il Casinò quale strumento di valorizzazione del territorio, anche in considerazione della rilevanza storico-artistico della sede storica, in cui è allocato il Casinò, attraendo l'interesse dei visitatori/turisti.

Non deve essere trascurato altresì l'interesse (certamente riferibile alla collettività) affinché la struttura in cui storicamente è ubicato il Casinò di Venezia - ovvero la sede sul Canal Grande, "Ca' Vendramin Calergi" - resti a ciò dedicata. Viene in rilievo, nel caso di specie, l'asservimento dell'attività di impresa, svolta in ambito di gioco d'azzardo, alla soddisfazione del desiderio della collettività (sebbene locale), a che quell'immobile, tradizionalmente preposto a quella specifica attività, resti tale.

Del resto è stata la indubbia valenza per la collettività della ubicazione del Casinò di Venezia presso la sede storica sul Canal Grande che ha indotto l'amministrazione comunale a finanziare, più volte, la società pubblica de qua e a ripianarne le continue perdite.

Concludendo, dall'esame dei fatti sembrerebbe, a parere di chi scrive, che ci troviamo di fronte a due possibili scenari: o l'ente locale che si accolla il sostegno del Casinò per evitare il fallimento utilizza le risorse dei contribuenti, avventurandosi in una operazione del tutto illogica ed artatamente elusiva per i conti pubblici, che subiscono certamente perdite; oppure, tale attività di investimento di denaro pubblico è strumentale, non tanto a conservare l'attività imprenditoriale in sé, ma a sostenere il Casinò quale strumento di valorizzazione del territorio e del turismo, favorendo lo svolgimento di funzioni e attività diverse da quelle del mero gioco d'azzardo, consentendo che nel Casinò si attragga l'interesse storico vivo nell'immaginario dei visitatori.



## EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE TRA GIUDICATO E RIEDIZIONE DEL POTERE DISCREZIONALE

di Nicola CHIRIVÌ\*

### ABSTRACT

*L'effettività della tutela giurisdizionale si erge a principio generale del nostro ordinamento giuridico. Il sostrato di civiltà che caratterizza una società fondata su tale principio non consente di ritenere che lo stesso sia per certi versi rinunciabile in nome della garanzia di altre esigenze. Tuttavia, il potere della pubblica amministrazione, in particolare nel suo essere potenzialmente inesauribile, pone una serie di ostacoli rispetto alla possibilità di godere di una tutela effettiva. Sono dunque plurimi gli spunti di riflessione, a partire dalla nuova considerazione del potere, che sembra in parte perdere quel connotato di inesauribilità alla luce delle più recenti riforme e interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali. La tenuta dell'effettività della tutela deve essere verificata alla luce del rapporto tra la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, il suo effetto conformativo e il residuale potere discrezionale in capo all'amministrazione.*

### SOMMARIO

<b>1</b>	<b>Introduzione .....</b>	<b>152</b>
<b>2</b>	<b>Gli effetti della sentenza di annullamento. L'effetto conformativo tra interessi oppositivi e pretensivi</b>	<b>153</b>
<b>3</b>	<b>Riedizione del potere a seguito della pronuncia di annullamento del provvedimento di diniego .....</b>	<b>154</b>
<b>3.1</b>	<b>Le teorie del one shot secco e del one shot temperato .....</b>	<b>155</b>

<b>3.2</b>	<b>I principi espressi dall'adunanza plenaria .....</b>	<b>158</b>
<b>4</b>	<b>Rilievi critici e questioni irrisolte .</b>	<b>160</b>

### 1. INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di indagare circa il grado di effettività della tutela che la giustizia amministrativa può offrire al privato cittadino. L'analisi condotta avrà come fulcro della questione il rapporto tra la sentenza di annullamento del giudice amministrativo e il nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, nel caso in cui la riedizione del potere sia necessaria per il soddisfacimento dell'istanza del privato.

Nello specifico, è opportuno domandarsi quale margine di discrezionalità residui in capo all'amministrazione dopo la pronuncia di annullamento del provvedimento illegittimo e, dunque, fino a che punto possa incidere l'effetto conformativo sull'attività amministrativa (ancora) discrezionale. Per riuscire nell'intento, sarà necessario considerare la diversa rilevanza assunta dalla posizione del privato nei confronti del provvedimento impugnato, a seconda che si tratti di posizione di interesse legittimo oppositivo o pretensivo. L'azione di annullamento ha da sempre rappresentato, nel panorama della giustizia amministrativa, lo strumento più pregnante per ottenere tutela nei confronti di un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. Lo era in passato, quando il processo amministrativo era incentrato sull'atto, ma lo è ancora

\* Studente iscritto al quinto anno del Corso di laurea in Giurisprudenza presso l'Università del Salento.





oggi, sebbene il giudizio sia ormai orientato al rapporto intersoggettivo. Assume rilevanza centrale comprendere quale sia la portata degli effetti di una sentenza di annullamento, con particolare attenzione proprio all'effetto conformativo nel suo rapporto con il potere residuale dell'amministrazione.

Il grado di effettività della tutela che può riconoscersi ai privati dipende dalla risposta che si intende offrire al precedente quesito. Utile a tal proposito risulta essere l'esame delle tesi susseguites in dottrina e in giurisprudenza che hanno mantenuto vivo il dibattito, il quale risulta ancora oggi privo di soluzione.

## **2. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO. L'EFFETTO CONFORMATIVO TRA INTERESSI OPPOSITIVI E PRETENSIVI**

La dottrina ha categorizzato gli effetti della sentenza di annullamento. La sistematica proposta da alcuni autori<sup>1</sup> ha trovato ampio seguito nella giurisprudenza e risulta essere caratterizzata da tre diverse tipologie di effetti, tra loro interconnesse.

Il primo effetto prodotto dalla pronuncia di annullamento del giudice amministrativo è l'effetto eliminatorio. L'esito naturale della sentenza è la rimozione del provvedimento illegittimo impugnato dalla realtà giuridica, impendendo che lo stesso possa continuare a produrre effetti. L'azione di annullamento ha natura costitutiva, tanto che il giudice innova l'ordinamento giuridico attraverso l'eliminazione dell'atto impugnato. La sentenza opera con efficacia *ex tunc*, dunque non solo rimuove il

titolo dal quale deriva un certo assetto di interessi, il provvedimento, ma anche travolge tutti gli effetti che il provvedimento illegittimo ha prodotto fin dall'origine. In questo si sostanzia l'effetto ripristinatorio, il quale impone all'amministrazione di ristabilire lo status *quo ante*, anche attraverso attività materiali.

Ultimo e più problematico effetto della sentenza di annullamento è l'effetto conformativo. L'accertamento del giudice circa i vizi del provvedimento impugnato pone un vincolo nei confronti dell'amministrazione. Questa deve prendere atto della rimozione di quel provvedimento dalla realtà giuridica, ma ancor di più, qualora sia chiamata o ritenga di emanare un nuovo provvedimento, questo dovrà essere esente dai medesimi vizi già accertati nella precedente pronuncia. Con la sentenza il giudice enuclea una regola di diritto che restringe l'ambito di operatività dell'amministrazione in seno al nuovo e successivo esercizio del potere.

Ora, è necessario considerare quale sia la portata dell'effetto conformativo rispetto alla posizione giuridica soggettiva fatta valere dal privato. Quando l'interesse legittimo ha natura oppositiva, l'annullamento del provvedimento risulta essere già pienamente soddisfacente per il privato<sup>2</sup>. La sua istanza di tutela è soddisfatta attraverso l'eliminazione con efficacia *ex tunc* del provvedimento lesivo. Con riferimento a un decreto di esproprio, l'annullamento dello stesso soddisfa pienamente l'istanza del privato, il quale conserverà la proprietà del bene. Nell'esempio proposto, il privato non ha alcun interesse a un nuovo esercizio del potere da parte dell'amministrazione: egli risulta tutelato, pienamente, dagli effetti della sentenza<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Tra questi, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, pp. 383 e ss.

<sup>2</sup> Quando il privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo, la sua pretesa è relativa alla eliminazione del provvedimento impugnato. La sentenza di annullamento produce di

per sé un effetto favorevole per il ricorrente, pienamente soddisfacente. Dunque, egli non ha interesse a un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

<sup>3</sup> Si parla a tal proposito di sentenze auto-esecutive. Così C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*



Queste considerazioni non possono essere condivise se l'interesse fatto valere abbia natura pretenensiva. Nel caso di specie, è il privato a sollecitare l'esercizio del potere, in quanto aspira a un bene della vita specifico. L'ampliamento della sua sfera giuridica dipende necessariamente dall'intermediazione del potere amministrativo. L'eventuale annullamento del provvedimento di diniego in sede giurisdizionale potrebbe non essere pienamente satisfattivo per il privato, a differenza di quanto esposto con riferimento all'interesse oppositivo. Una volta accolta la domanda di annullamento, la sfera giuridica del ricorrente comunque non risulterà ampliata, ma sarà necessaria la riedizione del potere amministrativo. L'effetto conformativo di quella pronuncia giudiziale incide sulla successiva attività dell'amministrazione impendendo che la stessa possa adottare un nuovo provvedimento di diniego che presenti i medesimi vizi già censurati in giudizio.

La portata dell'effetto conformativo, che come detto vincola il soggetto pubblico al rispetto della regola di diritto enucleata dal giudice, non impedisce che possa essere emanato un nuovo provvedimento di diniego, emendato dai vizi precedentemente accertati. Anzi, la riedizione del potere è indispensabile perché il privato possa trovare soddisfazione del suo interesse, quando il potere è discrezionale e tale discrezionalità non si sia esaurita in seguito alla pronuncia di annullamento del giudice. In questo contesto, per la natura dell'interesse fatto valere in giudizio, come detto pretenensivo, la sentenza di annullamento non assicura al privato il bene della vita cui egli aspira in quanto sarà necessario che sia l'amministrazione, attraverso l'esercizio del residuale potere discrezionale, ad attribuirgli tale bene.

È nettamente diversa la rilevanza dell'effetto conformativo rispetto allo specifico interesse vantato dal privato. È proprio nei confronti dell'interesse pretenensivo che deve indagarsi per comprendere quale sia il grado di effettività della tutela che il giudice può offrire. Per farlo, sarà opportuno comprendere quando possa dirsi esaurita la discrezionalità in seguito alla pronuncia giudiziale, tale da risultare l'attività amministrativa vincolata.

### **3. RIEDIZIONE DEL POTERE A SEGUITO DELLA PRONUNCIA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO**

L'interesse pretenensivo si caratterizza per porre il privato in una situazione di dipendenza rispetto all'amministrazione. L'esercizio del potere in maniera conforme all'istanza del privato è indispensabile per ottenere l'ampliamento della propria sfera giuridica.

Una volta accertato il vizio di legittimità del provvedimento di diniego in sede giurisdizionale, l'amministrazione è chiamata ad esercitare nuovamente il suo potere quando il privato sia titolare di un interesse pretenensivo. Questa situazione espone il privato al rischio di subire un nuovo diniego, motivato dall'amministrazione in modo da non ripetere gli stessi vizi già oggetto di censura, adducendo fatti e ragioni nuove.

Si apre, quindi, la questione dell'effettività della tutela, alla luce dei limiti entro i quali può dirsi che l'amministrazione conservi il proprio potere discrezionale anche a seguito di uno o più giudizi in cui il giudice abbia censurato quei provvedimenti di diniego. Il principio di effettività della tutela

---

*amministrativa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 615. Per un ulteriore approfondimento sulla fattispecie di sentenze auto-esecutive, cfr. Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 8.



giurisdizionale è sancito all'art. 1 del Codice del Processo Amministrativo, il quale afferma che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva alla luce dei principi costituzionali e del diritto europeo. All'art. 24 della Costituzione è garantito il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi. L'Assemblea Costituente ha voluto che la garanzia costituzionale del diritto d'azione comprendesse non solo i diritti soggettivi, ma anche gli interessi legittimi. Alla stessa norma costituzionale è ricondotto il carattere dell'effettività della tutela giurisdizionale, motivo per il quale il principio che ivi si ricava deve essere inteso come linea guida per l'interpretazione degli istituti di giustizia amministrativa<sup>4</sup>.

L'effettività della tutela giurisdizionale può essere definita come la capacità del processo di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente<sup>5</sup>. Il principio in parola potrebbe essere frustrato se a seguito di un giudizio di annullamento di un provvedimento di diniego risultasse uno spazio di attività amministrativa eccessivamente ampio. In assenza di uno specifico limite, l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, potrebbe adottare nuovi atti di diniego un numero indefinito di volte. È evidente che l'alternanza tra provvedimenti di diniego e pronunce di annullamento, senza l'individuazione di un momento conclusivo di questa catena, impedisce al privato di trovare soddisfazione del suo interesse.

Se nella prospettiva del privato l'effettività della tutela deve essere garantita, dal punto di vista dell'amministrazione il suo potere è tendenzialmente inesauribile<sup>6</sup> e in nessun caso il giudice può

pronunciarsi in relazione a poteri che l'amministrazione non ha ancora esercitato, secondo quanto stabilito all'art. 34, comma 2 del Codice del Processo Amministrativo. Tale ultima affermazione richiama il principio di separazione dei poteri, a nome del quale è precluso al giudice sostituirsi all'amministrazione, se non nelle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore.

Ad ogni modo, è evidente lo scontro tra le due diverse esigenze: da un lato quella di garantire effettività e pienezza della tutela giurisdizionale; dall'altro quella di evitare che, in nome del soddisfacimento dell'esigenza precedente, il giudice possa farsi amministratore, sostituendosi all'amministrazione e mettendo a repentaglio l'osservanza del principio di separazione dei poteri. Risulta quindi opportuno temperare le due esigenze, bilanciando gli interessi che a queste sono sottesi. Ai nostri fini, è utile analizzare le principali tesi elaborate dalla dottrina e le principali linee interpretative seguite dalla giurisprudenza.

### **3.1 LE TEORIE DEL ONE SHOT SECCO E DEL ONE SHOT TEMPERATO**

L'obiettivo perseguito dalla dottrina nell'elaborazione delle teorie in esame consiste nell'ampliamento della cognizione del giudice amministrativo a tutti i presupposti di fatto e di diritto strumentali all'esercizio del potere amministrativo. Da tale ampliamento conseguirebbe l'estensione dell'oggetto del processo al potere, anche discrezionale, nella sua interezza, tale da consentire un sindacato più incisivo da parte del giudice nei confronti dell'attività amministrativa.

<sup>4</sup> Per un approfondimento sulla lettura costituzionalmente orientata degli istituti di giustizia amministrativa, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 14<sup>a</sup> edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2021, pp. 91 e ss.

<sup>5</sup> In proposito, E. MICHETTI, *Lo schema conformativo ed il futuro della giurimetria*, *Gazzetta Amministrativa Editore*, p. 39.

<sup>6</sup> Sulla tendenziale inesauribilità del potere amministrativo, cfr. E. LIBERALI, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni*, *Il diritto amministrativo*.



In prima battuta, la teoria che si intende richiamare in questa sede è quella del c.d. *one shot* (secco, non temperato). Secondo tale tesi, nei procedimenti a istanza di parte, rispetto ai quali è configurabile un interesse pretensivo dell'istante, l'amministrazione sarebbe tenuta a esteriorizzare tutte le ragioni di fatto e di diritto che precludono l'accoglimento dell'istanza del privato e, quindi, il rilascio del provvedimento da questi richiesto<sup>7</sup>. Così procedendo, l'amministrazione vincola il proprio agire attraverso tali esternazioni, consumando ogni margine di discrezionalità in un'unica occasione. Secondo i fautori di questa tesi, tale assunto parrebbe trovare ragione nel disposto dell'art. 10 *bis* della L. n. 241/1990, concernente l'istituto del preavviso di diniego. Dopo il primo diniego, cui consegue una eventuale sentenza di annullamento del relativo provvedimento, l'amministrazione non potrebbe rinnovare il diniego su presupposti diversi da quelli già esternati nel primo procedimento, ciò in quanto la discrezionalità sarebbe ormai del tutto consumata. L'evidente intenzione è quella di impedire all'amministrazione di negare al privato la soddisfazione del suo interesse pretensivo attraverso motivazioni di volta in volta differenti, a seguito della pronuncia di annullamento del precedente provvedimento di diniego.

La tesi del c.d. *one shot* secco non è esente da rilievi critici che è opportuno passare in rassegna in questa sede.

In primo luogo, l'ambito di applicazione dell'art. 10 *bis* della L. n. 241/1990 è limitato alle sole ipotesi di procedimento ad istanza di parte, con esclusione, ad esempio, delle procedure concorsuali. Inoltre, all'art. 2, comma 1 della L. n. 241/1990 è sancito che l'amministrazione

conclude il procedimento con un provvedimento in forma semplificata nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. In questa circostanza, l'amministrazione non sarebbe neppure tenuta a manifestare le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza del privato.

Per evitare che l'amministrazione possa provvedere sempre in senso negativo per un numero indefinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale del suo provvedimento di diniego, già a partire dagli anni Novanta fu elaborata la tesi giurisprudenziale del c.d. *one shot* temperato. Se la tesi precedente assumeva come fondamento alcuni istituti del procedimento amministrativo, quella in parola pone in risalto profili di natura processuale. Nello specifico, l'amministrazione, successivamente ad un giudicato di annullamento di un proprio atto, nel caso di prima riedizione del potere è chiamata a esaminare la questione nella sua interezza. A tal fine, le sarebbe richiesto di sollevare tutte le questioni che ritenga rilevanti, precludendo la possibilità che la stessa possa in futuro, e in particolare a seguito di un ulteriore annullamento in sede giurisdizionale, decidere nuovamente in senso sfavorevole per il privato in relazione a profili non esaminati, fatte salve eventuali sopravvenienze<sup>8</sup>.

A differenza del *one shot* secco, nella logica del *one shot* temperato la consumazione della discrezionalità avverrebbe non all'interno del procedimento stesso, ma in seno al secondo procedimento, avviato a seguito della prima pronuncia di annullamento del giudice. Sarebbe quindi fornita una seconda occasione all'amministrazione perché possa effettuare tutte le valutazioni discrezionali che consentano di motivare in ordine al nuovo diniego. Si

<sup>7</sup> In tal senso, M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 1 settembre 2022, p. 595.

<sup>8</sup> A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*,

in M. PROTTO (a cura di), *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, Dottrina e attualità giuridiche, Marzo 2020, pp. 721 e ss.



può apprezzare il tentativo di individuare un momento preciso in cui stabilizzare definitivamente il rapporto tra amministrazione e privato, evitando così che la pretesa sottesa all'interesse legittimo e il principio di effettività e pienezza della tutela non risultino frustrati dalla reiterazione di provvedimenti di diniego conseguenti alla pronuncia giudiziale.

Tuttavia, anche in questo caso non si può prescindere dall'esame dei rilievi critici cui si espone tale linea argomentativa. Non è possibile individuare un referente normativo che giustifichi la tesi secondo la quale la discrezionalità si consumerebbe in seno alla riedizione del potere a seguito del primo giudizio di annullamento. Anzi, rispetto alla presente tesi è sotteso un rischio che è opportuno evocare. Qualora l'amministrazione non abbia sollevato un profilo in ordine al quale sarebbe stato possibile precludere l'accoglimento dell'istanza, il privato, secondo le implicazioni del *one shot* temperato, potrebbe ottenere un titolo giuridico che consenta l'ampliamento della sua sfera giuridica senza però averne i presupposti. Si provocherebbe un disequilibrio a favore del privato che pregiudicherebbe gli interessi sostanziali sottesi alle norme di legge.

Seppur nobile il risultato cui tali teorie aspirano, i rilievi critici appena esposti appaiono difficilmente valicabili.

Tuttavia, la teoria del *one shot* secco fonda le proprie radici sull'interpretazione dell'art. 10 *bis*, il quale risulta parzialmente modificato dalla legge

dell'11 settembre del 2020, n. 120<sup>9</sup> (Decreto semplificazioni).

Il decreto in parola ha innovato l'istituto del preavviso di diniego fornendo una indubbia base legislativa alla teoria del *one shot* secco, con l'auspicio di porre fine a un sistema di giustizia amministrativa che, quantomeno entro i limiti dell'indagine che in questa sede si sta conducendo, difficilmente si pone in continuità con le esigenze sottese alla tutela del privato. Necessitando l'analisi dell'istituto di uno specifico approfondimento, ci si limita a evidenziare le novità che potrebbero condurre verso un potenziale superamento delle critiche da sempre ostative all'applicazione della teoria che qui si considera.

La nuova formulazione della norma vincola l'amministrazione nell'esercitare pienamente il proprio potere nella fase procedimentale, in quanto "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 ostatici già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato".

Il dato normativo sembra chiaro nell'imporre un obbligo – *rectius*, divieto sanzionato con una specifica preclusione – in capo al soggetto pubblico<sup>10</sup>, ovvero quello di far emergere motivi ostatici in sede giurisdizionale per la prima volta, attività che l'amministrazione avrebbe adeguatamente dovuto svolgere in sede di istruttoria procedimentale.

La nuova formulazione della norma sembra riecheggiare la base argomentativa della teoria del *one shot*<sup>11</sup>, anche alla luce dell'obiettivo di

<sup>9</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», che per comodità verrà indicato nel testo come "Decreto Semplificazioni".

<sup>10</sup> Dall'altro lato, però, sembra logico rinvenire nella nuova disposizione anche un accentuato onere del privato, il quale dovrà farsi carico dell'esigenza di far emergere tutti i motivi ostatici in sede procedimentale. Egli, "se vuole beneficiare dell'effetto preclusivo derivante dalla sentenza di annullamento in ordine al riesercizio

del potere, dovrà partecipare, così da far emergere tutti i motivi per il rilascio in suo favore del provvedimento, sui quali la p.a. non potrà più pronunciarsi in sede riesercizio del potere in senso negativo in quanto già emersi nell'istruttoria", come si sostiene in A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2023, pp. 29 e ss.

<sup>11</sup> Così M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.



valorizzare il procedimento e di ridurre a una sola impugnazione in sede giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale<sup>12</sup>. Ne giova certamente il privato, il quale potrà ottenere la definizione della vicenda a seguito di un solo, eventuale, giudicato.

Le possibili sopravvenienze, di fatto o di diritto, evidentemente esulano dalla preclusione in parola. Tuttavia, non può negarsi che il legislatore, indicando quale criterio sul quale si vuole fondare la consumazione del potere i “*motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria*”, consente di rinvenire nella norma un certo margine interpretativo, relativamente alla possibilità di considerare quali motivi ostativi solo quelli che siano concretamente emersi o anche quelli che avrebbero dovuto emergere in quanto noti all'amministrazione<sup>13</sup>.

Dunque, nonostante possa apparire ancora lontana una specifica soluzione al problema, certamente con la modifica legislativa di cui si è detto si sono accentuate le chance di arginare il potere amministrativo. In questo senso, sarà la giurisprudenza a fornire indicazioni più puntuali sull'applicazione dell'istituto del preavviso di diniego<sup>14</sup>, fin qui potendosi apprezzare lo sforzo legislativo di offrire maggior concretezza al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

### 3.2 I PRINCIPI ESPRESSI DALL'ADUNANZA PLENARIA

La questione del rapporto tra giudicato e riedizione del potere, che, come detto, incide

direttamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha impegnato direttamente anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. L'Adunanza si è espressa in varie occasioni sul tema di cui si discute, enucleando una serie di principi di diritto che risulta utile evidenziare.

Una delle pronunce utile ai nostri fini è la sentenza n. 2 del 2013. La questione rimessa all'esame dell'Adunanza ha ad oggetto l'annullamento di un giudizio negativo formulato nel contesto di un concorso universitario da una commissione e più volte reiterato, con diverse motivazioni. Ancora una volta si indaga circa la possibilità di individuare dei limiti alla riedizione del potere amministrativo a seguito di una o più pronunce giurisdizionali.

In primo luogo, nella sentenza viene statuito il principio secondo cui il giudicato non può vincolare rispetto a tutte quelle situazioni sopravvenute, se la riedizione del potere coinvolga situazioni nuove e non contemplate precedentemente<sup>15</sup>. Così argomentando, poteri non ancora esercitati rispetto a situazioni, come detto, sopravvenute non possono dirsi vincolati dal precedente giudicato. Inoltre, la pronuncia sembra sconfessare tutte quelle tesi secondo le quali la riedizione del potere sarebbe preclusa rispetto a fatti già oggetto di un precedente esercizio del potere e di un successivo giudicato.

Non sarebbe possibile individuare un parametro normativo fondante il limite alla riedizione del potere rispetto tanto a fatti sopravvenuti, quanto a fatti già in precedenza valutati dall'amministrazione. L'amministrazione, infatti, conserva un

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Così ancora M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., dove l'A. sostiene, in forza di una certa giurisprudenza che interpreta estensivamente la norma, che “*la preclusione impedirebbe all'amministrazione di addurre successivamente sia motivi ostativi noti ed esplicitati, sia motivi noti ma non esplicitati (...) che un'istruttoria incompleta e difettosa non ha fatto emergere*”. Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un*

*modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2021, p. 573.

<sup>14</sup> Varie sono le questioni afferenti all'istituto. Poste le basi per considerare la nuova disciplina alla stregua del fondamento legislativo della teoria del *one shot*, si consiglia la lettura di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a.*, cit., pp. 29 e ss.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 573.

<sup>15</sup> A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere*, cit., pp. 721 e ss.





certo margine di autonomia e la responsabilità derivante dall'attribuzione del potere da parte della legge che non consente di impedirle di adottare nuovi atti sfavorevoli per il privato, attraverso linee argomentative diverse rispetto a quelle precedenti.

La sentenza n. 2 del 2016 dell'Adunanza Plenaria sembra aver confermato l'orientamento appena esposto. In particolare, anche in questo caso viene stabilito che non è possibile riconoscere in assoluto un impedimento rispetto alla riedizione sfavorevole del potere. La coerenza con l'orientamento precedente risulta ancora dal richiamo di alcuni principi, quali quello della separazione dei poteri, dal quale si può ricavare l'esistenza di una riserva di potere in capo all'amministrazione, e il principio secondo il quale i casi in cui il giudice può pronunciarsi in luogo dell'amministrazione, sostituendosi a questa ed esaurendo definitivamente il potere, oltre ad essere tassativamente indicati dal legislatore hanno natura eccezionale.

Dalle pronunce fin qui considerate pare non emergere un esito confortante in ordine alla possibilità di corroborare le teorie precedentemente esposte.

Una ulteriore conferma dell'impossibilità di individuare un momento preciso in cui poter affermare che l'amministrazione abbia ormai consumato il proprio potere si evince dalla sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, n. 1321 del 2019.

La sentenza aveva ad oggetto l'impugnazione dell'ennesimo diniego – prima della pronuncia in esame erano già intervenuti due giudicati favorevoli alla ricorrente – dell'amministrazione rispetto al rilascio dell'abilitazione scientifica nazionale (ASN) a favore della professoressa istante, poi accolta dal collegio giudicante.

Lo stesso collegio ravvisava l'esigenza che il sistema di giustizia amministrativa si rendesse protagonista di una certa evoluzione, dovuta alla impossibilità di ritenere *“accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private”*<sup>16</sup>.

Oltre a confermare quanto statuito nelle sentenze, già analizzate, del 15 gennaio 2013 e del 9 febbraio 2016, rispettivamente nn. 2 e 6, il collegio argomentava in ordine alla delineazione di un dispositivo di chiusura del sistema, *“volto a scongiurare l'infinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria”*, rinvenendolo nella riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa.

Tale riduzione può essere frutto dei vincoli che l'amministrazione si autoimpone nell'esercizio del potere. Ancora, può essere frutto della *“insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri”*<sup>17</sup>. Sussistendo tale evenienza, sarebbe precluso all'amministrazione di poter decidere nuovamente in senso sfavorevole anche relativamente a profili ancora non esaminati.

Riflettendo sulla rilevanza dei profili non ancora esaminati, la stessa sentenza chiaramente dimostra l'intenzione della giurisprudenza di escludere la possibilità di invocare il principio del dedotto e del deducibile, negando la possibilità di estendere l'oggetto del giudicato amministrativo. Del resto, la stessa dottrina<sup>18</sup> ha in più occasioni sottolineato come la giurisprudenza abbia negato rilevanza a tale principio, il cui richiamo cercava

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2019, n. 1321

<sup>17</sup> Cfr. L. DI BENEDETTO, *Nota a T.A.R. Roma, 01 dicembre 2021, n.12397, sez. III*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.2, 2022, p.

247, dove si analizza la rilevanza della *regula iuris* fornita dal Consiglio di Stato.

<sup>18</sup> Fra i tanti, cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., pp. 595 e ss.; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 573.



giustificazione nel raggiungimento di una ragionevole composizione degli interessi in conflitto.

Infine, il collegio attesta, nel caso specifico di quel giudizio, la necessità di tre successivi annullamenti di provvedimenti illegittimi di diniego prima di poter con certezza affermare che rispetto all'amministrazione non sarebbe stato possibile rinvenire alcun ulteriore margine di discrezionalità, potendo finalmente giungere alla definizione della situazione sostanziale dedotta.

#### **4 RILIEVI CRITICI E QUESTIONI IRRI-SOLTE**

Alla luce dell'attuale disciplina della giustizia amministrativa non sembra possibile evincere un parametro normativo certo che possa giustificare l'esaurimento della discrezionalità amministrativa in un preciso momento, sia esso riferito al procedimento o al giudizio amministrativo.

Tanto la tesi del *one shot* secco, quanto quella del *one shot* temperato risultano certamente apprezzabili nell'intento, ma non pienamente condivisibili in ordine agli istituti richiamati per giustificarne l'applicazione. Lo sforzo ermeneutico condotto necessita di essere corroborato dall'attività legislativa, volta all'individuazione di un istituto che consenta di interrompere la catena di provvedimenti e pronunce giudiziali tendenzialmente priva di una fine.

Invero, la modifica normativa dell'art. 10 *bis*, diffusamente analizzata in questa sede, consente forse di ritenere corroborata la tesi del *one shot* secco, prevedendo quale momento preclusivo per la reiterazione di un provvedimento di diniego il primo annullamento in sede giurisdizionale. Questo è vero a condizione che si tratti di riesercizio del potere sulla base di motivi già emersi in sede di prima attività istruttoria, non potendo l'amministrazione decidere nuovamente in senso sfavorevole sulla scorta di quegli stessi elementi. Dunque,

l'esclusione di eventuali sopravvenienze dal perimetro della preclusione non consente di protendere verso la definitiva consumazione del potere amministrativo.

Come si è avuto modo di notare, il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, cui si affianca il principio di riserva amministrativa, è da ostacolo alla condivisione delle succitate tesi. L'effetto conformativo del giudicato incide direttamente sul potere residuale dell'amministrazione, nel senso di orientarne, ma non precluderne, la riedizione.

A questa stregua, l'art. 31, comma 4, lett. c) Codice del Processo Amministrativo sancisce, nel secondo alinea, che "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". L'azione di adempimento rappresenta un utile strumento processuale attraverso il quale il ricorrente può chiedere, contestualmente all'annullamento del diniego illegittimo, la condanna al rilascio di un provvedimento dal contenuto specifico da parte dell'amministrazione. Stante il rinvio dell'art. 34, comma 1, lett. c) all'art. 31, comma 3 del Codice del Processo Amministrativo, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa alla duplice condizione che non residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione e che non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori riservati all'amministrazione stessa. Se sussistono tali presupposti, allora la pretesa del privato potrà essere soddisfatta pienamente anche se si tratta di interessi pretensivi. Anche in questo caso, però, non è dato conoscere quando può dirsi esaurita la discrezionalità.

Sembra evidente che il tanto ricercato punto di equilibrio tra esigenza di effettività della tutela e principio della separazione dei poteri può essere risolto solo attraverso l'introduzione di un referente



normativo specifico. Dunque, si auspica un intervento del legislatore teso alla soluzione della presente questione, anche alla luce della sistematica del Codice del Processo Amministrativo, in coerenza con i principi che governano il sistema della giustizia amministrativa.

Così procedendo, sarà possibile individuare il momento in cui il potere potrà dirsi esaurito, quantomeno nel suo essere discrezionale, per poter finalmente affermare che il privato può godere di una tutela effettiva.

Ad ogni modo, certamente può apprezzarsi l'intervento del legislatore sull'istituto del preavviso di diniego, che ha riformato in parte il 10 *bis* ponendo un limite normativo agli eventuali abusi da parte del soggetto pubblico.

In conclusione, sembra potersi affermare che il principio dell'inesauribilità del potere inizi a risentire di questo sforzo dottrinale e giurisprudenziale, consentendoci di ritenere che la direzione da seguire è ormai segnata e che, in prospettiva futura, potranno essere assicurate maggiori chances di tutela effettiva.



## LA QUESTIONE CONTROVERSA SULLA ESPROPRIABILITÀ DI UN BENE DESTINATO AD USO CIVICO

di **Anna Paola ERCOLINO\***

### ABSTRACT

*La recente pronuncia delle Sezioni Unite, n. 12570 del 10 maggio 2023, affronta un tema complesso e articolato, quale quello della espropriabilità dei beni gravati da uso civico.*

*La sentenza consente una piena comprensione dell'istituto, le cui origini si rinvergono del diritto Medioevale e la cui disciplina si presenta come una stratificazione di norme, frutto di differenti contesti storici e culturali e pregne, conseguentemente, di valori e finalità differenti.*

*La Suprema Corte si interroga, in particolare, circa la possibilità di sottoporre ad espropriazione per pubblica utilità un bene immobile gravato da uso civico in assenza di un previo provvedimento di sdemanializzazione. Nel pervenire ad una conclusione negativa, viene riaffermata l'importanza dell'istituto che si riempie, alla luce delle più recenti riforme e della interpretazione costituzionalmente orientata delle stesse, di contenuti e valori di interesse generale e superiore.*

*L'analisi abbraccia innumerevoli tematiche, tra cui la riconducibilità degli usi civici ai beni demaniali, il relativo regime giuridico, avuto specifico riguardo alle vicende circolatorie, l'ammissibilità della c.d. sdemanializzazione di fatto e, non ultimo, la rilevanza costituzionale dell'istituto sotto il profilo paesaggistico e ambientale.*

### SOMMARIO

1. Il caso.....	162
2. Inquadramento storico dell'istituto .....	163
3. Excursus normativo .....	165
4. Il regime giuridico degli usi civici. ....	168
5. Gli orientamenti sulla questione in esame .....	171
6. La soluzione delle sezioni unite	173
7. Considerazioni critiche e conclusioni.....	175

### 1. IL CASO

La pronuncia delle Sezioni Unite del maggio 2023, n. 12570<sup>1</sup>, che pare aver attribuito una nuova centralità al risalente istituto degli usi civici, ne consente una disamina in una prospettiva completa e diacronica.

Definiti talvolta come “reliquie”<sup>2</sup> della proprietà collettiva in Italia, gli usi civici sono sopravvissuti sia come diritti di godimento di una collettività su un fondo privato, consistenti nell'attività di raccolta della legna, del seminare, del pascolo e di qualsivoglia altra utilità derivabile dal fondo stesso, sia come demanio civico, vera e propria forma di proprietà collettiva<sup>3</sup>.

\* Abilitata alla professione forense, Funzionario addetto all'Ufficio del Processo presso il Consiglio di Stato.

<sup>1</sup> Cfr. Corte di Cass., Sez. Un., 10 maggio 2023, n. 12570, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

<sup>2</sup> Si allude ad una celebre prolusione presso l'Università di Camerino del grande civilista Giacomo Venezian, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, discorso letto il giorno 20 novembre

1887 per l'inaugurazione degli studi nell'Università di Camerino, ora in ID., *Opere giuridiche*, Roma, 1920, II, 6 ss.

<sup>3</sup> Così G. CAIZZONE, *Un modello storico alternativo di proprietà*, pag. 301, ora in *Gli Usi civici: realtà attuale e prospettive: atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989* a cura di O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

Nel caso di specie, sollecitando l'esercizio della funzione nomofilattica, la sezione remittente<sup>4</sup> aveva prospettato al collegio giudicante di legittimità, nella sua più autorevole composizione, il contrasto giurisprudenziale sorto attorno all'istituto in oggetto ed aveva compendiato la questione in due interrogativi: il primo relativo all'ammissibilità dell'espropriazione per pubblica utilità dei beni gravati da usi civici di dominio della collettività, prescindendo da una loro preventiva espressa sde-manializzazione; il secondo concernente l'incomerciabilità o indisponibilità relativa di tali beni e se la stessa venga a cessare in caso di sopravvenienza di un diverso interesse statale, o pubblico, del tipo di quelli che si accertano e realizzano con il procedimento espropriativo per pubblica utilità ovvero con altri atti formali.

La vicenda sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite ha ad oggetto terreni siti nel territorio di un ex feudo che, con sentenza commissariale, era stato dichiarato demanio collettivo. Era stata poi tracciata la linea di demarcazione tra due Comuni limitrofi, affinché si esercitasse l'uso civico del legnatico. La questione controversa sorge in seguito all'espropriazione di parte di tali fondi, occupati da un Ente privato per la costruzione di un bacino idroelettrico, allorché il Comune interessato compie una verifica del carattere demaniale dei terreni, la quale sortisce esito positivo.

Tanto il giudice di prime cure, quanto il giudice di appello, concordano nel ritenere violato

l'assetto normativo vigente in materia di usi civici, il quale imporrebbe la previa sde-manializzazione<sup>5</sup> del bene quale condizione necessaria per intraprendere il procedimento espropriativo. Conseguentemente, viene dichiarata la natura demaniale civica dei fondi in contestazione e la nullità ed inefficacia degli atti pubblici e privati disposti sugli stessi.

Giunta innanzi al giudice di legittimità, la soluzione della vicenda, in apparenza pacifica, si arricchisce di profili di maggiore complessità alla luce, tra l'altro, dell'annosa distinzione tra gli usi civici esercitati su beni appartenenti a privati e quelli esercitati su beni appartenenti alla collettività degli utenti. Le Sezioni Unite, risolvendo in termini negativi i quesiti pocanzi prospettati, muovono da *ex cursus* della storia degli usi civici.

## 2. **INQUADRAMENTO STORICO DELL'ISTITUTO**

Come ritenuto dalla Suprema Corte, solo l'approccio storico consente di cogliere nella sua pienezza e complessità<sup>6</sup> un istituto dai caratteri tanto particolari da far legittimamente dubitare che agli stessi possa essere assegnata una collocazione precisa e limitata all'interno dell'ordinamento<sup>7</sup>.

Gli usi civici sorgono nel Medioevo, ovvero nell'epoca in cui la concezione romanistica della proprietà comincia ad interfacciarsi con l'influenza

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. II, ord. 23 novembre 2022, n. 34460, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

<sup>5</sup> Per sde-manializzazione si intende la cessazione del carattere di demanialità di un bene, che avviene in conseguenza di un provvedimento della pubblica amministrazione, denominato sclassificazione (si veda [www.treccani.it](http://www.treccani.it)). In tal senso, ad esempio, Cons. St., sez. V, sent. 22 dicembre 2014, n. 6195, in [www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr](http://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr), ovvero Cons. St., sez. IV, sent. 10 ottobre 2018, n. 5820 (in [www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr](http://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr)), la quale afferma che la sde-manializzazione di un bene pubblico - ed a fortiori la sottrazione di un bene patrimoniale indisponibile alla sua originaria destinazione - oltre che

frutto di una esplicita determinazione, può essere il portato di comportamenti univoci tenuti dall'Amministrazione proprietaria che si appalesano in modo concludente [incompatibili con la volontà di conservare la destinazione del bene all'uso pubblico].

<sup>6</sup> «Che il problema dei domini collettivi vada impostato storicamente è principio ormai entrato nel vasto patrimonio dei luoghi comuni del giurista»: cfr. E. CORTESE, (s.v.) *Domini collettivi*, in *Enciclopedia dir.*, vol. XIII, Milano: Giuffrè, 1964, 914.

<sup>7</sup> Cfr. Corte di Cass., Sez. Un., 10 maggio 2023, n. 12570, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).



dei popoli barbari. Al modello proprietario tramandato dal diritto romano si affianca, gradualmente, quello della comunione a mani riunite o comproprietà, spesso definito, riduttivamente, condominio di diritto germanico. In tale struttura una pluralità di soggetti, ovvero la popolazione identificata per la sua residenza, è proprietaria e fruisce di tutte le utilità di un determinato bene e ogni singolo membro del gruppo ne ha l'immediato e diretto uso<sup>8</sup>.

Nell'ambito di un'economia arretrata, assume importanza non l'astratta validità del titolo di proprietà, quanto la concreta possibilità di utilizzare, di coltivare, di pascolare. Il baricentro del diritto si sposta dal soggetto titolare del diritto al bene e quindi alla cosa, ragion per cui il punto di riferimento non è più l'astratta appartenenza del diritto ma il godimento e l'esercizio concreto<sup>9</sup>. Si assiste così alla definitiva scomposizione del concetto di proprietà, parallelamente allo sviluppo della feudalità, in particolare nel Mezzogiorno d'Italia, ove gradualmente si instaura il peculiare rapporto tra feudatario e monarca, consistente nell'esercizio da parte del primo di un diritto reale su cosa altrui, con permanenza del dominio in capo al secondo. È con il feudo, infatti, che ha origine il concetto del dominio diviso, ossia la distinzione tra dominio diretto e

dominio utile, là dove il primo fa riferimento all'investitura feudale e dunque al diritto spettante a ciascun feudatario sulle terre dategli in concessione, mentre il secondo fa riferimento al rapporto tra il *cives* e la terra e dunque alle *utilitas* ricavabili dal fondo e spettanti alla popolazione che vive nell'ambito territoriale feudale: gli usi civici, che rappresentavano un convinto atto di fiducia nella dimensione collettiva<sup>10</sup>.

Essi sono espressione di una realtà frammentatissima, particolaristica, di matrice consuetudinaria, frutto di una mentalità, di una cultura giuridica e di un modo di tradurre sul piano del diritto l'eterno rapporto tra uomo e terra; non nascono da brillanti ipotesi scientifiche o da interventi legislativi, bensì direttamente dalla comunità per il miglior utilizzo della terra e per la stessa sopravvivenza della comunità, tutti diversi perché diverso è lo sfruttamento di ogni terreno<sup>11</sup>.

Ebbene, le terre di minor pregio, inidonee totalmente o parzialmente alla coltivazione e definite perciò "marginali" vengono così impiegate per un godimento promiscuo, spesso tradotto nell'impiego per il pascolo del bestiame o per la raccolta della legna.

In seguito, similamente a quanto avvenuto nell'ordinamento francese<sup>12</sup>, la proprietà

<sup>8</sup> CAIZZONE G. *Un modello storico alternativo di proprietà*, pag. 304, ora in *Gli Usi civici: realtà attuale e prospettive: atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989* a cura di O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

<sup>9</sup> Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., 17; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, 359; Id., *L'ordine giuridico medievale*, 7° ed., Roma-Bari, Laterza, 2006.

<sup>10</sup> A. ABBRUZZESE, *Proprietà collettive e usi civici: dai tentativi di liquidazione alla loro rivalutazione. Spunti per una riflessione comparata*, in *Ordines: per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, ISSN 2421-0730 NUMERO 1 – GIUGNO 2022. In merito al dominio diviso si veda anche P. GROSSI, *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadriennio cinquecentesco*, in *Quaderni Fiorentini*, XIX, 1990, 209, ove l'autore afferma che «il dominio utile così chiamato perché assimilabile a quelle situazioni cui i romani collegavano la rei vindication utilis, è divenuto nel

Medioevo la "centralissima categoria ordinante" delle situazioni possessorie».

<sup>11</sup> Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., in particolare 418; id., *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *Quaderni dell'Accademia dei Georgofili*, 2005, 23-25.

<sup>12</sup> Il pensiero filosofico rivoluzionario, il regime napoleonico e l'avvento del *Code Civil* ingenerarono un deciso sentimento di sfavore nei confronti della proprietà collettiva, nell'ambito di un sistema in cui gli usi civici erano assai diffusi ed erano denominati *biens communaux*. Ciononostante, la loro totale abolizione non fu mai possibile, come dimostrato dalla presenza dell'art. 542 del *Code Civil*, che si limita a definire i *biens communaux* come "*ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis*". Si veda in proposito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).





individuale si erge a valore fondante del sistema borghese e la feudalità viene ritenuta un ostacolo all'opera di rigenerazione dello Stato, con conseguente emanazione delle c.d. leggi eversive della feudalità<sup>13</sup>.

Nel Regno di Napoli, ultimo avamposto del vecchio sistema, i giureconsulti meridionali comprendono che nonostante il sovvertimento della logica della feudalità, ormai inevitabile, va garantita la persistenza del demanio civico, non soltanto per motivazioni di carattere sociali – rappresentando l'esercizio degli usi civici l'unica fonte di sostentamento per la classe sociale meno abbiente – ma anche perché esso costituiva una ricchezza collettiva, economica, culturale e sociale, che non meritava di andare perduta<sup>14</sup>.

Con legge del 1 settembre 1806 si procede alla ripartizione dei demani e, con successivo Regio decreto dell'8 giugno 1807, si ricomprendono nei terreni demaniali "tutti i territori aperti, colti o incolti, qualunque ne sia il proprietario, sui quali abbian luogo gli usi civici, o le promiscuità"<sup>15</sup>. Segue poi l'istituzione di una Commissione feudale, con caratteristiche giurisdizionali, al fine di decidere le controversie tra Comune ed ex baroni. Infine, ritornato il regno borbonico a Napoli, con Regio decreto del 30 giugno 1818 prosegue l'opera di divisione delle terre demaniali ad opera di consiglieri all'uopo individuati.

Si delinea così un sistema di ripartizione dei terreni collettivi, con porzioni destinate al

godimento esclusivo del barone, porzioni da suddividere in proprietà privata tra i cittadini e porzioni che rimanevano assegnate al godimento esclusivo della collettività dei cittadini, quelli che sarebbero divenuti gli usi civici in senso stretto<sup>16</sup>.

Eppure, l'atteggiamento della dottrina civilistica del secolo scorso fu molto avverso a forme di proprietà collettiva e di regola le ignorò. Appare, a tal riguardo, significativo il silenzio del codice civile del 1865 su tali forme di proprietà, con appiattimento di fenomeni assai vari sotto uno schema unico<sup>17</sup>.

Come sapientemente rilevato da autorevole dottrina in tempi più vicini ai nostri<sup>18</sup>, la proprietà collettiva, pur non rientrando nello schema ormai consolidatissimo di quella individuale, si connota per una maggiore ricchezza di contenuto e non può sussistere che in ordine a certi beni o in ordine a certi modi di utilizzazione di certi beni.

### 3. **EXCURSUS NORMATIVO**

Nel 1924 viene costituita una Commissione ministeriale allo scopo di redigere il testo del disegno di legge sul riordinamento degli usi civici, poi divenuto il regio D.L. 24 maggio 1924, n. 751, incentrato sugli usi civici insistenti su terre private e su quelli del demanio civico, derivanti dal demanio universale appartenuto alle *universitates* ed attribuito ai Comuni<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Sull'eversione della feudalità si veda: R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della Feudalità nelle Province Napoletane. Dottrina, Storia, Legislazione e Giurisprudenza*.

<sup>14</sup> Si veda al riguardo C. AFAN DE RIVERA, *Considerazioni sui mezzi da restituire il valore proprio ai doni che la natura ha largamente concesso al Regno delle Due Sicilie, Napoli*, 1833 F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/13, 411, op. cit. A. ABBRUZZESE, *Proprietà collettive e usi civici: dai tentativi di liquidazione alla loro rivalutazione. Spunti per una riflessione comparata, in Ordine: per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, ISSN 2421-0730 NUMERO 1 – GIUGNO 2022.

<sup>15</sup> In proposito si veda [www.demaniocivico.it](http://www.demaniocivico.it).

<sup>16</sup> Sull'argomento si veda inoltre CAPUNZO R., *Argomenti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Terza Edizione, Milano, 2021, pag. 248 ss.

<sup>17</sup> ROMAGNOLI E. *Divagazioni in tema di proprietà collettiva*, pag. 187, in *Gli Usi civici: realtà attuale e prospettive: atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989* a cura di O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

<sup>18</sup> Si veda in proposito GIANNINI M.S., *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo* tenute nell'Anno Acc. 1962-1963, Roma.

<sup>19</sup> Cfr. Corte di Cass., Sez. Un., 10 maggio 2023, n. 12570, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

Con la legge n. 1766 del 16 giugno 1927, composta da 43 articoli, suddivisi in quattro capi, il legislatore da un lato adotta una prospettiva liquidatoria, quale riflesso di una posizione di disfavore con cui il legislatore dell'epoca valutava l'uso promiscuo delle risorse fondiari, in quanto ritenuto foriero di conflittualità nel mondo agricolo, da un altro lato, tratteggia i caratteri dei beni che restano destinati agli usi collettivi, pur sotto l'egida della proprietà pubblica e talora della proprietà di associazioni agrarie<sup>20</sup>.

La liquidazione degli usi civici consiste in una trasformazione del diritto reale atipico di uso civico: talora nella proprietà pubblica di una parte del fondo, che viene scorporata e divisa dalla restante parte lasciata alla proprietà privata (artt. 5 e 6); talora nella sua mera conversione in un canone di natura enfiteutica spettante al comune (art. 7, primo comma); talora – ma solo nel caso delle ex province pontificie – nell'attribuzione della proprietà «a favore della popolazione di un Comune, di una frazione, o di una associazione agraria» (art. 7, secondo comma), a seguito di un meccanismo di affrancazione invertita, che fa salva l'imposizione di un canone a favore del privato. In sostanza, i meccanismi di liquidazione degli usi civici, di affrancazione del fondo enfiteutico e di legittimazione delle occupazioni *sine titulo* delineati dal legislatore statale consentono, in talune particolari ipotesi e per differenti ragioni, di trasformare il diritto reale di uso civico in una prestazione pecuniaria<sup>21</sup>.

Le funzioni innanzi indicate sono assegnate ad un apposito organo, il Commissario per gli usi

civici, con poteri di accertamento, valutazione e affrancazione degli usi civici e di ogni altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune, nonché di sistemazione delle terre provenienti dalla conseguente liquidazione. A tale organo risultano altresì conferite funzioni giurisdizionali, mediante le quali redimere le controversie eventualmente insorte nel suindicato iter procedimentale<sup>22</sup>.

Quanto al regime dei beni, la L. n. 1766 del 1927 non assoggetta ad alcuna particolare regolamentazione la proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati, occupandosi unicamente del regime dei terreni sui quali insistono diritti in re propria, i quali sono destinati alla divisione in due parti: la prima assegnata all'originario intestatario e la seconda ai Comuni o alle frazioni<sup>23</sup>. Rispetto a quest'ultima parte, insiste un'ulteriore classificazione in due categorie, ovvero dei terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente e terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria. I primi soggiacciono ad un meccanismo di alienabilità condizionata all'autorizzazione del "Ministero dell'economia nazionale" e di immutabilità della destinazione<sup>24</sup>; i secondi ad un meccanismo di ripartizione del terreno in unità fondiari, con loro attribuzione alle famiglie di coltivatori a titolo di enfiteusi<sup>25</sup>.

Emergono da tali disposizioni da un lato l'intensità dell'aderenza dei diritti delle popolazioni ai beni di uso civico, dall'altro il ruolo dell'ente esponenziale sia come tutore di un interesse non direttamente proprio, ma della popolazione, sia come

<sup>20</sup> Così Corte Cost., Sent. 28 novembre 2022, n. 236, che richiama a sua volta Corte Cost., Sent. 2 dicembre 2021, n. 228, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>21</sup> Così Corte Cost., Sent. 28 novembre 2022, n. 236, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>22</sup> GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, pag. 422, Cedam editore, 2019.

<sup>23</sup> Cfr. Corte Cost. Sent. 15 giugno 2023, n. 119, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>24</sup> Si veda in proposito art. 12 co. 2 "I Comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione", in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>25</sup> Si veda in proposito art. 13 "I terreni indicati alla lettera b) dell'art. 10 sono destinati ad essere ripartiti, secondo un piano tecnico di sistemazione fondiaria e di avviamento culturale, tra le famiglie dei coltivatori diretti del Comune o della frazione, con preferenza per quelle meno abbienti, purché diano affidamento di trame la maggiore utilità", in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).



investito di pubblici poteri, da esercitare nelle forme rigorose dell'amministratore di beni pubblici con riguardo a beni di carattere pubblico<sup>26</sup>.

La disciplina si propone, in ultima analisi, un'opera di riordino della materia, scontando un equivoco di fondo del fascismo e perciò volta a contemperare esigenze contrapposte, ovvero i bisogni della popolazione con quelli della conservazione del patrimonio boschivo e pascolivo nazionale<sup>27</sup>.

Nondimeno, nel corso degli anni, gli usi civici hanno assunto una valenza ambientale e paesaggistica sempre di maggior rilievo, come si evince in primis dall'approvazione della L. n. 1497 del 1939, la quale per la prima volta prevede vincoli paesaggistici ma di natura eminentemente amministrativa e, successivamente, della L. 8 agosto 1985, n. 431, meglio nota come legge Galasso, la quale sottopone a vincolo paesaggistico, tra gli altri beni, le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici. Tale orientamento trova poi conferma nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (artt. 135 e soprattutto 142, comma 1, lett. h, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

La giurisprudenza costituzionale, in proposito, afferma a più riprese che la linea di congiunzione tra le norme risalenti e quelle più recenti, che hanno incluso gli usi civici nella materia paesaggistica ed ambientale, va rintracciata proprio nella pianificazione: ai piani economici di sviluppo per i patrimoni silvo-pastorali di cui all'art. 12 della L. n. 1766 del 1927 vengono oggi ad aggiungersi ed a sovrapporsi i piani paesaggistici di cui all'art. 143 del D.Lgs. n. 42 del 2004. La pianificazione prevista da questi ultimi - a differenza del passato -

riguarda l'intero patrimonio dei beni civici e non più solo i terreni identificati dall'art. 11 della L. n. 1766 del 1927 con la categoria a ('terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente')<sup>28</sup>. Pertanto, la previa assegnazione a categoria dei beni civici non è più necessaria, in quanto il vincolo paesaggistico-ambientale è già perfetto e svolge pienamente i suoi effetti a prescindere da tale operazione, la quale - a sua volta - non è più funzionale agli scopi colturali, come un tempo configurati, e neppure coerente col medesimo vincolo paesistico-ambientale<sup>29</sup>.

Impostazione analoga è condivisa dalla L. 28 dicembre 2015, n. 221, art. 74 recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali", la quale, nel modificare il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, dispone che i beni gravati da uso civico non possano essere espropriati o asserviti coattivamente se non previo mutamento di destinazione d'uso, a meno che l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico.

La legge 20 novembre 2017, n. 168, introduce i c.d. domini collettivi, ovvero diritti reali di godimento, riservati a una comunità e insistenti su un bene fondiario o di un corpo idrico. La normativa di nuovo conio non oblitera, tuttavia, la tradizionale categoria degli usi civici, né tantomeno abroga la disciplina del 1927.

Invero, persiste il meccanismo liquidatorio, com'è agevole desumere dagli impliciti riferimenti contenuti nell'art. 3 della disciplina in esame<sup>30</sup>, pur in presenza del vincolo paesaggistico. Inoltre, la

<sup>26</sup> ROMAGNOLI E., *Divagazioni in tema di proprietà collettiva*, pag. 184 - 185, ora in *Gli Usi civici: realtà attuale e prospettive: atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989* a cura di O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

<sup>27</sup> PETRONIO U., *Dalla legge del 1927 al disegno di legge quadro: problemi storico - giuridici*, pag. 39, ora in *Gli Usi civici: realtà attuale e prospettive: atti del convegno di Roma, 1-2 giugno 1989* a cura di O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

<sup>28</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 24 aprile 2020, n. 71, che richiama a sua volta Corte Cost., Sent. 17 maggio 2017, n. 103, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>29</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 6 giugno 2018, n. 113, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>30</sup> L'art. 3 della L. 20 novembre 2017, n. 168, al comma 1 lett. d) annovera tra i beni collettivi "le terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano



bipartizione fra iura in re aliena e iura in re propria, propinata dalla L. n. 1766 del 1927, e il relativo regolamento, permangono anche nella L. n. 168 del 2017.

La Consulta, in innumerevoli pronunce, pone però in risalto il deciso mutamento di prospettiva del legislatore in materia. Infatti, se la disciplina contenuta nella legge n. 1766 del 1927 era ispirata ad una chiara finalità liquidatoria, che trovava fondamento nella posizione di disfavore con cui il legislatore dell'epoca valutava l'uso promiscuo delle risorse fondiari e nell'esigenza di trasformare la proprietà collettiva in proprietà individuale, nel quadro del controllo sull'indirizzo delle attività produttive proprio del carattere dirigistico dell'ordinamento corporativo, al contrario la disciplina contenuta nella legge n. 168 del 2017, pur senza abrogare la precedente normativa, risulta orientata alla prevalente esigenza di salvaguardare le numerose forme, molteplici e diverse nelle varie aree territoriali, in cui si realizzano modalità di godimento congiunto e riservato di un bene fondiario da parte dei membri di una comunità, sul presupposto che esse sono funzionali non soltanto alla realizzazione di un interesse privato dei partecipanti, ma anche di interessi superindividuali di carattere generale, connessi con la salvaguardia dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico e culturale del Paese<sup>31</sup>.

Da ultimo, il D.L. n. 77/2021, convertito con L. n. 108/2021, ha previsto che, a talune condizioni, regioni e province autonome possano autorizzare trasferimenti di diritti di uso civico e permutare aventi a oggetto terreni appartenenti al

demanio civico in caso di accertata e irreversibile trasformazione. La novella, di portata molto rilevante, prevede con legge statale la possibilità di sde-manializzazione delle aree che hanno perso irreversibilmente la conformazione fisica o la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi o pascolativi per oggettiva trasformazione, ferma restando la necessità di ripristinare tali usi civici mediante individuazione di terreni con valore ambientale equivalente, appartenenti al patrimonio disponibile dei Comuni o delle Regioni<sup>32</sup>.

Può perciò affermarsi che la persistente vitalità dell'istituto dell'uso civico si fonda oggi sul riconoscimento di una nuova caratterizzazione della sua natura di bene collettivo, in quanto utile anche alla conservazione del bene costituzionale dell'ambiente, a beneficio dei singoli appartenenti alla collettività ma soprattutto alla generalità dei consociati<sup>33</sup>.

#### **4. IL REGIME GIURIDICO DEGLI USI CIVICI**

Pare opportuno, per meglio comprendere quella che è la natura giuridica degli usi civici, rimarcare il distinguo, spesso incerto e labile, con talune categorie similari, nell'ambito dei beni di proprietà o di uso collettivo. I diritti di uso pubblico s'inquadrano nell'ambito dei diritti reali spettanti ad una collettività su beni in proprietà privata che presentino l'intrinseca idoneità a soddisfare

---

*usi civici non ancora liquidati*"; mentre al comma 6 si prevede che "con l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da usi civici di cui all'articolo 142, comma 1, lettera h), del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, l'ordinamento giuridico garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. Tale vincolo è mantenuto sulle

*terre anche in caso di liquidazione degli usi civici*". Si veda in *www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>31</sup> Cfr. Corte Cost. Sent. 9 dicembre 2021, n. 228, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>32</sup> Sul tema P. Lazzara, *Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici*, in *Federalismi.it*, 8, 2023.

<sup>33</sup> Si veda in proposito Cass. Civ. Sent. 28 settembre 2011, n. 19792, in *www.corte dicassazione.it*.



l'interesse pubblico generale<sup>34</sup>. La loro costituzione non può avvenire per meri fatti concludenti, essendo all'uopo necessario un atto o titolo idoneo, per effetto di un contratto, in conseguenza di un procedimento d'esproprio, per effetto di usucapione, successione ovvero *dicatio ad patriam*<sup>35</sup>. Annotabili tra i diritti di uso pubblico sono le c.d. strade vicinali, ossia strade private destinate al pubblico transito<sup>36</sup>.

Diversi dai diritti di uso pubblico sono i diritti demaniali e patrimoniali su beni altrui, costituiti su beni di proprietà privata in quanto fonte di *utilitas* per i beni della PA. Il regime giuridico di tali diritti segue quello dei beni, demaniali o patrimoniali, in favore dei quali sono costituiti. Tra questi rientrano le servitù prediali pubbliche<sup>37</sup>.

In entrambi i casi innanzi enumerati non vengono in esame diritti appartenenti ad una collettività, ma situazioni giuridiche pubbliche ed individuali, a volte proprietarie a volte reali parziarie, di cui sono titolari enti pubblici<sup>38</sup>.

Contrariamente, negli usi civici non si evince un *discrimen* tra diritto di proprietà ed uso pubblico su cosa altrui, essendo espressione di una proprietà in senso collettivo che si estrinseca in diritti di godimento e di utilizzazione in favore di collettività indifferenziate, ammesse a goderne *uti cives* e non *uti singuli* e il cui oggetto è, quindi, un *frui*<sup>39</sup>. Sicché, a fini meramente descrittivi, gli usi civici possono essere definiti come i diritti spettanti ad una collettività organizzata, insediata su di un territorio e ai suoi componenti, il cui contenuto consiste nel trarre utilità dalla terra, dai boschi e dalle acque, nonostante la loro titolarità formale in capo a differenti soggetti pubblici o privati<sup>40</sup>.

Una siffatta controversa articolazione della proprietà non potrebbe, invero, concepirsi in assenza quantomeno di un principio di schema organizzativo, ben potendo verificarsi un conflitto di interessi tra il gruppo e il singolo proprietario<sup>41</sup>.

Come pocanzi accennato, la bipartizione fra iura in re aliena e iura in re propria, contemplata

<sup>34</sup> GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, pag. 422, Cedam editore, 2019.

<sup>35</sup> La *dicatio ad patriam* è un comportamento del proprietario che mette volontariamente e con continuità il proprio bene a disposizione della collettività indeterminata di cittadini. La giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che “un'area privata può ritenersi assoggettata ad uso pubblico di passaggio quando l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di soggetti considerati *uti cives*, ossia quali titolari di un pubblico interesse di carattere generale, e non *uti singuli*, ossia quali soggetti che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene gravato; oppure quando vi sia stato, con la cosiddetta *dicatio ad patriam*, l'asservimento del bene da parte del proprietario all'uso pubblico, analogamente, di una comunità indeterminata di soggetti considerati sempre *uti cives*, di talché il bene stesso viene ad assumere caratteristiche analoghe a quelle di un bene demaniale. Peraltro, ai fini della *dicatio ad patriam* occorre pur sempre il requisito dell'idoneità intrinseca del bene a soddisfare un'esigenza comune della collettività dei consociati”. Cfr. ex multis, Cons. Stato Sent. 14 febbraio 2012 n. 728; nonché Cass. SS.UU., Sent. 3 febbraio 1988, n. 1072.

<sup>36</sup> Cfr. Cons. Stato, Sent. 10 ottobre 2018, n. 5820, nella quale si chiarisce che “affinché un'area assuma la natura di strada pubblica, non basta né che vi si espliciti di fatto il transito del pubblico (con la sua concreta, effettiva ed attuale destinazione al pubblico transito e la occupazione sine titolo dell'area da parte della p.a.) né l'intervento di atti di riconoscimento da parte dell'Amministrazione medesima circa la funzione da

essa assolta, ma è invece necessario, ai sensi dell'art. 824 c.c., che la strada risulti di proprietà di un ente pubblico territoriale in base ad un atto o fatto (fra cui anche l'usucapione) idoneo a trasferire il dominio, ovvero che su di essa sia stata costituita a favore dell'Ente una servitù di uso pubblico e che essa venga destinata, con una manifestazione di volontà espressa o tacita, all'uso pubblico, ossia per soddisfare le esigenze di una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad una comunità territoriale”.

<sup>37</sup> Le servitù prediali pubbliche sono particolari diritti reali spettanti alle pubbliche amministrazioni e che gravano su beni di proprietà privata in ragione di un rapporto di funzionalità tra bene pubblico e bene privato e che danno luogo alla costituzione di servitù coattive (ad es. per le funicolari aeree, gli elettrodotti, la servitù di scolo delle acque sui terreni posti ai lati delle strade pubbliche, le servitù militari o quelle aeronautiche). Così T.R.G.A. Trentino-A. Adige Bolzano, Sent. 26 ottobre 2020, n. 254.

<sup>38</sup> Cfr. Cons. Stato, Sent. 30 settembre 2019, n. 24268.

<sup>39</sup> GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, pag. 422, Cedam editore, 2019.

<sup>40</sup> Ancora sul punto Cass. Civ. Sent. 28 settembre 2011, n. 19792, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>41</sup> CERULLI I., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pag. 305 ss.





dalla L. n. 1766 del 1927 e ripresa anche dalla L. n. 168 del 2017, consente di enucleare due distinte categorie e due differenti regimi normativi, in considerazione della diversità originaria della proprietà del terreno. In particolare, l'art. 3, comma 3, della L. n. 168 del 2017, in riferimento al regime giuridico dei beni di cui al comma 1, ne statuisce l'inalienabilità, l'indivisibilità e l'insuscipibilità, nonché la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale. Il comma 1, cui si riferisce il citato rinvio, qualifica, a sua volta, come beni collettivi sei tipologie di beni immobili. Cinque categorie, indicate alle lettere a), b), c), e), ed f), costituiscono il patrimonio antico dell'ente collettivo, detto anche patrimonio civico o demanio civico, e sono dunque di proprietà della collettività e definibili come iura in re propria. La sesta categoria, indicata alla lettera d), si riferisce invece alle terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati, ovvero i c.d. iura in re aliena<sup>42</sup>.

La prevalente giurisprudenza riconduce la natura giuridica di questi ultimi a quella di diritti reali *sui generis* gravanti su terre altrui e dal tratto proprio, in ragione delle caratteristiche quali l'inerenza al bene, il diritto di seguito, l'assolutezza e la dimensione *erga omnes* delle tutele. Si realizza così un uso di matrice non codicistica che spetta alla persona

*uti civis*, ossia quale membro di un ampio gruppo di soggetti e non come singolo individuo.

La natura giuridica degli iura in re propria, altrimenti definiti "demanio collettivo", è determinata dal caratterizzarsi degli stessi come beni di c.d. proprietà collettiva, con una disciplina equiparabile a quella dei beni demaniali, per quanto si desume dal loro regime di inalienabilità, insuscipibilità, immodificabilità e di conservazione del vincolo di destinazione, derogabile solo mediante un'apposita "sdemanializzazione"<sup>43</sup>.

Come affermato da autorevole dottrina, i diritti su tali beni si presentano come diritti di proprietà, nella maggior parte dei casi collettiva, di Comuni, ovvero di più o meno antiche associazioni. Inoltre, gli usi civici su tali beni, quando sono esercitati, lo sono come estrinsecazione del diritto dominicale della popolazione o dell'ente cui i beni appartengono e, perciò, possono anche variare nel contenuto come nell'estensione, mentre ciò non è possibile nel caso di diritti d'uso, che coesistono o si oppongono al diritto di un alieno proprietario<sup>44</sup>.

Nondimeno, il problema della circolazione di questi terreni risulta acuito dalla circostanza che di tali usi civici non esiste alcun registro e che l'operatore del diritto che si trovi a trattare questi terreni è il più delle volte nella completa impossibilità di conoscere l'esistenza di questi diritti<sup>45</sup>. Pertanto, le

<sup>42</sup> L'art. 3 co. 1 della L. n. 168/2017 così dispone:

1. Sono beni collettivi:

a) le terre di originaria proprietà collettiva della generalità degli abitanti del territorio di un comune o di una frazione, imputate o possedute da comuni, frazioni od associazioni agrarie comunque denominate;

b) le terre, con le costruzioni di pertinenza, assegnate in proprietà collettiva agli abitanti di un comune o di una frazione, a seguito della liquidazione dei diritti di uso civico e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento esercitato su terre di soggetti pubblici e privati;

c) le terre derivanti: da scioglimento delle promiscuità di cui all'articolo 8 della legge 16 giugno 1927, n. 1766; da conciliazioni nelle materie regolate dalla predetta legge n. 1766 del 1927; dallo scioglimento di associazioni agrarie; dall'acquisto di terre ai sensi dell'articolo 22 della medesima legge n. 1766 del 1927 e dell'articolo 9 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102; da operazioni e provvedimenti di liquidazione o da estinzione di usi civici; da permuta o da donazione;

d) le terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati;

e) le terre collettive comunque denominate, appartenenti a famiglie discendenti dagli antichi originari del luogo, nonché le terre collettive disciplinate dagli articoli 34 della legge 25 luglio 1952, n. 991, 10 e 11 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102, e 3 della legge 31 gennaio 1994, n. 97;

f) i corpi idrici sui quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici.

Si veda in proposito [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>43</sup> Si veda in proposito Corte di Cass., Sez. Un., 10 maggio 2023, n. 12570, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

<sup>44</sup> CERVATI G., *In tema di prova della natura di beni in rapporto alle massime "ubfcuda ibi demania"*, in *Arch. ric. giur.*, 1947, pag. 78 - 79.

<sup>45</sup> ADAMI F., *Usi civici e circolazione immobiliare: la difficile composizione di interessi contrapposti*, in *Il Quotidiano Giuridico*.





vicende circolatorie dei beni gravati da usi civici assumono, da sempre, connotati particolarmente problematici.

In particolare, il regime di inalienabilità, indivisibilità e inusucapibilità di cui all'art. 3 comma 3 lett. d) previsto dalla L. n. 168 del 2017 è stato oggetto di una recentissima pronuncia della Consulta<sup>46</sup>, la quale rileva come la proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati sia "diventa" inalienabile in forza di una norma avente carattere innovativo rispetto alla precedente disciplina.

Il giudice delle leggi chiarisce che la proprietà privata gravata da usi civici viene comunque tutelata dalla presenza del vincolo paesaggistico, il quale assicura che il proprietario non possa introdurre, né possa essere autorizzato ad apportare alcuna modificazione che rechi pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione<sup>47</sup> e ciò garantisce la conservazione degli usi civici. Di talché, l'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati non presenterebbe alcuna ragionevole connessione logica né con la conservazione degli stessi, né con la tutela dell'interesse paesistico-ambientale.

## 5. GLI ORIENTAMENTI SULLA QUESTIONE IN ESAME

<sup>46</sup> Si veda Corte Cost. Sent. 15 giugno 2023, n. 119, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>47</sup> L'art. 146, comma 1, del D.lgs. n. 42/2004 dispone che: "i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione".

<sup>48</sup> Si veda l'ordinanza di rimessione della Sez. II Civile, 23 novembre 2022, n. 34460.

<sup>49</sup> L'art. 4 co. 1 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 statuisce che: "i beni appartenenti al demanio pubblico non possono essere espropriati fino a quando non ne viene pronunciata la sdemanializzazione" in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

La ricostruzione, seppur sommaria, della disciplina degli usi civici si rivela senz'altro propedeutica alla comprensione della problematica portata all'attenzione delle Sezioni Unite<sup>48</sup>, relativa alla possibilità che i beni gravati da uso civico siano passibili di espropriazione per pubblica utilità pur in mancanza di un previo provvedimento di "sdemanializzazione".

Tale preventiva dichiarazione viene prevista come obbligatoria già con il T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 4<sup>49</sup>. La successiva L. 28 dicembre 2015, n. 221 apporta delle modifiche, inserendo il comma 1 bis<sup>50</sup>, che subordina l'espropriazione dei beni gravati da uso civico al mutamento di destinazione d'uso degli stessi, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico. In precedenza, poteva ricavarsi la medesima disciplina sulla base della L. n. 1766 del 1927, art. 12<sup>51</sup>.

Parte della giurisprudenza rileva, conseguentemente, come la cessazione dell'uso civico appaia perciò avere priorità logico-giuridica rispetto a un eventuale decreto d'esproprio, il quale sarebbe nullo perché in contrasto con la natura demaniale

<sup>50</sup> Comma 1-bis: "i beni gravati da uso civico non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico".

<sup>51</sup> L'art. 12 della L. n. 1766 del 1927 così dispone: "Per i terreni di cui alla lettera a) si osserveranno le norme stabilite nel capo 2° del titolo 4° del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 3267. I Comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'economia nazionale, alienarli o mutarne la destinazione. I diritti delle popolazioni su detti terreni saranno conservati ed esercitati in conformità del piano economico e degli articoli 130 e 135 del citato decreto, e non potranno eccedere i limiti stabiliti dall'art. 521 del Codice civile" in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).



del bene<sup>52</sup>. Il giudice della nomofilachia, in una sua più risalente pronuncia<sup>53</sup>, precisa che rispetto agli usi civici esercitati su beni appartenenti a privati è previsto lo speciale procedimento di liquidazione; pertanto, qualora i beni che ne sono oggetto siano espropriati per causa di pubblica utilità prima della liquidazione, il diritto d'uso civico si trasferisce sull'indennità di espropriazione. Con riferimento, invece, agli usi civici costituiti su beni appartenenti alla collettività degli utenti, afferma che essi sono destinati al soddisfacimento di pubbliche finalità attraverso uno sfruttamento che varia a seconda dell'obiettiva idoneità specifica del singolo terreno. In vista di tale destinazione, i beni in parola sono sottoposti ad un regime di indisponibilità analogo a quello dei beni demaniali<sup>54</sup>.

È stato, in proposito, evidenziato che l'incomerciabilità che caratterizza i beni gravati da uso civico comporta, come inevitabile conseguenza, che al di fuori dei più o meno rigorosi procedimenti di liquidazione dell'uso civico e prima del loro formale completamento, la preminenza di quel pubblico interesse che ha impresso al bene immobile il vincolo dell'uso civico stesso ne vieti qualunque circolazione<sup>55</sup>.

A sostegno di tale orientamento, che valorizza la preminente finalità pubblicistica dei beni in esame, la Suprema Corte si è da ultimo pronunciata, con precipuo riferimento alla cessazione degli

usi civici gravanti su beni oggetto di espropriazione per pubblica utilità. L'arresto giurisprudenziale, negando la sussistenza di un qualsivoglia rapporto di specialità o prevalenza tra la disciplina dettata dal R.D. n. 1775 del 1933 (recante Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici) e quella sul riordino degli usi civici, Legge n. 1766 del 1927, chiarisce che la comparazione tra i contrapposti interessi oggetto di tutela, al fine di stabilire la prevalenza degli uni rispetto agli altri, è compito del legislatore. Sicché, non può affermarsi un'automatica cessazione dell'uso civico per effetto del provvedimento espropriativo, posto che laddove il legislatore ha voluto affermare l'estinzione dei diritti di uso civico lo ha fatto espressamente<sup>56</sup>.

Pertanto, il principio consolidatosi già anteriormente alla riforma del 2015, secondo cui i terreni di uso civico in re propria non potrebbero essere espropriati salvo che perdano, tramite apposito procedimento, tale connotazione pubblicistica, trova conforto nella giurisprudenza contraria alla c.d. sdemanializzazione di fatto.

Talune pronunce<sup>57</sup> escludono per i beni gravati da uso civico, che la sclassificazione possa avvenire in via di mero fatto, attesa la delicatezza e complessità degli accertamenti necessari, ma soprattutto la peculiare struttura dell'istituto con il particolare ruolo dei singoli titolari. Invero, se per i beni demaniali tradizionalmente intesi sono sufficienti il

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost., Sent. 24 aprile 2020, n. 71, che richiama Cass. civ., Sez. Unite, 30 giugno 1999, n. 375, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>53</sup> Cfr. Cass. Civ., SS.UU., Sent. 11 giugno 1973, n. 1671, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>54</sup> Si veda Cass. Civ., Sent. 12 dicembre 1953, n. 3960, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>55</sup> Cfr. Cass. Civ. Sent. 28 settembre 2011, n. 19792, la quale si riferisce, tuttavia, all'esecuzione forzata ed infatti ricomprende tra le forme di circolazione vietate "quella derivante dal processo esecutivo, quest'ultimo essendo posto a tutela dell'interesse del singolo creditore, e dovendo perciò recedere dinanzi al carattere superindividuale e lato sensu pubblicistico dell'interesse legittimante l'imposizione dell'uso civico; siffatto divieto comporta pertanto la non assoggettabilità del

*bene gravato da uso civico ad alcuno degli atti del processo esecutivo, a partire dal pignoramento (principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c.)".*

<sup>56</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 21/08/2020, n. 17595, la quale cita a titolo esemplificativo la L. 31 gennaio 1994, n. 97, art. 12, comma 2, che ha previsto che "nei comuni montani i decreti di espropriazione per opere pubbliche o di pubblica utilità, per i quali i soggetti espropriati abbiano ottenuto, ove necessario, l'autorizzazione di cui alla L. 29 giugno 1939, n. 1497, art. 7, e quella del Ministero dell'ambiente, determinano la cessazione degli usi civici eventualmente gravanti sui beni oggetto di espropriazione".

<sup>57</sup> Si vedano in proposito Cass. civ., Sent., 28 settembre 2011, n. 19792; nonché Cass. Civ. Sent. 11 maggio 2009, n. 10817.



disuso protratto nel tempo e la contestuale inerzia della P.A., accompagnati da fatti concludenti e da circostanze tali da non dar adito ad altre ipotesi<sup>58</sup>, sui beni gravati da uso civico sussiste la compresenza di un complesso di diritti soggettivi esercitabili *uti singulus* da ciascuno dei beneficiari, accertabili unicamente nel contraddittorio, almeno potenziale, con i singoli compartecipati, nell'ambito dei passaggi procedurali appositamente deputati a verificare l'effettiva perdita, da parte del bene, delle sue attitudini ad essere destinato all'uso civico.

La prospettazione sin qui esplicita appare, tuttavia, avversata da una differente tesi, caldeggiata da taluni arresti giurisprudenziali.

Ponendo in discussione la necessità del procedimento di sdemanializzazione quale presupposto indispensabile alla espropriabilità di tali beni, la giurisprudenza, seppur minoritaria, ritiene principio generale la circostanza che i decreti di espropriazione determinino l'estinzione dei diritti di uso civico eventualmente gravanti sui beni espropriati ex L. n. 2359 del 1865, art. 52, comma 2. La norma sarebbe applicabile anche ai diritti di uso civico, come statuito dalla Corte costituzionale<sup>59</sup>. Diversamente dalla disciplina dei beni demaniali in senso stretto e tecnico, i terreni di uso civico, soggetti a regime di alienabilità controllata, sono comunque suscettibili di espropriazione forzata per pubblica utilità<sup>60</sup>.

La Suprema Corte, aderendo a siffatta ricostruzione, chiarisce che la L. n. 2359 del 1865, art. 52 si riferirebbe soltanto agli usi civici gravanti su proprietà private e non anche alle c.d. proprietà collettive, sicché diversamente dalla disciplina dei beni demaniali in senso stretto e tecnico, al regime di inalienabilità dei beni di uso civico non inerisce la condizione di beni non suscettibili di espropriazione forzata per pubblica utilità<sup>61</sup>. Peraltro, si ritiene altresì che la sdemanializzazione del bene civico possa intervenire de plano per effetto del solo decreto di esproprio, senza necessità né della preventiva assegnazione a categoria dei beni né della autorizzazione regionale, requisiti che sarebbero richiesti dalla L. quadro solo ai fini della procedura di sdemanializzazione per atto volontario della Pubblica Amministrazione<sup>62</sup>.

## 6. LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE

Nel risolvere il quesito prospettato nell'ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite aderiscono a quella che viene definita come tesi negativa, sulla scia della dottrina e della giurisprudenza prevalenti.

Il supremo consenso di legittimità muove dalla premessa che l'espropriazione debba essere esclusa per tutti i beni appartenenti al patrimonio indisponibile, i quali non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalla legge<sup>63</sup>,

---

<sup>58</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, Sent. 7 settembre 2006, n. 5209, secondo cui il disuso protratto nel tempo di una strada vicinale da parte della collettività e la contestuale inerzia della P.A. nella cura della stessa e/o nell'intervento riguardo ad occupazioni o usi posti in essere da privati non compatibili con la destinazione pubblica della strada in questione, non sono sufficienti a dimostrare, senza alcun dubbio, la cessata destinazione del bene (anche solo potenziale) all'uso pubblico (ossia la c.d. sdemanializzazione tacita), occorrendo invece che detti indizi siano accompagnati da fatti concludenti e da circostanze tali da non dar adito ad altre ipotesi (salva quella, appunto, che l'Amministrazione abbia rinunciato in modo definitivo al

ripristino dell'uso stradale pubblico). Nello stesso senso si veda Cons. Stato, Sez. V, Sentenza, 20 luglio 2016, n. 3273.

<sup>59</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 19 maggio 1995, n. 156 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>60</sup> Cfr. Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391 [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>61</sup> Cfr. Cass. Civ., Sent. 26 aprile 2007, n. 9986, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>62</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 19 maggio 1995, n. 156, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>63</sup> L'art. 828 del codice civile così dispone: “i beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle provincie e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto,



e ne deduce che tale principio debba necessariamente essere esteso al demanio pubblico, il quale è ontologicamente connaturato da una destinazione di interesse pubblico, la quale può essere modificata solo con il venir meno della demanialità, o con la destinazione ad altro uso, disposta dall'autorità competente.

Il Consiglio di Stato, in molteplici pareri<sup>64</sup>, afferma che i beni di uso civico, equiparabili ai beni demaniali per il regime di indisponibilità, possono essere destinati ad altre finalità solo in virtù di un atto di sclassificazione, che effettui un contemperamento dei vari interessi. In altri termini, pur non potendosi parlare di inespropriabilità vera e propria, il procedimento di sdemanializzazione è posto a presidio del generale interesse pubblico che gli stessi perseguono, il quale deve essere oggetto di bilanciamento anche in presenza di un diverso interesse pubblico, quale ad esempio la costruzione di un'opera pubblica.

Condividendo tale impostazione, la pronuncia in esame assimila i beni gravati da uso civico a quelli demaniali, rimarcando l'occorrenza della preventiva perdita del carattere demaniale, onde pervenire ad una corretta e legittima procedura espropriativa. Chiarisce che la sclassificazione dei beni non può considerarsi di per sé avvenuta per il sol fatto che sia intervenuta un'espropriazione per pubblica utilità, la quale non può assorbire ed obliterare le procedure e le garanzie individuate dalla legge per ciascuna categoria di beni pubblici. Ritenere che la demanialità civica dei terreni possa venir meno in conseguenza dell'espropriazione per pubblica utilità significherebbe muovere

dall'erroneo presupposto che il procedimento espropriativo determini ex se, o quanto meno ipso iure, l'obiettiva sclassificazione del bene civico, con la conseguente conversione in diritto all'indennità, al pari di qualsiasi proprietà privata, dell'uso civico delle popolazioni su terre proprie<sup>65</sup>. In tal modo, peraltro, verrebbe ad essere compromessa la finalità stessa degli usi civici.

Onde avvalorare le proprie conclusioni, il giudice di legittimità ripercorre taluni dei suoi precedenti arresti, nei quali rimarca la supremazia del pubblico interesse, che imprime al bene immobile il vincolo di uso civico e che osta alla sua circolazione<sup>66</sup>, di talché la cessazione degli usi non può avvenire sic et simpliciter per mezzo del decreto espropriativo<sup>67</sup>. Ancora, rifacendosi ad un più risalente arresto, avente ad oggetto un regolamento di giurisdizione<sup>68</sup>, asserisce la necessità del provvedimento di sclassificazione quale unica via possibile per il mutamento di destinazione del bene gravato da uso civico, *sub species* demanio collettivo, assimilabile, quanto a regime giuridico, ai beni demaniali.

Le Sezioni Unite affermano perciò che il provvedimento di sdemanializzazione non può essere surrogato dalla mera dichiarazione di pubblica utilità, la quale, lungi dall'essere considerata un equipollente dell'atto in parola, si limita a fotografare l'interesse pubblico del bene, esaurendo la propria funzione nell'ambito circoscritto del procedimento espropriativo. Ciò consentirebbe, peraltro, un'indebita ingerenza dell'Amministrazione espropriante in spazi di discrezionalità riservati ad altra Amministrazione.

---

alle regole del presente codice. I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano". In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>64</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, i pareri della Sezione Consultiva del Consiglio di Stato, n. 912/2022 e n. 89/2019.

<sup>65</sup> Ancora Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 10 maggio 2023, n. 12570.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. Civ. Sent. 28 settembre 2011, n. 19792, in [www.corte.dicassazione.it](http://www.corte.dicassazione.it).

<sup>67</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 21/08/2020, n. 17595.

<sup>68</sup> Cfr. Cass. Civ., SS.UU., Sent. 11 giugno 1973, n. 1671, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).



La sentenza in esame, nel criticare l'orientamento contrario, rileva come lo stesso fosse di fatto compendiabile in un'unica pronuncia<sup>69</sup> sostanzialmente apodittica, atteso che la sua motivazione risulta incentrata su un'interpretazione sistematica della disciplina dei beni gravati da uso civico, i quali, pur sottoposti al regime di inalienabilità, sarebbero assoggettabili tout court alle procedure di espropriazione per pubblica utilità.

## 7. **CONSIDERAZIONI CRITICHE E CONCLUSIONI**

Appare certamente condivisibile quanto affermato dalle Sezioni Unite nella recente pronuncia sin qui esaminata.

Le conclusioni cui giunge si pongono perfettamente in linea con quanto affermato, nel tempo, dalla giurisprudenza di legittimità, quasi a voler seguire un cammino predeterminato, un'evoluzione scandita da passaggi logici irreprensibili. Del resto, la tesi negativa parrebbe osteggiata unicamente da

una pronuncia isolata, la quale caldeggierebbe interpretazioni sistematiche improprie e per nulla conformi ai valori costituzionali.

Invero, la trama assiologica sottesa alla nuova normativa è evidente nell'art. 170, comma 1, che richiama i principi costituzionali, di cui agli artt. 2 e 9 Cost., e implicitamente li collega, tramite il riferimento agli artt. 42, secondo comma, e 43 Cost., alla funzione sociale della proprietà e al paradigma della utilità generale. Al contempo, la ratio ispiratrice della disciplina viene esplicitata, all'art. 271, comma 1, con la definizione dei beni di collettivo godimento, ritenuti elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali, cui forniscono anche fonti di risorse rinnovabili, e quali componenti del sistema ambientale e del paesaggio, nella sua triplice dimensione "agro-silvo-pastorale", il che palesa la loro vocazione a salvaguardare il patrimonio culturale e naturale<sup>72</sup>.

Sebbene la rilevanza socio-economica delle antiche utilizzazioni sia oggi notevolmente ridotta, non può negarsi la meritevolezza della tutela riservata ai beni d'uso civico, destinati alla realizzazione

<sup>69</sup> Cfr. Cass. Civ., Sent. 26 aprile 2007, n. 9986, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>70</sup> L'art. 1 della Legge 20 novembre 2017, n. 168, così dispone: "1. In attuazione degli articoli 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie: a) soggetto alla Costituzione; b) dotato di capacità di auto normazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale; c) dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come proprietà inter-generazionale; d) caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva. 2. Gli enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria". In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>71</sup> L'art. 2 della Legge 20 novembre 2017, n. 168, così dispone: "1. La Repubblica tutela e valorizza i beni di collettivo godimento, in quanto: a) elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali; b) strumenti primari per assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale; c) componenti stabili del sistema

ambientale; d) basi territoriali di istituzioni storiche di salvaguardia del patrimonio culturale e naturale; e) strutture eco-paesistiche del paesaggio agro-silvo-pastorale nazionale; f) fonte di risorse rinnovabili da valorizzare ed utilizzare a beneficio delle collettività locali degli aventi diritto. 2. La Repubblica riconosce e tutela i diritti dei cittadini di uso e di gestione dei beni di collettivo godimento preesistenti allo Stato italiano. Le comunità familiari vigenti nei territori montani continuano a godere e ad amministrare loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini, riconosciuti dal diritto anteriore. 3. Il diritto sulle terre di collettivo godimento si caratterizza quando si verificano le seguenti situazioni: a) avere normalmente, e non eccezionalmente, ad oggetto utilità del fondo consistenti in uno sfruttamento di esso; b) essere riservato ai componenti della comunità, salvo diversa decisione dell'ente collettivo. 4. I beni di proprietà collettiva e i beni gravati da diritti di uso civico sono amministrati dagli enti esponenziali delle collettività titolari. In mancanza di tali enti i predetti beni sono gestiti dai comuni con amministrazione separata. Resta nella facoltà delle popolazioni interessate costituire i comitati per l'amministrazione separata dei beni di uso civico frazionali, ai sensi della legge 17 aprile 1957, n. 278. 5. I principi della presente legge si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità ai rispettivi statuti e alle relative norme di attuazione". In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>72</sup> Si veda Corte cost., Sent., 11 maggio 2017, n. 103.



di interessi generali, ulteriori e diversi rispetto a quelli che avevano favorito la conservazione integra e incontaminata di questi patrimoni collettivi<sup>73</sup>.

Il neo regime vincolistico, più invasivo e più garantista, è frutto del riconoscimento normativo della valenza ambientale dei beni civici e si connota di una valenza ancor più pregnante a seguito dell'inclusione del bene ambiente tra quelli di rilievo costituzionale, nel novero dei principi fondamentali<sup>74</sup>. In tale ottica, pare del tutto ragionevole l'imposizione di una procedura, quale quella di sde-manializzazione, deputata al sapiente temperamento delle finalità in gioco, garantendo che eventuali mutamenti di destinazione siano compatibili con l'interesse generale della comunità che ne è titolare.

Il principio di favor della conservazione della destinazione pubblica, desumibile da siffatto modello procedimentale, è strettamente legato alla connessione inestricabile dei profili economici, sociali e ambientali. Si tratta di un caso in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico inteso quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Pertanto, l'interesse alla conservazione degli usi civici riflette la sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente, le quali concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di una integrazione tra uomo e ambiente naturale<sup>75</sup>.

In tale prospettiva, la soluzione delle Sezioni Unite pare la più idonea a garantire una efficace e

fattiva tutela del paesaggio e dell'ambiente, la quale risulterebbe pregiudicata da un mero intervento successivo alla sclassificazione dei beni civici, posto che solo il coinvolgimento dell'Amministrazione nell'istruttoria e nel contraddittorio procedimentale consente di verificare la sussistenza, o la permanenza, di interessi meritevoli di conservazione<sup>76</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, l'uso civico non appare più una "reliquia" da salvare, come in altri tempi è stato detto, ma un modello alternativo di proprietà e quindi un valore che oggi si carica di nuove implicazioni di tutela ambientale e la cui difesa rappresenta una scelta di campo integrale totalizzante<sup>77</sup>.

Certo è che l'epilogo cui giunge il giudice della nomofilachia, le pronunce menzionate e il ripercorso iter normativo appaiono finalisticamente orientati ad attribuire agli usi civici una connotazione nuova, carica di significati profondi e valori costituzionalmente protetti. L'istituto rappresenta, in definitiva, un baluardo di interessi generali e superiori, in nome dei quali, nel corso del tempo, ha subito metamorfosi e adattamenti, così sopravvivendo o, più precisamente, risorgendo.

<sup>73</sup> Sul punto Corte cost., Sent. 11 maggio 2017, n. 103, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>74</sup> Con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 *all'articolo 9 della Costituzione è stato aggiunto il seguente comma: "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali"*. In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>75</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 18 luglio 2014, n. 210, che richiama a sua volta Corte Cost., Sent. 24 febbraio 1995, n. 46.

<sup>76</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. 18 luglio 2014, n. 210.

<sup>77</sup> Si veda CARLETTI F., *Gli utilizzi d'uso civico come modello per la tutela dell'ambiente*, in *Nuovo dir. agr.*, X, 1983, pag. 437 e ss.





## CORTE DI GIUSTIZIA DEL 5 GIUGNO 2023 NELLA CAUSA C-204/21, *COMMISSIONE C. POLONIA (INDIPENDENZA E VITA PRIVATA DEI GIUDICI)*, ECLI:EU:C:2023:442

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

### **MASSIMA<sup>1</sup>**

*Stato di diritto: la riforma della giustizia polacca di dicembre 2019 viola il diritto dell'Unione. Il valore dello Stato di diritto fa parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune e si concretizza in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri.*

### **SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>177</b>
<b>1. Antefatto della causa .....</b>	<b>177</b>
<b>2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia .....</b>	<b>178</b>

### **1. ANTEFATTO DELLA CAUSA**

Nel 2017, sono state istituite due nuove camere all'interno del *Sąd Najwyższy* (Corte Suprema, Polonia), precisamente *Izba Dyscyplinarna* (Camera Disciplinare) e *Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych* (Camera per la Revisione Straordinaria e gli Affari Pubblici).

Con una legge del 20 dicembre 2019 che ha modificato la Legge sulla Corte Suprema, entrata in vigore nel 2020, le suddette camere hanno ottenuto nuove competenze, in particolare

l'autorizzazione all'avvio di procedimenti penali contro i giudici o la loro detenzione provvisoria. Inoltre, la Camera per la Revisione Straordinaria e gli Affari Pubblici ha ottenuto la competenza esclusiva per esaminare reclami e questioni di legge relative all'indipendenza di un tribunale o di un giudice.

Inoltre, secondo la legge di modifica, la Corte Suprema, compresa l'ultima camera menzionata, non può mettere in discussione la legittimità dei tribunali, degli organi costituzionali dello Stato e degli organi responsabili della revisione e della protezione della legge, né stabilire o valutare la legittimità della nomina di un giudice. Tale legge interviene anche sul concetto di responsabilità disciplinare da parte dei giudici, fortemente strumentalizzata.

La stessa legge di modifica ha anche emendato la legge relativa all'organizzazione dei tribunali ordinari, introducendo disposizioni simili a quelle che modificano la Legge sulla Corte Suprema. Essa stabilisce anche il regime applicabile a qualsiasi procedura penale avviata nei confronti dei giudici dei tribunali ordinari. Inoltre, richiede loro, così come ai giudici della Corte Suprema, di effettuare dichiarazioni riguardanti l'appartenenza a associazioni, fondazioni non a scopo di lucro e partiti politici, compresi i periodi precedenti l'assunzione della loro carica, e prevede che tali informazioni siano pubblicate online. Un gran numero di queste nuove disposizioni si applica anche ai tribunali amministrativi.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

\* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".



Considerando che, con l'adozione del nuovo regime disciplinare, la Repubblica di Polonia aveva mancato di adempiere agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE, la Commissione europea ha presentato un ricorso per inadempimento degli obblighi dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

Nel giudizio pronunciato in quel caso, la Corte di giustizia ha confermato l'azione intrapresa dalla Commissione e la Polonia è stata condannata, con ordinanza provvisoria del vicepresidente della Corte del 27 ottobre 2021, a pagare alla Commissione una penalità di un milione di euro al giorno, importo poi ridotto a cinquecento mila euro al giorno, sino alla data della sentenza definitiva.

Il 5 giugno 2023, la Corte di giustizia, riunitasi come Gran Camera, ha in definitiva ritenuto che le nuove disposizioni nazionali contrarie al principio dell'indipendenza dei giudici garantita dalla seconda comma dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE insieme all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che violino, inoltre, sia gli obblighi imposti ai tribunali nazionali nel contesto della procedura di rinvio pregiudiziale che il principio del primato del diritto dell'Unione europea. In aggiunta, le disposizioni che istituiscono meccanismi dichiarativi riguardo ai giudici e la pubblicazione online dei dati nelle modalità espresse dalla legge violano il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nel Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (il "RGPD").

## **2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha ribadito che la sua autorità si estende al controllo dell'adesione di uno Stato membro ai valori e ai principi

fondamentali contenuti nei Trattati, quali lo Stato di diritto, la tutela giurisdizionale effettiva e l'indipendenza del sistema giudiziario. Gli Stati membri devono conformarsi a tali obblighi derivanti dal diritto dell'Unione quando organizzano il loro sistema giudiziario. È altresì essenziale che evitino qualsiasi regressione nel rispetto dello Stato di diritto attraverso l'adozione di norme che possano mettere a repentaglio l'indipendenza dei giudici. Questo valore, cruciale per l'identità dell'Unione, comporta obblighi legalmente vincolanti che gli Stati membri non possono eludere basandosi su disposizioni o giurisprudenza nazionali, comprese quelle di rango costituzionale.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha ribadito la sua posizione, in linea con precedenti sentenze, secondo cui la Sezione disciplinare della Corte suprema non soddisfa il requisito essenziale di indipendenza e imparzialità. Pertanto, la Corte di giustizia ha concluso che il rischio che i giudici dell'Unione possano essere soggetti a decisioni della suddetta Sezione disciplinare, che potrebbe riguardare il loro status, le loro funzioni o questioni importanti relative ai loro diritti nel contesto del lavoro, della previdenza sociale o delle pensioni, costituisce una minaccia alla loro indipendenza.

In terzo luogo, la Corte di giustizia ha ritenuto che, date le disposizioni ampie e vaghe contenute nella legge di modifica segnalata dalla Commissione, unitamente al contesto particolare in cui tali disposizioni sono state adottate, queste potrebbero essere interpretate in modo tale da consentire l'utilizzo del regime disciplinare applicabile ai giudici e delle relative sanzioni per impedire agli organi giurisdizionali nazionali di valutare se un organo giurisdizionale o un giudice rispettano i requisiti di tutela giurisdizionale effettiva previsti dal diritto dell'Unione, eventualmente ricorrendo alla Corte di giustizia attraverso un procedimento



pregiudiziale. Le misure adottate dal legislatore polacco in questo modo risultano inconciliabili con le garanzie di accesso a un giudice indipendente, imparziale e stabilito per legge. Di fatto, queste garanzie implicano che in determinate circostanze, i tribunali nazionali devono esaminare se loro stessi, i loro giudici o altri organi giurisdizionali soddisfino i requisiti stabiliti dal diritto dell'Unione.

In quarto luogo, il fatto che la legge di modifica conferisca a un unico organo nazionale (ovvero la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema) il potere di verificare il rispetto dei requisiti fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale effettiva costituisce una violazione del diritto dell'Unione. Il rispetto di tali requisiti deve essere garantito in modo uniforme in tutti i settori di applicazione del diritto dell'Unione e in tutte le corti nazionali coinvolte in controversie rientranti in tali settori. Tuttavia, il monopolio di controllo introdotto dalla legge di modifica, unito all'istituzione dei divieti e delle infrazioni disciplinari menzionati, rischia di indebolire ulteriormente il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva previsto dal diritto dell'Unione.

Infine, secondo la Corte di giustizia, le leggi nazionali che richiedono ai giudici di presentare una dichiarazione scritta in cui indicano se sono membri di un'associazione, di una fondazione senza scopo di lucro o di un partito politico e che prevedono la pubblicazione online di queste informazioni violano i diritti fondamentali dei giudici alla protezione dei loro dati personali e al rispetto della loro vita privata. Nel caso specifico, la pubblicazione online di informazioni sulla precedente appartenenza a un partito politico non serve allo scopo dichiarato di rafforzare l'imparzialità dei giudici. Per quanto riguarda le informazioni sull'appartenenza dei giudici a associazioni o fondazioni senza scopo di lucro, queste potrebbero rivelare le loro convinzioni religiose, politiche o filosofiche. La

pubblicazione online di tali informazioni potrebbe permettere a persone che cercano informazioni sullo stato personale del giudice in questione per motivi estranei all'interesse pubblico di accedere liberamente a tali dati. Considerando il contesto particolare delle misure introdotte dalla legge di modifica, la pubblicazione online di tali informazioni espone inoltre i giudici a rischi di stigmatizzazione ingiustificata, danneggiando la percezione sia da parte degli individui che del pubblico in generale.



**CORTE DI GIUSTIZIA DEL 6 GIUGNO 2023 NELLA CAUSA C-700/21, O. G. (MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NEI CONFRONTI DI UN CITTADINO DI UNO STATO TERZO), ECLI:EU:C:2023:444**

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*La possibilità di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo affinché la pena sia eseguita nello Stato membro di residenza deve applicarsi anche ai cittadini di paesi terzi. L'autorità giudiziaria deve poter valutare se il cittadino di un paese terzo sia sufficientemente integrato nello Stato membro di esecuzione e se esista quindi un legittimo interesse che giustifichi che venga eseguita nel territorio di quest'ultimo la pena inflitta nello Stato membro di emissione*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>180</b>
<b>1. Antefatto della causa .....</b>	<b>180</b>
<b>2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia .....</b>	<b>181</b>

**1. ANTEFATTO DELLA CAUSA**

O.G., un cittadino moldavo, è stato condannato in Romania a cinque anni di reclusione per evasione fiscale e appropriazione indebita di fondi destinati al pagamento delle imposte sul reddito e dell'IVA, commesse tra settembre 2003 e aprile 2004. Il 13 febbraio 2012, la Judecătoria Braşov

(Tribunale di Prima Istanza di Braşov, Romania) ha emesso un mandato di arresto europeo (MAE) contro O.G., che nel frattempo si era trasferito in Italia, allo scopo di eseguire una pena detentiva.

Con una prima sentenza del 7 luglio 2020, il Tribunale di Appello competente ha ordinato la consegna di O.G. all'autorità giudiziaria emittente. O.G. ha presentato ricorso contro questa decisione davanti alla Corte Suprema di Cassazione italiana, che ha annullato tale sentenza e ha rimandato il caso alla Corte d'Appello.

In base al diritto dell'UE, gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un MAE solo per le ragioni stabilite nella Decisione Quadro 2002/584, che include motivi facoltativi di non esecuzione, ovvero motivi per i quali gli Stati membri hanno il potere - ma non l'obbligo - di prevedere disposizioni durante la trasposizione di tale decisione quadro. Uno di questi motivi riguarda l'opzione per l'autorità giudiziaria esecutiva di rifiutare l'esecuzione di tale mandato se è stato emesso allo scopo di eseguire una pena detentiva in cui la persona richiesta risiede, o è cittadino o residente dello Stato membro esecutivo, e tale Stato si impegna ad eseguire la sentenza o l'ordine di detenzione in conformità con la sua legge nazionale.

La Corte d'Appello ha stabilito che la legge che traspone tale motivo facoltativo di non esecuzione nella legge italiana limita l'opzione di rifiutare la consegna solo ai cittadini italiani e ai cittadini di altri Stati membri, escludendo i cittadini di paesi

\* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



terzi, anche quando questi ultimi dimostrano di aver stabilito legami economici, occupazionali ed emotivi stabili in Italia.

Poiché la situazione familiare e lavorativa stabile di O.G. in Italia è stata sufficientemente provata, la Corte d'Appello ha sollevato questioni sulla costituzionalità di tale legge dinanzi alla Corte Costituzionale italiana, che rappresenta il giudice del rinvio, ai sensi dell'articolo 267 TFUE. La Corte Costituzionale italiana ha chiesto alla Corte di giustizia se, imponendo la consegna ai cittadini di paesi terzi che risiedono permanentemente in Italia per l'esecuzione di una pena detentiva all'estero, tale legge limiti indebitamente la portata del motivo facoltativo di non esecuzione stabilito all'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro, la cui finalità è garantire la riabilitazione sociale della persona condannata al termine della sua pena, presupponendo il mantenimento dei legami familiari e sociali della persona condannata.

Il giudice del rinvio ritiene che sia necessario, prima di accertare se la legge nazionale oggetto della procedura principale sia conforme alla Costituzione italiana, esaminare se essa sia conforme al diritto dell'UE.

Interrogata dalla Corte Costituzionale italiana in merito all'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro, la Corte di giustizia, riunita in Grande Camera, ha stabilito che tale disposizione impedisce una legge di uno Stato membro che, nel trasporla, escluda, in modo assoluto e automatico, qualsiasi cittadino di un paese terzo che risiede o soggiorna nel territorio di tale Stato membro dal beneficiare del motivo facoltativo di non esecuzione di un MAE da essa stabilito, senza che l'autorità giudiziaria esecutiva possa valutare i legami che tale cittadino ha con lo Stato membro. La Corte di giustizia ha chiarito anche la natura della valutazione che tale autorità deve effettuare per determinare se è opportuno rifiutare l'esecuzione del MAE emesso nei confronti di un

cittadino di un paese terzo residente nello Stato membro esecutivo e gli elementi in grado di dimostrare l'esistenza di legami sufficienti tra tale persona e lo Stato membro esecutivo, tali da integrarla adeguatamente nello Stato in modo che l'esecuzione in tale Stato membro della pena detentiva pronunciata contro tale persona nello Stato membro emittente contribuirà ad aumentare le possibilità di riabilitazione sociale dopo che tale pena è stata eseguita.

## **2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

La Corte di giustizia ha ricordato che, in conformità al principio del riconoscimento reciproco, l'esecuzione del MAE costituisce la regola. Il rifiuto di eseguire, che è possibile solo sulla base delle ragioni di non esecuzione obbligatorie o facoltative stabilite nella decisione quadro, è inteso come un'eccezione, che deve essere interpretata in modo rigoroso.

Per quanto riguarda le ragioni di non esecuzione facoltativa del MAE elencate nella decisione quadro, è chiaro dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, quando traspongono tale decisione quadro nella legislazione nazionale, gli Stati membri dispongono di un margine di discrezione. Pertanto, sono anche liberi di recepire tali ragioni nella loro legislazione nazionale o di non farlo. Possono anche scegliere di limitare le situazioni in cui l'autorità giudiziaria esecutiva può rifiutare l'esecuzione di un MAE, agevolando così la consegna delle persone richieste, in conformità al principio del riconoscimento reciproco. Tuttavia, vi sono limiti alla discrezionalità degli Stati membri quando traspongono una ragione di non esecuzione facoltativa stabilita nell'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro.

In primo luogo, uno Stato membro che scelga di trasporre tale ragione deve conformarsi ai diritti fondamentali e ai principi del diritto dell'UE, tra cui il principio di uguaglianza davanti alla legge garantito dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che richiede che situazioni simili non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che tale trattamento diverso sia oggettivamente giustificato.

L'obbligo che le situazioni debbano essere comparabili, ai fini della valutazione di una violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge, deve essere valutato alla luce, in particolare, dell'oggetto e dello scopo dell'atto che stabilisce la distinzione in questione, tenendo conto dei principi e degli obiettivi del settore a cui l'atto si riferisce.

La Corte di giustizia ha osservato, a tal proposito, che la differenza di trattamento derivante dalla legge nazionale in questione nei procedimenti principali tra i cittadini italiani e quelli di altri Stati membri, da un lato, e i cittadini di paesi terzi, dall'altro, è stata stabilita con l'obiettivo di trasporre l'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro, che non fa distinzione in base al fatto che la persona oggetto del MAE e che non è cittadina dello Stato membro esecutivo sia o non sia cittadina di un altro Stato membro.

Dalla formulazione di tale disposizione e dall'obiettivo che essa persegue non può essere presumibile che una persona di un paese terzo, oggetto di un tale MAE e che risieda o soggiorni nello Stato membro esecutivo, si trovi necessariamente in una situazione diversa da quella di un cittadino di detto Stato membro o di un cittadino di un altro Stato membro che risieda o soggiorni nello Stato membro esecutivo e sia oggetto di un tale mandato. Al contrario, tali persone possono trovarsi in situazioni comparabili, ai fini dell'applicazione della ragione di non esecuzione facoltativa prevista in tale

disposizione, quando sono integrate in misura sufficiente nello Stato membro esecutivo.

Pertanto, una legge nazionale che recepisce l'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro non è conforme all'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea se tratta in modo diverso, da un lato, i propri cittadini e gli altri cittadini dell'Unione e, dall'altro, i cittadini di paesi terzi, negando a questi ultimi, in modo assoluto e automatico, il beneficio della ragione di non esecuzione facoltativa prevista nella decisione quadro, anche quando i cittadini di paesi terzi risiedono o soggiornano nel territorio dello Stato membro e senza tener conto del loro grado di integrazione nella società di tale Stato membro. Tale differenza di trattamento non può essere considerata oggettivamente giustificata.

Tuttavia, nulla impedisce a uno Stato membro, quando traspone tale disposizione nella sua legislazione nazionale, di subordinare il beneficio della ragione di non esecuzione facoltativa prevista dalla disposizione al fatto che il cittadino in questione abbia soggiornato o risieduto ininterrottamente in tale Stato membro per un periodo minimo di tempo, a condizione che tale condizione non vada oltre quanto necessario per garantire che la persona richiesta sia integrata in misura sufficiente nello Stato membro esecutivo.

In secondo luogo, una trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 6, della decisione quadro non può avere l'effetto di privare l'autorità giudiziaria esecutiva della discrezione necessaria per poter decidere se accettare o meno l'esecuzione del MAE, tenendo conto dell'obiettivo previsto di riabilitazione sociale.

Una legge come quella in questione compromette l'obiettivo della riabilitazione sociale privando l'autorità giudiziaria esecutiva del potere di valutare se i legami del cittadino di un paese terzo citato in un MAE con lo Stato membro esecutivo siano sufficienti per decidere che l'esecuzione della





condanna in tale Stato membro aumenterebbe le possibilità di riabilitazione dopo la fine di quella condanna.

Inoltre, la Corte di giustizia ha affermato che, al fine di valutare se è opportuno rifiutare l'esecuzione del MAE emesso nei confronti di un cittadino di un paese terzo che soggiorna o risiede nel territorio dello Stato membro esecutivo, l'autorità giudiziaria esecutiva deve effettuare una valutazione complessiva di tutti gli elementi specifici che caratterizzano la situazione della persona richiesta, in grado di dimostrare che esistono legami tra quella persona e lo Stato membro esecutivo che possono portare alla conclusione che quella persona è sufficientemente integrata in tale Stato. Tali elementi includono i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici che il cittadino di un paese terzo ha con lo Stato membro esecutivo, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro.

In particolare, quando la persona richiesta ha stabilito il centro della sua vita familiare e dei suoi interessi nello Stato membro esecutivo, si deve tenere conto del fatto che la riabilitazione sociale di quella persona dopo aver scontato la sua condanna sarà favorita dal fatto che potrà mantenere contatti regolari e frequenti con la sua famiglia e le persone a lui o lei vicine.

## CORTE DI GIUSTIZIA DEL 4 LUGLIO 2023 NELLA CAUSA C-252/21, META PLATFORMS E A. (CONDIZIONI GENERALI D'USO DI UN SOCIAL NETWORK), ECLI:EU:C:2023:537

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Un'autorità nazionale garante della concorrenza può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante, una violazione del RGPD. Essendo tenuta al rispetto del principio di leale cooperazione, essa deve tuttavia prendere in considerazione qualsiasi decisione o indagine dell'autorità di controllo competente in forza di tale regolamento*

### SOMMARIO

<b>Massima .....</b>	<b>184</b>
<b>1. Antefatto della causa .....</b>	<b>184</b>
<b>2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia .....</b>	<b>185</b>

### 1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Meta Platforms Ireland gestisce l'offerta del social network online Facebook nell'Unione Europea. Gli utenti che si registrano su Facebook accettano le condizioni generali stabilite da questa società, inclusa la politica sulla privacy e l'uso dei cookie. In base a queste condizioni, Meta Platforms Ireland raccoglie dati sulle attività degli utenti sia all'interno che all'esterno del social network e li associa agli

account Facebook degli utenti stessi. Questi dati, noti anche come “dati off Facebook”, includono informazioni sulla navigazione su siti web e app di terze parti, nonché sull'uso di altri servizi online di Meta, come Instagram e WhatsApp. Questi dati vengono utilizzati per personalizzare gli annunci pubblicitari rivolti agli utenti di Facebook.

L'autorità federale tedesca responsabile della concorrenza, il Bundeskartellamt, ha emesso un divieto, in particolare, di condizionare l'uso del social network Facebook da parte degli utenti privati residenti in Germania al consenso per il trattamento dei loro 'dati off Facebook' e di procedere a tale trattamento senza il loro esplicito consenso. Tale decisione è stata motivata dal fatto che questo trattamento non era conforme al Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (RGPD) e costituiva un abuso della posizione dominante di Meta Platforms Ireland sul mercato tedesco dei social network online.

In risposta a un ricorso contro questa decisione, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha chiesto alla Corte di giustizia se le autorità nazionali responsabili della concorrenza possano verificare la conformità di un trattamento dei dati ai requisiti stabiliti dal RGPD. Inoltre, il giudice tedesco ha chiesto chiarimenti sull'interpretazione e sull'applicazione di alcune disposizioni del RGPD riguardo al trattamento dei dati da parte di un operatore di un social network online.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

\* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.



## **2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

La Corte di giustizia ha osservato che, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, è potuto risultare necessario che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato abbia esaminato anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme previste dal RGPD. Tuttavia, nel caso in cui questa autorità nazionale di controllo della concorrenza riscontri una violazione del RGPD, essa non deve assumere il ruolo delle autorità di controllo previste dallo stesso regolamento. In altre parole, la valutazione della conformità al RGPD è limitata a verificare se esista un abuso di posizione dominante e a imporre le misure necessarie per porvi fine, in conformità con le leggi sulla concorrenza.

Al fine di garantire un'applicazione coerente del RGPD, le autorità nazionali garanti della concorrenza sono tenute a cooperare lealmente con le autorità che garantiscono il rispetto di detto regolamento. In particolare, se un'autorità nazionale di controllo della concorrenza ritiene che sia necessario valutare se il comportamento di un'azienda sia conforme alle disposizioni del RGPD, deve prima verificare se tale comportamento o uno simile sia già stato oggetto di una decisione da parte dell'autorità di controllo competente o della Corte di giustizia. In caso affermativo, essa non può discostarsi da questa decisione, ma ha comunque la libertà di trarre le proprie conclusioni riguardo all'applicazione delle leggi sulla concorrenza.

In aggiunta, la Corte di giustizia ha sottolineato che il trattamento dei dati effettuato da Meta Platforms Ireland sembra coinvolgere anche categorie particolari di dati che potrebbero rivelare informazioni quali l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le credenze religiose o l'orientamento

sessuale. Questo tipo di trattamento è, in linea di principio, proibito dal RGPD. Sarà quindi compito del tribunale nazionale determinare se alcuni dei dati raccolti effettivamente rivelino tali informazioni, indipendentemente dal fatto che tali dati si riferiscano a un utente del social network in questione o a qualsiasi altra persona fisica.

Per quanto riguarda la questione se il trattamento di tali dati "sensibili" sia eccezionalmente consentito in virtù del fatto che sono stati manifestamente resi pubblici dalla persona interessata, la Corte di giustizia ha sottolineato che il semplice fatto che un utente visiti siti web o utilizzi applicazioni che potrebbero rivelare tali informazioni non significa necessariamente che l'utente abbia reso manifestamente pubblici i propri dati, secondo quanto previsto dal RGPD. Inoltre, lo stesso principio si applica quando un utente inserisce dati in tali siti o applicazioni o attiva pulsanti di condivisione integrati, a meno che l'utente non abbia espresso esplicitamente in anticipo la sua volontà di rendere i propri dati accessibili pubblicamente a un pubblico illimitato.

In merito al trattamento effettuato da Meta Platforms Ireland, compreso quello dei dati "non sensibili", la Corte di giustizia ha esaminato se questo rientri nelle giustificazioni previste dal RGPD che consentono di rendere legale un trattamento di dati senza il consenso dell'interessato. In questo contesto, la Corte di giustizia ha ritenuto che la necessità di eseguire un contratto in cui l'interessato è coinvolto possa giustificare questo tipo di trattamento solo se è dimostrato che il trattamento dei dati è essenziale e indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo principale del contratto, al punto che senza questo trattamento il contratto stesso non potrebbe essere realizzato. Tuttavia, la Corte di giustizia ha espresso dei dubbi sulla possibilità che la personalizzazione dei contenuti o l'uso uniforme e fluido dei servizi offerti da Meta possano soddisfare tali criteri. Inoltre, la Corte di



giustizia ha ritenuto che la personalizzazione della pubblicità utilizzata per finanziare il social network online Facebook non possa giustificare il trattamento dei dati in questione come un legittimo interesse da parte di Meta Platforms Ireland senza il consenso dell'interessato.

Infine, la Corte di giustizia ha notato che il fatto che l'operatore di un social network online abbia una posizione dominante sul mercato non impedisce in sé agli utenti di tale social network di fornire un valido consenso ai sensi del RGPD per il trattamento dei loro dati da parte di tale operatore. Tuttavia, poiché questa posizione di dominio potrebbe influenzare la libertà di scelta degli utenti e creare uno squilibrio evidente tra loro e l'operatore che effettua il trattamento, questo diventa un elemento rilevante nella determinazione della validità e, in particolare, della libertà del consenso prestato. È responsabilità dell'operatore dimostrare questa circostanza.

**CORTE COST. UD. 21 GIUGNO 2023 (DEP. 27 LUGLIO 2023), N. 175**A cura di **Nicoletta CASTELLANO\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*I singoli organi giurisdizionali sono legittimati a promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, in quanto competenti, in posizione di indipendenza costituzionalmente garantita, a dichiarare definitivamente, nell'esercizio delle funzioni attribuitegli, la volontà del potere cui appartengono<sup>2</sup>. Il Senato della Repubblica è legittimato a essere parte del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, quale organo competente a dichiarare in modo definitivo la propria volontà in ordine all'applicazione dell'art. 68, primo comma, Cost.<sup>3</sup>*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>187</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>187</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>187</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>188</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La presente ordinanza, adottata in ottemperanza all'art. 37, l. n. 87/1953, ammette il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (c.d. inter-organico) in relazione al caso Giarrusso, ex Senatore della Repubblica per il Movimento 5 Stelle (XVIII Legislatura).

Il caso trae origine da un'annosa questione politica, che aveva visto il Senatore Giarrusso al centro delle polemiche poiché questi, tramite il social network Facebook, avrebbe insultato e diffamato, ai sensi dell'art. 595, cc. 1 e 3, c.p. la giornalista Deborah Borgese, definita – di fatto – una iettatrice, nonché affiancata a soggetti pregiudicati per reati di mafia nell'ambito di un consesso elettorale di un piccolo paese siciliano.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Il conflitto di attribuzione sarebbe ammissibile – sostiene la Sez. IV penale del Tribunale Monocratico di Catania – in virtù della lesione delle attribuzioni del potere giudiziario operata dalla Giunta per le Elezioni e le Immunità parlamentari, che aveva incluso il comportamento di Giarrusso nell'ambito di applicazione dell'art. 68, c. 1, Cost., in materia di insindacabilità dei parlamentari per le opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni.

La Consulta, nell'ordinanza de qua, si è trovata concorde con il giudice di merito e ha ritenuto opportuno optare per l'ammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione: la questione giuridica, dunque, ora viene trasferita all'attenzione del giudice costituzionale, che provvederà a decidere (bisognerà capire come, se in via demolitoria ovvero sposando un modus operandi più morbido, più flessibile, che è quello delle c.d. sentenze monitorie).

Innanzitutto, si passi brevemente in rassegna l'orientamento giurisprudenziale sulla c.d.

\* Dottoressa in Giurisprudenza con titolo conseguito presso Università di Roma – “La Sapienza”, praticante avvocato.

<sup>1</sup> Massima ufficiale, 45716.

<sup>2</sup> Precedenti: O. 34/2023 – mass. 45357, O. 35/2022 – mass. 44519, O. 148/2020 – mass. 43530.

<sup>3</sup> Precedenti: O. 34/2023 – mass. 45357, O. 148/2020 – mass. 43530, O. 69/2020 – mass. 43150.



diffamazione aggravata a mezzo stampa, tipologia di reato in cui è stata sussunta la fattispecie in oggetto dal Tribunale monocratico di Catania: il c. 3, art. 595, c.p. è stato più volte oggetto di trattazione dalla giurisprudenza di legittimità.

Si ricordi Cass. Pen., Sez. V, 25 marzo 2022 (ud. 10 dicembre 2021) n. 10762: il caso potrebbe essere definito un gemello di quello in oggetto, poiché riguarda – anch’esso – un caso di diffamazione aggravata ex c. 3, art. 595, c.p. mediante post pubblici su Facebook in cui non venga esplicitato il nome della persona offesa, ma la cui identità sia deducibile dal contesto e dal tenore sociale della pubblicazione.

Gli Ermellini, in questo caso, si sono limitati a consolidare un indirizzo diffuso presso i giudici di merito e in dottrina (ex plurimis, cfr. Trib. Milano, sez. VIII, 16 novembre 2005).

La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, non rileva direttamente per la trattazione di casistiche simili, avendo sì trattato della legittimità costituzionale dell’art. 595 c.p., tuttavia in relazione al quomodo sanzionatorio, statuendo la non obbligatorietà del carcere in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa.

Passando ora ad analizzare il panorama di dottrina e giurisprudenza che si staglia sull’escamotage di cui si è servita la Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari, ossia l’art. 68, c. 1, Cost. è opportuno premettere – preliminarmente – il vizio lamentato dal Tribunale monocratico di Catania.

Il Tribunale a quo dichiara, nel ricorso per conflitto di attribuzione, di essere stato privato del potere di sindacato di merito poiché il Senato della Repubblica avrebbe posto il veto sulla questione, monopolizzandone impropriamente l’esito; ciò che lamenta il ricorrente è una necessità ermeneutica in relazione alla “extra-murarietà” delle dichiarazioni dell’Onorevole: le opinioni – presunte diffamatorie – espresse su Facebook presentano una connessione funzionale con l’attività parlamentare,

rientrando esse nella categoria di ciò che è lecito esprimere “nell’esercizio delle funzioni”?

(...)

“... esiste la materia di un conflitto, la cui risoluzione spetta alla competenza di questa Corte, (...) P.Q.M. la Corte Costituzionale

1) dichiara ammissibile, ai sensi dell’art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Tribunale ordinario di Catania, sezione quarta penale, in composizione monocratica, nei confronti del Senato della Repubblica, indicato in epigrafe;

dispone:

a) che la cancelleria di questa Corte dia immediata comunicazione della presente ordinanza al predetto giudice, che ha promosso il conflitto di attribuzione;

b) che il ricorso e la presente ordinanza siano, a cura del ricorrente, notificati al Senato della Repubblica, in persona del suo Presidente, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione di cui al punto a), per essere successivamente depositati, con la prova dell’avvenuta notifica, nella cancelleria di questa Corte entro il termine di trenta giorni previsto dall’art. 26, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.”

### 3. **DISPOSITIVO**

Sul punto, la Consulta ha statuito (Corte cost., 9 giugno 2015, n. 144) che, per considerare un’attività extra moenia rientrante nella fattispecie ex art. 68, c. 1, Cost., debbano sussistere due requisiti:

1. Legame cronologico tra l’attività intra moenia e quella extra moenia;





2. Che vi sia una corrispondenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, non essendo sufficienti né semplici collegamenti tematici, né un mero contesto politico.

Il riferimento giurisprudenziale per i requisiti predetti è da rinvenire in due sentenze, ossia Corte cost., 4 maggio 2007, n. 152 e Corte cost., n. 131/2003.

Tuttavia, la Consulta ha più volte chiosato che la libertà di opinione ex art. 68, c. 1, Cost., comunque non sia tale da rendere leciti dei semplici insulti solo perché connesse a battaglie ideologico-politiche perpetrate dal parlamentare.

Nel ricorso, anzi, il Tribunale di Catania ritiene non invocabile l'art. 68 Cost. perché non sarebbero opinioni, ma giudizi di valore, essendo anche esclusa una connessione del fatto de quo con l'art. 21 Cost.

**CASS. PEN., SEZ VI, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 15 SETTEMBRE 2023), N. 37985**A cura di **Federico ALOISIO\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento ex art. 34 c.p.p., deve escludersi che possa costituire causa di incompatibilità e di ricusazione del giudice chiamato all'effettuazione dell'incidente probatorio il fatto che abbia, in precedenza e nell'ambito del medesimo procedimento, emesso ordinanza di applicazione di misura cautelare nei confronti del medesimo co-indagato.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>190</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>190</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>190</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>192</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte d'Appello di Roma ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di ricusazione avanzata dal ricorrente nei confronti del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, chiamato ad assumere le prove ritenute necessarie in incidente probatorio nel corso del procedimento in cui il prevenuto era sottoposto ad indagini.

Avverso l'ordinanza del 8.03.2023 proponeva ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite dei suoi difensori, deducendo il vizio di motivazione per manifesta illogicità. Secondo il ricorrente, la Corte di Appello di Roma avrebbe

illegittimamente escluso che nel caso *de quo* fosse ravvisabile la causa di ricusazione ricollegabile all'obbligo di astensione del magistrato individuato dall'art. 36, comma 1 lett. g) c.p.p., vale a dire laddove questo si trovi in taluna delle situazioni di incompatibilità previste dagli artt. 34 e 35 c.p.p. e dalle leggi di ordinamento giudiziario. A giudizio del predetto, il G.i.p. di Roma – trascurando una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto derivante dalle norme di cui agli artt. 2-bis e 2-quater della citata norma del codice di rito – si sarebbe dovuto astenere dal procedere all'assunzione, in incidente probatorio, delle dichiarazioni di un co-indagato ex art. 210 c.p.p. dopo aver disposto l'applicazione di una misura cautelare nei riguardi del medesimo co-indagato e aver proceduto all'interrogatorio di garanzia.

Secondo la Corte distrettuale, infatti, l'assunzione della prova orale nell'ambito di quell'incidente probatorio non avrebbe avuto alcuna incidenza sulle successive fasi processuali, avendo il giudice, in precedenza, assunto decisioni – quali l'applicazione di una misura cautelare in procedimento connesso e autorizzato l'intercettazione di comunicazioni – che non potevano condizionare l'assunzione della prova dichiarativa nell'incidente probatorio, negando dignità alla tesi difensiva per cui tale ricostruzione apparirebbe contrastante con gli artt. 3 e 111 comma 2 Cost. per violazione dei parametri di uguaglianza e di terzietà ed imparzialità del giudice.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

\* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Trieste.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

Gli elementi presi in considerazione dalla Suprema Corte di Cassazione possono essere compendati come segue:

- con riferimento al vizio di motivazione per

manifesta illogicità, non si evidenziano passaggi argomentativi inficiati da illogicità, essendo il provvedimento impugnato connotato, certamente, da sinteticità ma soprattutto da linearità argomentativa;

- con riferimento al motivo di gravame rela-

tivo all'inosservanza o erronea applicazione dell'art. 34 c.p.p., in combinato disposto con gli artt. 36 comma 1, lett. g) e 37 comma 1, lett. a) c.p.p., i giudici di legittimità hanno ricordato come l'art. 34 c.p.p. preveda due ipotesi di incompatibilità – cc.dd. verticale e orizzontale – prospettandosi, nel caso *de quo*, la seconda in quanto vertente sulla relazione tra la fase di giudizio e quella immediatamente antecedente.

Posto che le norme che disciplinano l'incompatibilità del giudice in ragione del compimento di atti nel procedimento sono poste a tutela dei principi di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante quali risultano dagli artt. 3, 24 co. 2, 111 co. 2 Cost. e che risultano preordinate a che la decisione di merito non sia forzosamente condizionata da valutazioni che il giudice abbia prodotto in ordine alla medesima *res iudicanda*, tale non è il caso di specie, in quanto il magistrato giudicante non è chiamato a rivestire una posizione di merito ma una funzione prodromica, meramente anticipatoria dell'assunzione di una prova, durante le indagini preliminari, nelle forme e con le modalità del giudizio dibattimentale.

A ciò si aggiunga che le attività valutative compiute dal magistrato ricusato (nell'ipotesi in parola rappresentate dall'aver autorizzato operazioni di intercettazione e nell'aver emesso un provvedimento cautelare, a cui è succeduta l'ordinanza di ammissione dell'incidente probatorio nelle forme previste) trovano collocazione nel contesto di una medesima fase e appaiono collegate tra loro in quanto "endofasiche" e prodromiche l'una all'altra, rispondendo altresì ad un principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale in base al quale non è possibile disporre nella medesima fase di tanti giudici quanti sono gli atti da compiere<sup>2</sup>;

- con riferimento alla questione di legittimità

costituzionale sollevata con riferimento all'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare all'incidente probatorio il G.i.p. che abbia già svolto valutazioni di merito, decidendo su richieste di applicazione di misure cautelari e di autorizzazione di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, la Suprema Corte giudica manifestamente infondata la questione e ciò sulla base di due ragioni principali:

a) i principi di imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante si riferiscono alle funzioni del magistrato nella fase decisoria sul merito della cosa giudicata;

b) il legislatore, nella previsione dell'incompatibilità "speciale" del giudice che ha esercitato funzioni di G.i.p. rispetto alle fasi successive del giudizio e a quella dell'udienza preliminare<sup>3</sup>, ha escluso l'operatività di tale causa di incompatibilità con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui il giudice abbia assunto una prova nel corso dell'incidente

---

<sup>2</sup> Cfr. *ex multis*, Corte cost. sent. n. 64/2022; Corte cost., ord. n. 76/2007; Corte cost., ord. n. 433/2006; Corte cost., ord. 370/2000; Corte cost., ord. n. 232/1999.

<sup>3</sup> Cfr. art. 34 co. 2-*bis* c.p.p.



probatorio o abbia concorso all'adozione di uno dei provvedimenti propri di tale incidente<sup>4</sup>.

(...)

### **3. *DISPOSITIVO***

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

---

<sup>4</sup> Vedasi art. 34 co. 2-*quater* c.p.p.

**CASS. PEN., SEZ V, UD. 12 MAGGIO 2023 (DEP. 8 SETTEMBRE 2023), N. 36997**A cura di **Francesco MARTIN\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di applicabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, prevista dall'art. 61, comma 1, n. 5, c.p., secondo cui "le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente abbia profittato, devono tradursi, in concreto, in una particolare situazione di vulnerabilità del soggetto passivo del reato, non essendo sufficiente l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione dello stesso.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>193</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>193</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>193</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>195</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte d'Appello di Trieste ha confermato la decisione del Tribunale di Udine con cui, a esito di giudizio abbreviato, V.R. era ritenuto responsabile del delitto di cui agli artt. 624 e 625, comma 1, n. 2, 61, comma 1, n. 5 e 7, c.p., e condannato alla pena ritenuta di giustizia. Secondo il capo di imputazione, V.R., in concorso con altri, dopo essersi introdotto mediante effrazione in un bar e aver scassinato le slot machines lì presenti, si è impossessato di somme e beni per un valore di circa 10.000 euro.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure ai due motivi.

Con il primo si deduce vizio di motivazione in relazione all'art. 61, comma 1, n. 5, c.p., per avere la Corte territoriale ritenuto sussistente l'aggravante della minorata difesa in base all'orario del delitto, avvenuto, secondo le risultanze istruttorie, tra la mezzanotte e le 6.20 del mattino, momento nel quale il gestore del bar si accorgeva del fatto. Pur in assenza di prova certa che il furto sia stato commesso col favore delle tenebre, la Corte d'appello avrebbe dato per scontato tale dato, senza considerare la possibilità che il delitto sia stato commesso dopo l'alba, in presenza di luce. Altro elemento sottaciuto dalla Corte territoriale è quello relativo alla presenza di telecamere di videosorveglianza, che, presupponendo l'adozione di precauzioni destinate a prevenire la commissione di furti, farebbe venir meno l'applicabilità della circostanza aggravante in parola.

Col secondo motivo, si lamenta vizio di motivazione in relazione alla mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche, escluse in base al solo dato dei precedenti penali dell'imputato.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- in via preliminare, e con riferimento all'eccezione di improcedibilità dell'azione per mancanza di querela, sollevata col motivo aggiunto, si deve evidenziare che nei giudizi pendenti in sede di legittimità, l'improcedibilità per mancanza di

\* Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



querela, necessaria per reati divenuti procedibili a querela a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 10 ottobre 2022, n. 150 (Riforma Cartabia) non prevale sull'inammissibilità del ricorso, poiché, diversamente dall'ipotesi di abolitio criminis, non è idonea a incidere sul cd. giudicato sostanziale;

- con riferimento al motivo di gravame inerente la circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 5, c.p. vengono prese in considerazione diverse situazioni che ricomprendono le circostanze di tempo, tra le quali particolare risalto, nella casistica giurisprudenziale e nel caso in esame, hanno assunto le condotte criminose realizzate in tempo di notte, le circostanze di luogo e le circostanze di persona. Già le Sezioni Unite (Cass. Pen., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 40275) avevano evidenziato che il fondamento della circostanza di tempo, in riferimento a ciascuna delle tipologie di elementi fattuali che possono integrarla, è stato generalmente ravvisato nel maggior disvalore che la condotta assume nei casi in cui l'agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui quest'ultima viene a svolgersi.

Il tempo di notte costituisce di per sé circostanza di tempo astrattamente idonea ad ingenerare una situazione di ostacolo alla pubblica o privata difesa, perché di notte, secondo consolidate massime di esperienza, riconosciute come tali e generalmente accettate, più volte accreditate dal legislatore cala l'oscurità e le strade sono poco illuminate (il che favorisce la commissione di azioni delittuose, meno agevolmente visibili ab externo), le persone (vittime che potrebbero meglio difendersi se sveglie o terzi, che potrebbero prestare soccorso alle prime) sono dedite al riposo, la maggior parte delle attività (lavorative e ricreative) cessa, e di conseguenza le strade e gli uffici sono molto meno frequentati e la vigilanza pubblica è meno intensa ed è quindi più difficile ricevere soccorso.

L'effetto di ostacolo alla pubblica o privata difesa che sia in ipotesi derivato dalla commissione del fatto in tempo di notte, deve essere tuttavia valutato in concreto e, in particolare e proprio nel caso de quo, se sussistano circostanze ulteriori, di qualunque natura, atte a vanificare il predetto effetto di ostacolo quali la predisposizione di un sistema di vigilanza privata e/o di un sistema di video sorveglianza.

L'esistenza di un siffatto impianto potrà essere valorizzata per escludere la circostanza aggravante de qua nei casi in cui l'impianto di videoripresa, atto di per sé a consentire ex post l'individuazione dei responsabili del reato, sia collegato alla centrale operativa di polizia o di un istituto di vigilanza privata, sì da consentire il tempestivo accorrere di soccorsi. In altri casi in cui l'impianto sia spento o altrimenti disattivato dal soggetto agente, o sia privo del collegamento con centrali operative delle forze dell'ordine o di istituti di vigilanza privati, la sua installazione non rileverà ai fini dell'esclusione della circostanza aggravante in esame.

Ed infatti, nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione pur dando atto della presenza di un impianto di videosorveglianza ha evidenziato che lo stesso non ha scoraggiato l'imputato dal perpetrare l'azione delittuosa, né è servita ad allertare il proprietario o le forze dell'ordine:

- anche il motivo inerente il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche non è stato ritenuto meritevole di accoglimento, avendo la Corte territoriale adeguatamente motivato l'esclusione delle circostanze attenuanti generiche, riferendosi non soltanto ai precedenti penali dell'imputato, ma anche alle modalità del fatto, compiuto con professionalità e organizzazione, oltre che all'assenza di elementi positivi a favore dello stesso.

(...)





### **3. *DISPOSITIVO***

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

**CASS. PEN., SEZ I, UD. 6 GIUGNO 2023 (DEP. 25 SETTEMBRE 2023), N. 38879**

A cura di **Francesco MARTIN\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di misure alternative alla detenzione, nel caso di istanza di condannato ultrasettantenne con problemi di salute, il tribunale è tenuto a motivare specificamente sulla compatibilità del mantenimento in carcere con la tutela del diritto alla salute, la funzione rieducativa della pena e il senso di umanità, incidendo inevitabilmente l'età del detenuto sulle valutazioni richieste dagli artt. 147 c.p. e 47-ter O.P. in relazione ai principi costituzionali di riferimento.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>196</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>196</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>196</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>198</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Il Tribunale di sorveglianza ha respinto la domanda di differimento della esecuzione o di detenzione domiciliare per motivi di salute; avverso l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il soggetto detenuto, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure ad un unico motivo.

Si deduce l'erronea applicazione di legge e vizio di motivazione in quanto il Tribunale non avrebbe tenuto conto né dell'età del ricorrente - ultrasettantenne - né della obiettiva gravità di talune patologie in atto, che richiedono controlli estremamente accurati e frequenti; vi sarebbe pertanto una

obiettiva carenza argomentativa, in riferimento alla sottovalutazione dei rischi correlati alla protrazione della detenzione.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- la sospensione obbligatoria dell'esecuzione della pena, ex art. 146, comma 1, n. 3 c.p., nell'escludere ogni bilanciamento con esigenze specialpreventive, presuppone una condizione di particolare gravità della condizione patologica tale da determinare la incompatibilità con lo stato detentivo (sia in rapporto a necessità di tutela della dignità umana che in ragione della impossibilità di fornire trattamenti utili al miglioramento delle condizioni), mentre quella in tema di sospensione facoltativa - art. 147, comma 1, n. 2 c.p. - nel prevedere che la pena può essere differita nel caso in cui il destinatario si trovi in condizioni di grave infermità fisica postula una differente rilevanza delle patologie (intese come di minore gravità) e richiede - in via generale - che la sottoposizione alla restrizione di libertà, in rapporto alla natura dell'infermità riscontrata, appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da questa derivanti o che il trattamento sanitario, imposto dalla gravità delle patologie, non sia praticabile in modo adeguato in ambiente penitenziario, neanche mediante ricorso alle strutture esterne nei modi di cui all'art. 11 O.P.- Il differimento della pena, in via generale, non è di per sé ricollegato al pericolo di vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o

\* Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione. Nel solo caso della sospensione facoltativa il legislatore evidenzia che il differimento dell'esecuzione non vede del tutto estranea, nell'esercizio della discrezionalità del giudice in punto di bilanciamento di valori, la considerazione della perdurante pericolosità sociale dell'istante;

- la detenzione domiciliare ordinaria è disciplinata dall'art. 47-ter O.P., introdotto con la L. 10 ottobre 1986, n. 663, e permette al condannato di espiare la pena detentiva, o residuo della stessa, non più nell'istituto penitenziario, bensì presso la propria abitazione, in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza. L'art. 47-ter O.P. individua tassativamente i soggetti a che possono richiedere, al Tribunale di sorveglianza competente per territorio, l'accesso a tale beneficio, cioè coloro che abbiano compiuto i 70 anni di età, purché non siano stati condannati per reati previsti dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., i delinquenti abituali, professionali o recidivi ai sensi dell'art. 99 c.p.-

Su quest'ultimo punto è opportuno evidenziare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 56 del 9 marzo 2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, O.P., limitatamente alle parole «*né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale*». La detenzione domiciliare può inoltre essere concessa ai condannati alla pena della reclusione non superiore a quattro anni qualora si tratti di donne incinta o madri di prole di età non superiore a 10 anni con esse conviventi, persone che versano in uno stato di salute particolarmente grave da necessitare di costanti contatti con i presidi sanitari del territorio, soggetti che abbiano compiuto i 60 anni di età e affetti da patologie

gravi o parzialmente invalidanti, ovvero che non abbiano compiuto i ventun anni di età, per motivi di lavoro, famiglia, salute e studio.

Il comma 1-bis, dell'art. 47-ter O.P., prevede l'applicazione della misura alternativa anche nei confronti dei condannati alla pena detentiva non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena.

Il successivo comma 1-ter, che qui riveste particolare interesse, prevede che in caso di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 c.p., il Tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare.

La previsione di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, O.P. consente infatti di applicare, lì dove residuino esigenze specialpreventive, la detenzione domiciliare in deroga sia al limite dell'entità della pena residua che alla ostatività delle fattispecie di reato di cui all'art. 4-bis O.P. e si rapporta ad entrambe le condizioni di fatto descritte dal legislatore agli artt. 146 e 147 c.p., atteso che la misura in questione consente di interrompere la detenzione carceraria ed evitare l'effetto sospensivo 'purò della pena mantenendo un controllo, ove necessario, sui comportamenti del soggetto sottoposto.

La detenzione domiciliare ha sempre più di contenuti di natura risocializzante mediante l'imposizione di prescrizioni, non solo a carattere negativo, ma anche positivo, finalizzate alla rieducazione del condannato in quanto il Tribunale di sorveglianza può stabilire anche disposizioni di natura risocializzante, non limitandosi ad una regolamentazione in negativo, elencando solamente i divieti; costituisce inoltre una misura intermedia, applicata in ragione dei progressi conseguiti nel corso del trattamento, prima dell'applicazione della misura più ampia dell'affidamento in prova.

La concedibilità della liberazione anticipata anche al detenuto domiciliare, inoltre, conferma



ulteriormente la natura di misura alternativa, in quanto beneficio che ha come presupposto proprio la partecipazione all'opera di rieducazione.

(...)

### **3. *DISPOSITIVO***

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Sorveglianza.

**CASS. PEN., SEZ I, UD. 6 GIUGNO 2023 (DEP. 3 OTTOBRE 2023), N. 40033**A cura di **Francesco MARTIN\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In un sistema di messaggistica telematica che ormai, per effetto dell'ulteriore progresso delle telecomunicazioni, permette al destinatario di sottrarsi sempre all'interazione immediata con il mittente ponendo un filtro al rapporto con il soggetto che invia il messaggio molesto, l'equiparazione tra la invasività delle comunicazioni moleste effettuate tramite sistemi di messaggistica telematica e quella delle comunicazioni tradizionali effettuate con il mezzo del telefono non si giustifica più, perché la circostanza che il messaggio telematico abbia assunto quella maggiore invasività che lo rende assimilabile alla telefonata molesta ricevuta improvvisamente dipende non da una scelta del soggetto che invia, ma da una scelta del soggetto che riceve.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>199</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>199</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>200</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>202</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte d'appello di Caltanissetta, riformando la pronuncia di primo grado emessa in rito abbreviato dal Tribunale di Caltanissetta, e riqualificato il fatto, originariamente contestato come reato previsto e punito dall'art. 612-bis c.p., in quello dell'art. 660 c.p., ha condannato D.P.F. alla pena di mesi 2

di arresto per avere inviato una richiesta di amicizia sul profilo Facebook dei figli naturali A. e B., per aver inviato messaggi dello stesso tipo ai genitori adottivi di questi, per aver successivamente contattato tramite Facebook ed Instagram la nonna paterna adottiva dei minori, e per aver postato sempre su Facebook e Instagram fotografie ritraenti i propri figli naturali insieme ai genitori adottivi, fotografie su cui aveva apposto la frase di testo «i miei figli».

Avverso il predetto provvedimento ha proposto ricorso l'imputata, per il tramite del difensore, con i seguenti motivi di seguito descritti nei limiti strettamente necessari ex art. 173 disp. att. c.p.p.-

Con il primo motivo deduce inosservanza norma penale dell'art. 660 c.p., perché tale fattispecie prevede che il mezzo dell'azione molesta sia il telefono; la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che allo strumento del telefono possano essere equiparati altri mezzi di trasmissione, purché abbiano la caratteristica dell'essere imposti al destinatario, senza possibilità per questi di sottrarsi all'immediata interazione con il mittente, ed ha escluso l'esistenza del reato nel caso in cui la modalità della comunicazione sia asincrona perché l'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un documento di testo nella memoria dell'elaboratore del gestore del servizio nella comunicazione si perfeziona solo in un momento successivo quando il destinatario si connette a sua volta dall'elaboratore cosa che sarebbe avvenuta nel caso in esame.

Con il secondo motivo deduce mancata applicazione da parte del giudice di appello della causa di non punibilità dell'art. 131-bis c.p., astrattamente applicabile a seguito della riqualificazione del fatto in quello di cui all'art. 660 c.p.-

\* Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



Con requisitoria scritta il Procuratore generale ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

(...)

## 2. MOTIVI DELLA DECISIONE

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- in primo luogo, vengono illustrati i vari orientamenti giurisprudenziali con riferimento alla locuzione «*col mezzo del telefono*», utilizzata dal legislatore del 1930, ed alla possibilità di ricomprendere in essa anche delle modalità di interferenza, non gradita, nella vita altrui create dallo sviluppo tecnologico, e non immaginate dal legislatore nel momento in cui è stata scritta la norma.

Una prima pronuncia (Cass. Pen., Sez. III, 26.03.2004 n. 28680) si è occupata, in particolare, della rilevanza penale della molestia arrecata mediante gli short messages system (SMS) ed ha ritenuto che la disposizione dell'art. 660 c.p. punisca anche la molestia posta in essere attraverso l'invio di tale tipologia di messaggi, che sono trasmessi attraverso sistemi telefonici mobili o fissi, e che, a giudizio di questa pronuncia, non possono essere assimilati a messaggi di tipo epistolare, in quanto il destinatario di essi è costretto, sia de auditu che de visu, a percepirli, con corrispondente turbamento della quiete e tranquillità psichica, prima di poterne individuare il mittente, il quale in tal modo realizza l'obiettivo di recare disturbo al destinatario.

Una seconda pronuncia (Cass. Pen., Sez. I, 17.06.2010, n. 24510) si è occupata della rilevanza penale delle molestie perpetrate mediante messaggi di posta elettronica, ed ha introdotto una prima limitazione alla possibilità di sussumere nell'ambito della norma dell'art. 660 c.p. anche questa tipologia di comunicazione a distanza generata dal progresso dei sistemi di telecomunicazione. Con riferimento ai messaggi di posta elettronica, infatti, la sentenza

D'Alessandro ha sostenuto che il principio di stretta legalità e di tipizzazione delle condotte illecite dell'art. 1 c.p. impedisce che l'interpretazione dell'espressione «*col mezzo del telefono*» possa essere dilatata sino a comprendere anche le modalità di comunicazione asincrona, quale l'invio di messaggi di posta elettronica, che pure utilizzano la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza. La sentenza ha, infatti, sostenuto che l'invio di un messaggio di posta elettronica, - esattamente proprio come una lettera spedita tramite il servizio postale - non comporta (a differenza della telefonata) nessuna immediata interazione tra il mittente e il destinatario.

In definitiva, sul piano del rispetto del principio di tipicità della fattispecie penale, questa pronuncia sgancia la interpretazione della locuzione «*col mezzo del telefono*» dall'utilizzo di un apparecchio telefonico e ritiene sufficiente che la comunicazione avvenga attraverso le linee telefoniche, ma, sul piano della ratio, fissa la linea di confine della fattispecie penale nella circostanza che la comunicazione avvenga con modalità sincrona, dando luogo ad una immediata interazione tra soggetto agente e destinatario della comunicazione. La locuzione codicistica «*col mezzo del telefono*» diventa, pertanto, la formula utilizzata dal legislatore del 1930 per sanzionare le condotte moleste perpetrate mediante una comunicazione di carattere invasivo cui il destinatario non può sottrarsi.

Una terza pronuncia (Cass. Pen., Sez. 1, 27.09.2011 n. 36779), muovendo dal rilievo che i risultati dell'innovazione tecnologica consentono di inviare messaggi di posta elettronica, in entrata e in uscita, attraverso i normali apparecchi telefonici, fissi o mobili, sostanzialmente con le stesse modalità di invio degli sms, ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 660 c.p., al termine telefono debba essere equiparato, senza esondare dal perimetro dei possibili significati della formulazione letterale impiegata dal legislatore, qualsiasi mezzo di trasmissione, tramite





rete telefonica e rete cellulare delle bande di frequenza, di voci e di suoni imposti al destinatario, senza possibilità per lo stesso di sottrarsi alla immediata interazione con il mittente. In definitiva, anche questa pronuncia aggancia la interpretazione della locuzione «*col mezzo del telefono*» all'utilizzo delle linee telefoniche, ma fissa la linea di confine della fattispecie nella circostanza che le comunicazioni avvengano con un mezzo che raggiunge il destinatario dell'azione perturbatrice in modo invasivo, mediante una interazione immediata con il mittente cui il destinatario non può sottrarsi, e tale invasività consisterebbe nel sistema di alert di cui è dotata la forma di comunicazione.

Una quarta pronuncia (Cass. Pen., Sez. 1, 18.03.2021, n. 37974) ha puntualizzato ulteriormente, in ordine alle molestie arretrate tramite messaggistica istantanea sms e WhatsApp, che la interazione immediata, e non gradita, del destinatario con il mittente può consistere non soltanto nell'avvertimento acustico che indica l'arrivo del messaggio, ma anche nella percezione immediata e diretta del contenuto del messaggio attraverso l'anteprima di testo che compare sulla schermata di blocco. Nel percorso logico di questa pronuncia il distinguo tra messaggistica telematica e messaggistica tramite sms non ha ragion d'essere, in quanto entrambi possono realizzare in concreto una diretta e immediata intrusione del mittente nella sfera delle attività del ricevente. In definitiva, anche questa pronuncia aggancia la interpretazione della locuzione «*col mezzo del telefono*» all'utilizzo delle linee telefoniche, ma fissa la linea di confine della fattispecie nella circostanza che le comunicazioni avvengano con un mezzo che raggiunge il destinatario dell'azione perturbatrice in modo invasivo, imponendogli una interazione immediata con il mittente, e tale invasività consisterebbe, in questo caso, nel sistema di preview di cui è dotata la forma di comunicazione.

Una quinta pronuncia (Cass. Pen., Sez. 1, 04.05.2021 n. 28959), di poco successiva, si è

occupata di nuovo delle comunicazioni che avvengono mediante posta elettronica, ha escluso la rilevanza penale delle stesse ai sensi dell'art. 660 c.p., a causa della minore invasività della modalità asincrona attraverso cui avviene la comunicazione, però, ha apposto a tale conferma della irrilevanza penale la necessaria precisazione, imposta dal progresso tecnologico della rilevanza penale di tale forma di comportamenti molesti se la comunicazione tramite posta elettronica avviene con un telefono attrezzato, che permette la trasmissione di voci e di suoni in modalità sincrona, che avvertono non solo l'invio e la contestuale ricezione di sms (short messages system), ma anche l'invio e la ricezione di posta elettronica. In definitiva, anche secondo questa pronuncia la linea di confine della fattispecie consiste nella circostanza che le comunicazioni avvengano con un mezzo che raggiunge il destinatario dell'azione perturbatrice in modo invasivo, obbligandolo all'immediata interazione con il mittente, e l'invasività dipende anche in questo caso dall'esistenza o meno di sistemi di alert o preview di cui è dotata la comunicazione molesta;

- il secondo fulcro della sentenza concerne il confronto con la tesi che le comunicazioni moleste effettuate tramite sistemi di messaggistica telematica possano avere una invasività minore della comunicazione tradizionale effettuata con il mezzo del telefono. Tale assioma viene superato in concreto attribuendo rilievo decisivo alla circostanza che le comunicazioni moleste effettuate mediante messaggistica telematica siano affiancate da un sistema di alert o di preview, che le rende invasive nello stesso modo di quelle effettuate a mezzo del telefono.

In realtà, però, se sono i sistemi di alert o preview che affiancano la forma di comunicazione a distanza a rendere la stessa sufficientemente invasiva da dover essere considerata molesta nel significato dell'art. 660 c.p., deve essere a questo punto



osservato che la esistenza o meno di un sistema di alert o preview dipende, in realtà, non dal soggetto che invia, ma da quello che riceve, che può decidere liberamente se consentire all'applicazione di messaggistica telematica di inviargli la notifica della ricezione di un messaggio.

Difatti in un sistema di messaggistica telematica che ormai, per effetto dell'ulteriore progresso delle telecomunicazioni, permette al destinatario di sottrarsi sempre all'interazione immediata con il mittente ponendo un filtro al rapporto con il soggetto che invia il messaggio molesto, la equiparazione tra la invasività delle comunicazioni moleste effettuate tramite sistemi di messaggistica telematica e quella delle comunicazioni tradizionali effettuate con il mezzo del telefono non si giustifica più, perché la circostanza che il messaggio telematico abbia assunto quella maggiore invasività che lo rende assimilabile alla telefonata molesta ricevuta improvvisamente dipende non da una scelta del soggetto che invia, ma da una scelta del soggetto che riceve.

L'istantaneità della comunicazione molesta veicolata tramite la messaggistica telematica, e la circostanza che essa giunga in un momento improvviso non regolabile dal soggetto che riceve la comunicazione, sono, infatti, caratteristiche accessorie del mezzo utilizzato, che il destinatario può evitare, sottraendosi a quella interazione immediata con il mittente che è la linea di delimitazione della fattispecie penale.

(...)

### **3. DISPOSITIVO**

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste. In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs.196/03 in quanto imposto dalla legge.

**CASS. PEN., SEZ III, UD. 28 SETTEMBRE 2023 (DEP. 11 OTTOBRE 2023), N. 41157**A cura di **Francesco MARTIN\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In sede di confisca di prevenzione non è richiesto l'accertamento della stretta derivazione causale dei beni confiscabili da singoli delitti, ipotesi questa riconducibile alla confisca quale misura di sicurezza, essendo sufficiente invece la verifica della consumazione di reati produttivi nel tempo di profitti illeciti e dell'assenza di altri redditi legittimi.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>203</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>203</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>203</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>205</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte di Appello di Torino, sezione misure di prevenzione, con decreto in data 6 marzo 2023, in parziale riforma del decreto del Tribunale di Torino, revocava la confisca del saldo di un conto corrente intestato a R.L. limitatamente ai ratei di pensione e di un'autovettura intestata a G.K., confermando la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale per anni 3 applicata al R. e la confisca di vari beni immobili, mobili e c/c intestati al predetto ovvero a suoi familiari. Riteneva la Corte di Appello dovere confermare il giudizio di pericolosità sociale del proposto quale soggetto

rientrante nel novero del D.Lvo. 6 settembre 2011, n. 159, art. 1 lett. b).

Avverso detto decreto proponeva ricorso per cassazione il difensore del proposto, Avv.to Michele Ambra, deducendo con distinti motivi qui riassunti ex art. 173 disp. att. c.p.p.: violazione ex art. 606 lett. b) c.p.p. in relazione al D.Lgs. 159/2011, art. 1 lett. b) per avere i giudici di merito basato il giudizio di pericolosità su fatti esclusi da sentenze definitive di assoluzione e ciò in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità circa l'impossibilità di ribaltamento in sede di prevenzione del giudicato assolutorio definitivo.

Con il primo motivo si evidenziava la violazione ex art. 606 lett. b) c.p.p. in relazione al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 1 lett. b) per avere la corte di appello ritenuto i delitti di tentata estorsione e di detenzione di armi effettivamente produttivi di reddito illecito senza alcuna specifica valutazione circa la possibilità per il prevenuto di ottenere profitto

Con il secondo la violazione ex art. 606 lett. c) c.p.p. in relazione al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 1 lett. b) per mancanza di motivazione sulla congruità tra i profitti illeciti ipotizzati ed il patrimonio sequestrato.

Ed infine con il terzo la violazione ex art. 606 lett. b) c.p.p. in relazione al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 1 lett. b) in relazione al difetto del requisito della correlazione temporale tra manifestazione di pericolosità e confisca.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

\* Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

In via preliminare si afferma che non è precluso al giudice la valutazione delle condotte ricostruite in provvedimenti di archiviazione posto che, secondo l'indirizzo della corte di legittimità, in tema di misure di prevenzione, il giudicante può valutare autonomamente anche i fatti oggetto di un procedimento penale archiviato, purché effettui una attenta disamina del provvedimento di archiviazione, al fine di verificare se da esso emergano elementi ostativi alla trasmigrazione dei dati in sede di prevenzione.

Le misure di prevenzione disposte nei confronti dei soggetti c.d. pericolosi generici che rientrano nella categoria di cui all'art. 1, lett. b), D.Lgs. 159/2011, richiedono che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi abitualmente in un significativo arco temporale, da cui abbia tratto un profitto che costituisca ovvero abbia costituito in una determinata epoca - il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo.

Ne deriva pertanto affermare che in sede di confisca di prevenzione non è richiesto l'accertamento della stretta derivazione causale dei beni confiscabili da singoli delitti, ipotesi questa riconducibile alla confisca quale misura di sicurezza, essendo sufficiente invece la verifica della consumazione di reati produttivi nel tempo di profitti illeciti e dell'assenza di altri redditi legittimi.

Difatti i presupposti oggettivi per procedere alla confisca sono delineati dagli artt. 20 e 24 D.Lgs. 159/2011 e si sostanziano nella disponibilità, diretta o indiretta, del bene da parte del proposto e, come evidenziato, nella sufficienza indiziaria della provenienza illecita.

La disponibilità diretta si desume dalla formale titolarità del bene accertata sulla base delle ordinarie regole del diritto civile con gli opportuni

adattamenti per evitare elusioni della normativa di prevenzione.

Per la disponibilità indiretta occorre la prova che il proposto risulti il dominus del bene. La disponibilità non può ritenersi limitata alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene ma deve essere esteso, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene medesimo ricada nella sfera degli interessi economici del soggetto, anche se costui eserciti il proprio potere per il tramite di altri che pure ne godano direttamente. La prova della disponibilità indiretta deve essere rigorosa, anche se può essere fornita sulla base di requisiti della gravità, precisione e concordanza, che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale dell'intestazione e, corrispondentemente, del permanere della disponibilità dei beni nell'effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto, idonei a costituire prova indiretta della disponibilità.

La giurisprudenza non differenzia la natura dell'onere probatorio nel momento del sequestro o della confisca. In quest'ultima fase, col pieno esplicitarsi del contraddittorio, a fronte della prova offerta dall'organo proponente ritenuta idonea dal tribunale in sede di sequestro, i terzi intestatari possono allegare elementi diretti a inficiare la ricostruzione accusatoria introducendo temi o tracce di prova ritenuti utili a fini difensivi.

Sono previste presunzioni *iuris tantum*, sulla base delle persone coinvolte o della natura degli atti (art. 26, comma 2, D.Lgs. 159/2011).

La disponibilità indiretta si può desumere anche dai rapporti che legano il proposto e l'apparente titolare del bene con i soggetti per i quali, ai sensi dell'art. 19, comma 3, D.Lgs. 159/2011 devono essere svolte indagini patrimoniali: coniuge, figli e coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con il proposto (F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019).



Per la provenienza illecita, occorre accertare l'esistenza di sufficienti indizi, primo tra tutti la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi dichiarati o l'attività svolta, tali da far ritenere che i beni stessi siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego. Si tratta di uno standard probatorio inferiore alla prova costituito da quegli indizi che, in misura sufficiente, conducano alla genesi illecita dei beni o al loro reimpiego, in primo luogo la sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità (diretta o indiretta) del proposto e i suoi redditi e le attività da lui svolte;

Con riferimento poi ai vizi deducibili nel procedimento di prevenzione, il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge, sicché il vizio di travisamento della prova per omissione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. è estraneo al procedimento di legittimità, a meno che il travisamento non abbia investito plurime circostanze decisive totalmente ignorate ovvero ricostruite dai giudici di merito in modo talmente erroneo da trasfondersi in una motivazione apparente o inesistente, riconducibile alla violazione di legge.

Infine, la competenza per territorio a decidere in materia di applicazione di misure di prevenzione spetta al tribunale del capoluogo della provincia nella quale il proposto ha la sua dimora la quale, anche se non coincidente con la residenza anagrafica, va individuata nel luogo in cui il proposto ha tenuto comportamenti sintomatici idonei a lasciar desumere la sua pericolosità, a nulla rilevando eventuali modificazioni intervenute successivamente alla proposta di applicazione della misura.

Ne consegue che detta competenza deve essere individuata con riferimento allo spazio geografico-ambientale in cui il soggetto manifesta i suoi comportamenti socialmente pericolosi, anche se tale luogo sia diverso da quello di dimora abituale.

(...)

### 3. **DISPOSITIVO**

Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

**CASS. PEN., SEZ V, UD. 12 APRILE 2023 (DEP. 31 AGOSTO 2023), N. 36407**A cura di **Andrea PROVENZANO\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di violenza privata, si ravvisa la coartazione dell'altrui libertà di autodeterminazione nella condotta del giornalista che procaccia notizie con modalità insistenti, non potendosi invocare, ex art. 51 cod. pen., la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca, in quanto il diritto all'informazione non giustifica forme illecite di compressione della libertà privata.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>206</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>206</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>207</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>208</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte d'Appello di Milano ha ribadito la penale responsabilità dell'imputato per il reato di cui all'art. 610 c.p. e lo ha condannato alla pena ritenuta di giustizia, riformando, tuttavia, la decisione del Tribunale di Milano in punto di concessione della sospensione condizionale della pena (al fine di consentire all'imputato di poter eventualmente beneficiare ancora dell'istituto).

I fatti da cui scaturisce la vicenda processuale possono essere riassunti nei termini seguenti.

L'imputato, intervistatore di una nota trasmissione televisiva, si era indebitamente introdotto,

insieme al cameraman, nello stabile in cui risiedeva la persona offesa. In tale sede aveva esercitato violenza in modo idoneo a privare la persona offesa coattivamente della libertà di determinazione e di azione, dapprima impedendole di accedere alla palazzina dove era situata la sua abitazione e costringendola a tollerare la loro presenza con una serie insistente di domande alle quali, fin da subito, la persona offesa dichiarava di non voler rispondere, e, successivamente, impedendole di rientrare nel proprio appartamento. L'intervistatore le aveva, infatti, ostacolato la chiusura delle porte dell'ascensore e aveva rivolto alla persona offesa ulteriori domande concernenti fatti per cui la stessa era stata sottoposta a procedimento penale insieme ad altri, continuando a pretendere risposte, ancorché la persona offesa si fosse rifiutata in più occasioni in modo espresso di essere intervistata e ripresa con immagini che venivano successivamente trasmesse nel programma televisivo.

Avverso la sentenza della Corte d'appello ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure a cinque motivi.

I motivi di ricorso di maggior interesse sono il primo e il terzo.

Con il primo motivo, si deduce vizio di motivazione e travisamento della prova in relazione all'elemento materiale del reato. In particolare, la Corte territoriale avrebbe ommesso di confrontarsi con le censure difensive tese a evidenziare come tale condotta non sarebbe sufficiente a integrare la fattispecie delittuosa di violenza privata, atteso che né violenza né minaccia hanno accompagnato le riprese video della persona offesa.

\* Abilitato all'esercizio della professione forense, già tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



Con il terzo motivo, si lamenta violazione di legge, in relazione all'art. 51 cod. pen., nonché vizio di motivazione, per avere la Corte d'appello escluso che la scriminante del diritto di cronaca si applichi quando il fatto è commesso nel procacciarsi la notizia. Così argomentando, e omettendo qualsivoglia operazione di bilanciamento di diritti e interessi in gioco, sia in astratto sia in concreto, la Corte territoriale avrebbe disatteso la giurisprudenza di questa Corte, la quale, in linea con talune decisioni della Corte di Strasburgo, ha ritenuto che, in tema di esercizio del diritto di cronaca, la scriminante di cui all'art. 51 cod. pen. sia configurabile non soltanto rispetto ai reati commessi con la pubblicazione della stessa, ma anche in relazione a delitti commessi al fine di procacciarsi la notizia. Secondo un orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. 2, n. 38277 del 07/06/2019, Nuzzi, Rv. 276954-05), infatti, un'interpretazione convenzionalmente orientata (ex art. 10 CEDU, come interpretato dalla Grande Camera della Corte EDU nelle decisioni del 21 gennaio 1999, *Frezzos Roire c. Francia* e del 10 dicembre 2007, *Sto/I c. Svizzera*) dell'art. 51 cod. pen. imporrebbe al giudice di valutare se la divulgazione di un articolo (o di un servizio giornalistico, nel caso di specie) apporti un contributo ad un dibattito pubblico su un tema di interesse generale e se, nelle particolari circostanze del caso concreto, l'interesse di informare la collettività prevalga sui "doveri e responsabilità" che gravano sui giornalisti.

## **2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così sintetizzati:

- con riferimento all'elemento oggettivo del reato, la sua sussistenza si evince dall'esercizio, da parte del ricorrente, di una reiterata, oppressiva e insistente pressione esercitata sulla persona di G.S., per il tramite dell'imposizione di domande, di riprese video e di posture fisiche, cui la persona offesa tentava invano di sottrarsi. Si tratta, dunque, di una condotta che, costringendo la vittima ad un "patii", ben può ricondursi a quella peculiare forma di violenza privata indicata dalla costante giurisprudenza di legittimità quale "violenza impropria", vale a dire un tipo di coartazione dell'altrui libertà che si attua attraverso l'uso di mezzi anormali (ai quali è riconducibile quella forma di insistente e reiterata pressione compiuta dall'imputato);

- con riferimento alla censura vertente sull'omessa operazione di bilanciamento di diritti e interessi in gioco, il diritto all'informazione non può essere invocato per giustificare forme illecite di compressione della libertà privata, quando non valori destinati a proteggere ancora più intensamente la persona, anche se la condotta sia commessa per carpire informazioni alla fonte. In aggiunta, la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca rileva solo in relazione ai reati compiuti con la pubblicazione della notizia e non anche rispetto ad eventuali reati compiuti al fine di procacciarsi la notizia medesima.

La Cassazione mostra pertanto, di non condividere quell'orientamento in base al quale la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca è configurabile anche in relazione al delitto di ricettazione commesso al fine di procacciarsi la notizia e non soltanto rispetto ai reati commessi con la pubblicazione della stessa. Tale criterio finalistico non ha un reale significato selettivo, al più potendosi verificare se sussista, in astratto, un nesso di strumentalità tra il fatto commesso e l'accesso all'informazione. Ciò detto, risulta chiaro che già sul piano astratto non appaiono comparabili l'interesse



all'acquisizione della notizia e valori diversi dalla tutela della reputazione, giacché, a ritenere altrimenti, anche il furto o la rapina o persino reati diretti a ledere l'integrità fisica altrui potrebbero essere scriminati.

In conclusione, nel caso concreto, il giornalista ben avrebbe potuto limitarsi a dare l'unica notizia possibile: ossia che l'interessata, richiesta di fornire una propria versione dei fatti, si era rifiutata.

Del resto, se si pensasse che la ricerca delle notizie possa spingersi sino al sacrificio della libertà personale di qualunque potenziale fonte, si attribuirebbe al giornalista un potere inquisitorio persino superiore a quello di cui è dotata la pubblica autorità nel caso di commissione di reati.

(...)

### **3. *DISPOSITIVO***

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalla parte civile che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre accessori di legge.

**CASS. PEN., SEZ. II, UD. 28 GIUGNO 2023 (DEP. 19 LUGLIO 2023), N. 31478**A cura di **Andrea PROVENZANO\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*Va rimessa alle Sezioni Unite la questione, oggetto di contrasto giurisprudenziale, circa la sussistenza o meno di continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2 cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), L. 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-bis cod. pen.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>209</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>209</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>209</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>211</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

All'imputato, detenuto presso la Casa circondariale di Frosinone, in concorso con un agente di Polizia penitenziaria non identificato in servizio presso la stessa struttura, era contestato di avere indotto un altro detenuto, prospettandogli l'imminente trasferimento presso un istituto penitenziario della Sardegna, a promettere la somma di euro 3.000 al fine di evitare il trasferimento. Tale somma sarebbe stata suddivisa tra l'imputato e l'agente rimasto ignoto.

Sulla base di tale contestazione, il Tribunale di Roma condannava il ricorrente per il reato di cui

all'art. 319- *quater* cod. pen. con sentenza confermata dalla Corte di appello di Roma.

A seguito di ricorso dell'imputato, la VI Sezione della Corte di Cassazione annullava con rinvio tale pronuncia, ritenendo che, nel caso di specie, non potesse ravvisarsi né la prova dell'accordo tra indotto ed induttore né la prova dell'abuso dei poteri da parte del pubblico agente.

All'esito del giudizio di rinvio, la Corte di appello di Roma riqualificava il fatto ai sensi dell'art. 346-bis cod. pen., ritenendo sussistere la continuità normativa di detta fattispecie rispetto all'abrogato reato di millantato credito già previsto dall'art. 346 cod. pen., vigente alla data di commissione del fatto contestato.

Avverso tale pronuncia il ricorrente propone due motivi di impugnazione, lamentando, in primo luogo, che la configurazione del reato di traffico di influenze illecite deve essere esclusa quando non sia accertata una situazione fattuale caratterizzata dalla effettiva esistenza di una relazione e di una capacità di condizionare o di orientare la condotta del pubblico ufficiale e, in secondo luogo, che non si ha rapporto di continuità normativa tra il reato in esame e il reato di millantato credito, previsto e punito dall'art. 346 cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n.3.

Sussistendo un contrasto di giurisprudenza in ordine alla questione articolata nei due motivi di ricorso, la Seconda Sezione della Corte di Cassazione rimette, ai sensi dell'art. 618, co. 1 cod. proc. pen., il ricorso alle Sezioni Unite.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

\* Abilitato all'esercizio della professione forense, già tirocinante *ex art.* 73 d.l. 69/2013.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale

(...)

In ordine all'esistenza o meno di un nesso di continuità normativa tra la formulazione vigente dell'art. 346-*bis* cod. pen. e l'ormai abrogato secondo comma dell'art. 346 cod. pen. si contendono il campo due distinti orientamenti, la cui divaricazione può dirsi provocata essenzialmente dal requisito delle relazioni con il pubblico ufficiale o con l'incaricato di pubblico servizio.

L'orientamento che propende per la continuità normativa fa perno sui seguenti argomenti.

La "nuova" ipotesi di traffico di influenze illecite ingloba anche la condotta del soggetto che si sia fatto dare o promettere da un privato vantaggi personali, rappresentandogli la possibilità di intercedere a suo vantaggio presso un pubblico ufficiale, a prescindere dall'esistenza o meno di una relazione con quest'ultimo.

La norma equipara, dunque, sul piano penale, la mera vanteria di una relazione o di un credito con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente (dunque la relazione solo millantata) alla rappresentazione di una relazione realmente esistente con il pubblico ufficiale da piegare a vantaggio del privato.

Ne consegue allora che la condotta contemplata dal nuovo art. 346-*bis* cod. pen. racchiude la precedente contemplata dall'art. 346 cod. pen., là dove sanzionava la condotta di chi "millantando credito" presso un funzionario pubblico "riceve o fa dare o fa promettere a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione" (comma 1) ovvero "col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare (comma 2). Sostanzialmente sovrapponibili sono, invero, tanto la condotta "strumentale" (stante l'equipollenza semantica fra

le espressioni "sfruttando o vantando relazioni (...)" asserite e quella "millantato credito"), quanto la condotta principale di ricezione o di promessa, per sé o per altri, di denaro o altra utilità.

L'opposto orientamento, che propende per la discontinuità normativa, si fonda, invece, sui seguenti argomenti.

In primo luogo, la condotta contemplata dall'abrogato art. 346, comma 2 si sostanziava in una forma speciale di truffa (come reso evidente dall'espresso riferimento al "pretesto", termine che evoca la rappresentazione di una falsa causa posta a base della richiesta decettiva idonea ad indurre in errore la vittima che si determina alla prestazione patrimoniale) e, pertanto, deve ritenersi ora integrare il delitto di cui all'art. 640, comma 1 cod. pen.

In secondo luogo, per mezzo della nuova ipotesi di reato, il legislatore ha inteso anticipare la soglia di punibilità rispetto a condotte prodromiche alle più gravi condotte di corruzione, come reso ancor più evidente dalla clausola di sussidiarietà posta ad apertura della norma con riferimento agli artt. 318, 319, 319-*ter* e nei reati di cui all'art. 322-*bis* cod. pen. Si tratta di condotte che difficilmente avrebbero potuto integrare il delitto di corruzione (neppure nella forma tentata) e che fanno presagire come la tutela siano eminentemente volta a salvaguardare l'attività della pubblica amministrazione nelle sue varie articolazioni nazionali ed internazionali.

In terzo luogo, un reato che era rivolto in maniera preponderante alla tutela del patrimonio della vittima truffata dal "venditore di fumo" difficilmente si presta a realizzare un *vulnus* alla pubblica funzione. Se ne ricava allora che non vi è necessità di una tutela rispetto a fatti che nessun collegamento, sia in astratto che in concreto,

potrebbero avere con gli interessi pubblici teleologicamente tutelati dalla norma penale in esame.

In quarto luogo, il comma 2 dell'art. 346-*bis* cod. pen. ha previsto la punizione con identica pena (da un anno a quattro anni e sei mesi di reclusione) del soggetto che “indebitamente” dà o promette denaro o altra utilità, fattispecie penale che mal si concilia con un'ipotesi – seppur particolare – di truffa. Non si comprende, del resto, come possa ipotizzarsi da parte del “truffato” un'aggressione al bene giuridico che la norma intende preservare.

Infine, preponderante risulta essere la mancata riproposizione del termine “pretesto” che fondava il carattere autonomo della fattispecie di cui all'art. 346, comma 2, cod. pen. Sotto tale aspetto, invero, il riferimento “al vanto a relazioni asserite” non può essere inteso come condotta sovrapponibile a quella posta in essere con l'inganno (resa palese con il termine “pretesto”), dovendosi ritenere che l'enunciazione da parte del mediatore-faccendiere al rapporto con i pubblici poteri non sia rivolto ad indurre in errore per mezzo di artifici e raggiri il cliente, quanto necessariamente a prospettare, seppure non in termini di certezza, la concreta possibilità di influire sull'agente pubblico. In altri termini, la condotta del mediatore-faccendiere è tesa non a sfruttare una relazione inesistente ma a vantare la concreta possibilità di riuscire ad influenzare l'agente pubblico, comportamento che si pone, a ben osservare, nella fase immediatamente prodromica rispetto alla commissione di uno dei reati enunciati nella clausola di sussidiarietà contenuta nell'incipit della norma penale di cui all'art. 346-*bis* cod. pen.

(...)

### **3. DISPOSITIVO**

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

**CASS. CIV, SEZ III, UD. 15 FEBBRAIO 2023 (DEP. 20 MARZO 2023), N. 7966**A cura di **Alfredo Junior LIGUORI\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*È causa di risoluzione del contratto stipulato tra le parti il mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a permettere la piena tracciabilità delle operazioni, ai sensi dell'art. 3, comma 9 bis della L. n. 136/2010.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>212</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>212</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>213</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>214</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte Suprema di Cassazione Civile (Sezione terza) ha cassato la sentenza n. 2381/2018, depositata il 28/12/2018, con cui il Tribunale di Venezia aveva statuito che la condotta della società convenuta Bar Sport Snc di Z.H. e Co., di recedere anticipatamente dal contratto, fosse contraria ai doveri di correttezza e buona fede e che, pertanto, il contratto dovesse dirsi risolto per inadempimento della medesima con condanna ai danni a favore di parte attrice Venezia S.r.l. Per la quantificazione di questi ultimi, il Tribunale riteneva che la clausola penale contenuta nel contratto dovesse essere ridotta in ragione del fatto che la convenuta aveva

comunque eseguito per gran parte la propria obbligazione e che il contratto sarebbe venuto presto a naturale scadenza.

Avverso la sentenza di primo grado, veniva proposto prima gravame dinanzi la Corte d'Appello di Venezia, il quale veniva dichiarato inammissibile ex art. 348 c.p.c., inducendo così la società Bar Sport snc di Z.H. e Co., a formulare ricorso per cassazione ex art. 348 ter c.p.c., al quale la stessa adduceva quattro motivi di ricorso.

Con il primo motivo, la ricorrente lamentava la violazione o falsa applicazione degli artt. 24, comma 1bis, D.L. n. 98/2911 e 3 comma 9 bis L. 136 del 2010, secondo cui la sentenza, ammettendo la possibilità di pagamenti in contanti effettuati dal gestore nei confronti dell'esercente del gioco lecito, avesse palesemente violato tutte le norme e principi che regolano la materia, la quale obbliga tutti i soggetti operanti nel gioco d'azzardo all'utilizzo di strumenti idonei a permettere la piena tracciabilità dell'operazioni finanziarie.

Col secondo motivo, la società Bar Sport Snc di Z.H. e Co impugnava la sentenza nella parte in cui, resolvendo anticipatamente un accordo ultradecennale e l'esclusiva, la ricorrente avrebbe violato le regole di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), che caratterizzano i comportamenti delle parti nell'esecuzione dei contratti.

Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente si doleva del fatto che l'organo giudicante non avesse rilevato un collegamento negoziale tra il rapporto contrattuale intercorso tra attrice e convenuta ed il contratto di rete che regolava i rapporti con il

\* Dottorando in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali" dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.





concessionario, e che, quindi, la violazione o falsa applicazione dell'art. 3 comma 9 bis D. Lgs. n. 136/2010 e poi dell'art. 5 del contratto di rete regolante i rapporti con quest'ultimo, avrebbe dovuto provocare la risoluzione immediata anche del contratto stipulato con il primo soggetto concessionario dei servizi, aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica, secondo il principio "simul stant, simul cadent".

Infine, con il quarto ed ultimo ricorso, la ricorrente riteneva che il giudice avrebbe dovuto tenere conto dell'importante circostanza che il contratto intercorso tra le parti fosse quasi esaurito e che, pertanto, in ottemperanza agli artt. 1382 e 1384 c.c., la clausola penale doveva essere ridotta.

## 2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

A seguito della decisione della Corte di Cassazione, in riferimento ai motivi di ricorso, è doveroso il seguente approfondimento:

- Con riferimento al primo motivo, esso rappresenta il punto focale della sentenza, ossia l'obbligatorietà della tracciabilità finanziaria delle operazioni finanziarie. L'art. 3, comma 9 bis della legge n. 136/2010 "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", introdotta per combattere i reiterati fenomeni di riciclaggio, presenti specialmente nel settore del gioco d'azzardo, i quali sono di particolare interesse della criminalità organizzata, obbliga i contraenti (in questo caso il concessionario) a provvedere ai pagamenti dei corrispettivi mediante strumenti che garantiscano la piena tracciabilità dei flussi finanziari, pena risoluzione automatica del contratto.

Non si comprende come il Tribunale abbia potuto omettere tale normativa inderogabile, inserita anche nello schema di convenzione siglato tra le parti ed in ogni caso operante secondo l'art. 1374 c.c.;

- Il secondo motivo di ricorso inerente la presunta violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. da parte della ricorrente, anche questo accolto dalla Corte di Cassazione, è legato indissolubilmente al primo motivo, infatti, il rispetto della piena tracciabilità dei flussi finanziari, quale norma inderogabile dell'ordinamento, non può certamente essere derogato dai principi di buona fede e correttezza; vi è di più, inoltre, relativamente all'esercizio di un diritto esercitato tardivamente (risoluzione), ma che va comunque sempre garantito;

- In relazione al terzo motivo di gravame, anche in questo caso era immediatamente da rilevarsi il collegamento nazionale della convenzione siglata tra la ricorrente e la resistente ed il contratto di rete stipulato con "HBG Connex SpA", quale concessionario della Agenzia delle Dogane e dei Monopoli per la realizzazione e la conduzione della rete per la gestione telematica del gioco lecito, in virtù proprio del rapporto tra l'aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica ed in questo caso la società Venezia S.r.l., quale fornitore di congegni e apparecchi per il gioco lecito di cui all'art. 110 del T.U.L.P.S. n. 773 del 1931, necessariamente collegati tra loro in un trilatero con la società Bar Sport snc di Z.H. e Co., avente l'unico fine unico di perseguire un risultato economico unitario, ossia la disponibilità e l'installazione di apparecchi per il gioco lecito fruibili dagli utenti;

- In rito, in relazione sempre al terzo motivo di ricorso e alla mancata estensione del contraddittorio al soggetto concessionario dell'ADM, si evidenzia che l'eccezione formulata dalla convenuta in primo grado era di natura riconvenzionale, il che era



sufficiente a formulare domanda nei confronti di altro convenuto, come più volte ribadito dalla Corte di Cassazione;

- Infine, in relazione al quarto ed ultimo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 1382 e 1384 c.c.), nulla quaestio rispetto all'assorbimento, in quanto a seguito dall'accoglimento dei primi tre motivi, la sentenza impugnata crolla nella sua totalità, ripristinando la situazione giuridica anteriore;

(...)

### **3. *DISPOSITIVO***

La Corte accoglie i primi tre motivi di ricorso, assorbito il quarto, cassa in relazione l'impugnata sentenza e rinvia la causa alla Corte di Appello di Venezia, per nuovo esame ed anche per le spese.

**CASS. CIV, SEZ III, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 7 SETTEMBRE 2023), N. 26091**A cura di **Alfredo Junior Liguori\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per i danni patiti mediante infezione trasfusionale dal paziente ricoverato, ricade sulla struttura sanitaria l'onere probatorio di dimostrare che, al momento della trasfusione, il paziente fosse già affetto dall'infezione di cui chiede il risarcimento, provando di aver correttamente eseguito i protocolli relativi all'attività di acquisizione e perfusione del plasma, in ottemperanza alle norme giuridiche vigenti in materia e alle leges artis.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>215</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>215</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>216</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>217</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte Suprema di Cassazione Civile (Sezione terza) ha cassato la sentenza n. 17/2022, depositata il 27/01/2022, con cui la Corte d'Appello di Caltanissetta aveva rinnovato la sentenza di primo grado, che aveva visto la convenuta Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.) condannata al risarcimento dei danni alla persona patiti dalla danneggiata nella misura di Euro 286.355,40, in seguito ad emotrasfusione eseguita

in data 15.12.1998 presso l'Ospedale di competenza dell'A.S.P.

In seguito a tale statuizione, infatti, l'A.S.P. proponeva gravame sollevando nuovamente e preliminarmente l'eccezione di difetto di legittimazione passiva in favore del Ministero della Salute, già rigettata in primo grado, e chiedendo poi nel merito, il rigetto di tutte le domande attoree per insussistenza del nesso causale fra la trasfusione del 15/12/1998 e le patologie sofferte dall'appellata B.C. Quest'ultima proponeva appello incidentale, con condanna dell'A.S.P. anche al risarcimento del danno patrimoniale relativo all'attività lavorativa di casalinga, non riconosciuto dal Tribunale di prime cure.

Ebbene, la Corte d'appello di Caltanissetta rinnovava la CTU medico legale a carico dell'appellata B.C. ed accoglieva le doglianze, rigettando nuovamente l'eccezione di difetto di legittimazione passiva ed integralmente la domanda. Nel merito, infatti, la Corte riteneva che il trattamento del sangue (prelievo – trasfusione) operasse tramite un “circuitto chiuso”, sancito dalla normativa (art. 11 D.M. n. 27 dicembre 1990) e che dalla CTU si era rilevato come la paziente non fosse immune da epatopatia C e che, pertanto, secondo il principio del “più probabile che non”, l'appellata non avesse provato il nesso di causalità materiale, da cui il debitore deve provare l'esatto adempimento o l'impossibilità (art. 1218 c.c.).

Contro tale statuizione di secondo grado, la paziente B.C. proponeva ricorso per cassazione in base a tre motivi di ricorso.

Con il primo motivo, la ricorrente lamentava la violazione ed errata/omessa applicazione, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3., degli art. 2697, 2727 -

\* Dottorando in “Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali” dell'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



2728 c.c. e 115 c.p.c., secondo cui la Corte aveva erroneamente posto sulla ricorrente l'onere di dimostrare di essere "negativa" alla malattia HCV al momento del ricovero, presupponendo una positività senza fornire la benchè minima indicazione di elementi gravi, precisi e concordanti a suffragio di tale tesi.

Consolidata e lapidaria giurisprudenza sul punto, infatti, afferma che è onere della struttura sanitaria dimostrare che al momento della trasfusione la paziente fosse già positiva alla patologia per cui richiede il risarcimento dei danni patiti.

Col secondo motivo, la ricorrente insisteva sull'assunto della mancata dimostrazione da parte della A.S.P. di aver agito con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico, soprattutto rilevando come il "circuito chiuso" attenga esclusivamente alla fase di separazione del plasma dal sangue, ignorando completamente tutte le fasi successive che portano alla somministrazione della trasfusione ai pazienti ed ancora, insistendo sulla circostanza che l'A.S.P. non abbia mai presentato prova di aver agito correttamente rispettando tutte le procedure trasfusionali previste dalla legge, né tale prova può essere data mediante espletazione di CTU medico legale, la quale è stata meramente valutata come se la trasfusione ed il suo processo fossero stati compiuti secondo le *leges artis* e secondo la normativa vigente in materia, circostanza mai provata dall'Azienda Sanitaria.

Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente si doleva del fatto che la Corte d'Appello non avesse tenuto affatto conto della CTU di parte attorea, anzi ad *abundantiam*, nonostante la contrapposizione tra due CTU totalmente in disaccordo sul punto, non avesse accolto la richiesta della ricorrente di voler espletarne una nuova.

Con ricorso incidentale, la contro ricorrente lamentava la violazione o falsa applicazione dell'art. 2935 c.c. ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. per quanto riguardava, ancora una volta, la

legittimazione passiva del Ministero della Salute in merito ai danni da emostrasfusione.

## 2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

In riferimento ai motivi di ricorso presentati ed alla successiva statuizione della Corte di Cassazione, è di precipua importanza soffermarsi sui motivi della decisione:

Con riferimento al primo motivo, è principio di diritto granitico in giurisprudenza quello secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, il danneggiato deve esclusivamente dare traccia dell'inadempimento del debitore, su cui grava l'onere della prova di dimostrare l'esatto adempimento o l'impossibilità dello stesso per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). Nello specifico, con l'accoglimento dell'appello, la Corte ha disatteso i criteri di riparto dell'onere probatorio stabiliti da notevoli e plurime sentenze della Cassazione, in quanto il danneggiato non era onerato di dimostrare l'assenza di una malattia epatica al momento del ricovero, ma come detto sovra, doveva esclusivamente allegare l'inadempimento.

In riferimento al secondo motivo, la Corte d'Appello omette di considerare la totale mancanza di materiale probatorio allegato da parte dell'Azienda Sanitaria in merito alla corretta esecuzione, in ottemperanza alle *leges artis* e alle norme vigenti in materia, di tutte le fasi del procedimento di conservazione, separazione e somministrazione del sangue, prova liberatoria che avrebbe dovuto fornire a fronte della prova presuntiva di infezione subita all'interna della struttura ospedaliera prodotta dalla persona danneggiata.



Inoltre, la Corte d'Appello ha erroneamente valutato quanto stabilito dalla CTU medico legale in secondo grado, vero è, infatti, che la paziente fosse affetta da sofferenza epatica, ma sicuramente non è vero che tale sofferenza epatica dovesse essere per forza causata dall'epatite, circostanza mai provata dalla struttura sanitaria, decisiva per vincere la presunzione semplice di contrazione dell'infezione a seguito della trasfusione sanguigna.

Con riferimento al terzo motivo di ricorso, chiaro è che la Corte d'Appello ha tenuto esclusivamente conto della seconda CTU medico legale, decisiva per avallare l'erroneo ragionamento sull'inversione probatoria effettuato nel merito.

Infine, sul ricorso incidentale, nulla quaestio poiché lo stesso è certamente inammissibile perché la paziente ha agito esclusivamente per il danno procurato dalla struttura sanitaria in virtù del contratto di ospedalità stipulato con la stessa e che quest'ultima, in nessuna fase di giudizio del merito, ha chiesto l'estensione del giudizio anche al Ministero della Salute.

A conclusione e ad onore di cronaca, il riferimento all'art. 2935 c.c. è frutto di un errore di scrittura della controricorrente.

(...)

### **3. *DISPOSITIVO***

La Corte dichiara inammissibile il ricorso incidentale, accoglie quello principale e, per l'effetto, cassa il provvedimento impugnato e rinvia alla Corte d'appello di Caltanissetta, in diversa composizione, anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

**CASS. CIV., SEZ I, UD. 12 OTTOBRE 2020 (DEP. 13 MARZO 2023), N. 7214\***A cura di **Arianna ZURZOLO\*\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*La banca non è responsabile di una truffa avvenuta tramite phishing qualora quest'ultima sia stata realizzata sfruttando la negligenza del cliente. Qualora vengano adottate tutte le misure di sicurezza da parte dell'istituto bancario, se il cliente fornisce il proprio user-id e la propria password a terzi per accedere all'home banking, la responsabilità ricade in capo al correntista e non può ricadere invece sull'istituto di credito.*

**SOMMARIO**

<b>Massima .....</b>	<b>218</b>
<b>1. Svolgimento del processo .....</b>	<b>218</b>
<b>2. Motivi della decisione .....</b>	<b>218</b>
<b>3. Dispositivo .....</b>	<b>219</b>

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

L.B.A. e I.C. ricorrevano contro P.I. avverso la sentenza n.1782/2015 della Corte d'Appello di Palermo, con cui veniva rigettata la domanda risarcitoria-riconosciuta ai ricorrenti in primo grado.

Con sentenza del 12 Gennaio 2010 il Tribunale di Palermo condannava P.I a risarcire L.B.A ed L.C per il danno a loro cagionato a causa dell'addebito fraudolento derivante da operazione di bonifico eseguito per via telematica da un terzo,

sulla base del fatto che la società convenuta non aveva adottato tutte le misure di sicurezza idonee a prevenire danni come quelli verificatisi in capo agli attori.

La parte soccombente si rivolgeva quindi alla Corte di Appello di Palermo, che rigettava la domanda risarcitoria poiché riscontrava nella condotta degli appellati la causa dell'addebito fraudolento sul loro conto corrente, in quanto in considerazione delle sempre più frequenti truffe informatiche (c.d. *phishing*) miranti a carpire fraudolentemente i dati per il compimento di operazioni illecite, l'istituto bancario aveva comunque adottato un sistema per impedire l'accesso ai dati personali dei suoi correntisti da parte di terzi. La Corte d'Appello ha quindi ravvisato nella condotta degli appellati l'unica causa esclusiva dell'operazione fraudolenta, che ha determinato l'addebito della somma e che ha interrotto il nesso eziologico tra l'attività pericolosa e l'evento dannoso, con esclusione della responsabilità risarcitoria dell'appellante.

Avverso tale sentenza A.L.B e C.I proponevano ricorso per cassazione, contenente cinque motivi ed assistito da memoria. P.I resisteva con controricorso, assistito da memoria.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

I motivi che hanno spinto la cassazione a dichiarare inammissibile il ricorso possono essere riassunti come segue:

\* Ordinanza di inammissibilità.

\*\* Dottoressa in legge, titolo conseguito presso l'Università di Messina.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



Con il primo motivo i ricorrenti deducevano che la sentenza impugnata omettesse di esaminare il fatto decisivo per il giudizio, costituito dal disconoscimento dell'operazione. Tale motivo veniva ritenuto inammissibile in quanto non riguardante la ragione che aveva fondato la decisione della Corte di Appello.

Con il secondo motivo i ricorrenti avevano dedotto che la sentenza impugnata fosse caratterizzata da falsa applicazione degli articoli 1218 e 2697 del codice civile nonché degli artt. 115 e 116 del c.p.p e dei principi per il riparto dell'onere della prova, in quanto l'istituto bancario non aveva provato che l'addebito fosse frutto di una specifica disposizione di pagamento effettuata in maniera corretta dai clienti. Anche tale motivo viene ritenuto dalla Corte inammissibile in quanto la sentenza impugnata dava già prova per presunzioni della apparente provenienza dai ricorrenti dell'ordine di bonifico, preceduto dall'immissione di nome utente, password e pin per l'accesso, che secondo la normativa sottoscritta dagli stessi, solo ed esclusivamente loro avrebbero dovuto conoscere, inferendo che alla luce del diniego dei ricorrenti i dati fossero stati fraudolentemente captati.

Il terzo motivo censura la sentenza per l'errata applicazione dell'art. 345 c.p.p (rif. al testo precedente alla l. 134/2012), non avendo tenuto conto della resp. contr. di P.I., ritenendo indispensabile il documento prodotto dall'appellante ai sensi dell'articolo 345 c.p.p con cui la Corte di Appello aveva ritenuto superata la presunzione di responsabilità di cui all'articolo 2050 c.c. Anche questo motivo veniva ritenuto inammissibile in quanto non risultava dalla sentenza impugnata vi fosse stata una discussione riguardanti i documenti depositati da P.I., essendo implicita la motivazione riguardante l'affermata indispensabilità, in quanto già in primo grado

era stata acquisita la prova della sicurezza del sistema di sicurezza dell'istituto bancario.

Il quarto motivo censurava la sentenza impugnata per violazione o falsa applicazione degli artt. 115, 116 c.p.p e 2050, 2697 e 2729 c.c. nonché 40 e 41 c.p poiché non veniva dimostrata la condotta colposa dei danneggiati che aveva effettivamente interrotto il nesso di causalità tra attività e danno. Tale motivo è stato sempre ritenuto inammissibile in quanto la sentenza si basava su un ragionamento presuntivo non rilevante in sede di Cassazione.

Con il quinto ed ultimo motivo la sentenza veniva censurata per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.p e 2050 c.c, nonché dei principi di valutazione delle prove, in relazione all'effettivo accertamento del funzionamento del sistema di sicurezza dell'istituto bancario, che secondo i ricorrenti era di livello modesto. Tale censura è inammissibile in quanto riguarda una valutazione del merito che può essere effettuata solo in sede di legittimità.

(...)

### **3. DISPOSITIVO**

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna i ricorrenti, con il vincolo della solidarietà passiva a rimborsare le spese processuali anticipate dalla controricorrente, liquidate in euro 200 per esborsi e 3.000 per compenso di avvocato, con riconoscimento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato.



**DE IUSTITIA**

**DE IUSTITIA - N°4 - Ottobre 2023**

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