

1/2024

INDICE DEGLI ARGOMENTI

Alcuni degli articoli presenti in questo numero

DIRITTO CIVILE

- A. L'ESTERNALIZZAZIONE DELLA ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE E LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO.
- B. RIFLESSIONI IN TEMA DI GESTIONE DELLE SOPRAVVIVENENZE DOPO L'ESPERIENZA EMERGENZIALE: DAL DIRITTO VIGENTE ALLE SOLUZIONI DE IURE CONDENDO.

DIRITTO PENALE

- A. LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE ED IL PROCESSO PENALE: PROFILI EMERGENTI A SEGUITO DEGLI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI.
- B. COLLABORATORI DI GIUSTIZIA E DICHIARAZIONI ETEROACCUSATORIE: PER LA CEDU IL PROCESSO BASATO SUI SOLI "PENTITI" VIOLA L'ART. 6.

DIRITTO PUBBLICO

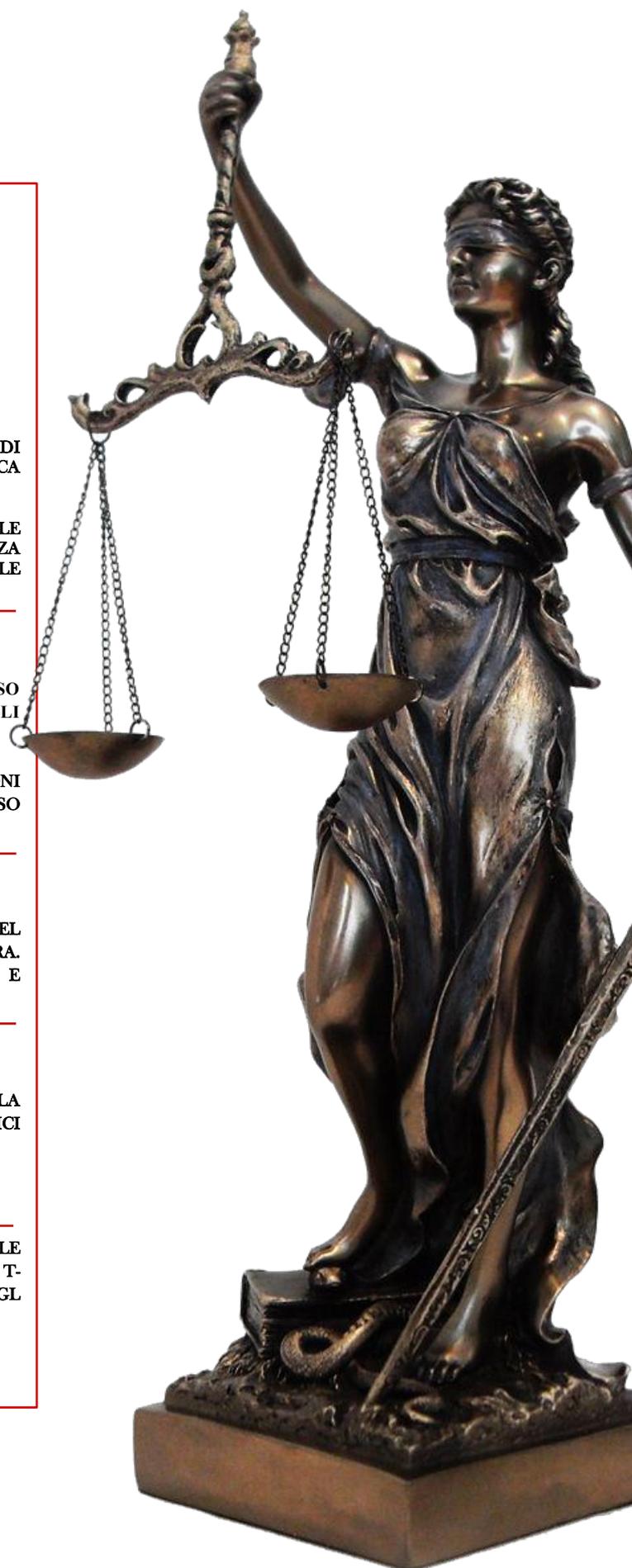
- A. LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA. RIFLESSIONI SU (POSSIBILI) CRITICITÀ E PROSPETTIVE.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- A. L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 36/2023).

DIRITTO EUROPEO

- A. L'EUROPA E I SEPARATISMI: NOTE A MARGINE DELLE RECENTI PRONUNCE DEL TRIBUNALE T-115/20 E T-272/21 SULLA REVOCA DELL'IMMUNITÀ DEGLI EUROPARLAMENTARI NEL CASO PUIGDEMONT.



Pubblicazione periodica trimestrale

DIRETTORE SCIENTIFICO: Ludovica Marano

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 Maserà, 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 Viviana Salerno, Dott. Federico Sergio, Dott. Giorgio Lanzetta, Dott.ssa Violetta Gargani, Dott.ssa Flavia Rolando.

COMITATO EDITORIALE: Dott. Federico Aloisio, Dott.ssa Diletta Aliprandi, Dott.ssa Anna Bettoni, Prof. c. Filippo Marco Maria Bisanti, Dott.ssa Nicoletta Castellano, Dott. Fabrizio Cesareo, Dott.ssa Emanuela De Falco, Dott. Antonino Di Maio, Dott. Alfredo Liguori, Avv. Francesco Martin, Dott. Andrea Provenzano, Dott.ssa Alessia Sabatasso, Prof.ssa Annamaria Siniscalchi, 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, 3/2023, 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****SVILUPPO E SOSTENIBILITÀ NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E NAZIONALE: ATTUAZIONE, TUTELA DELLA PERSONA E BILANCIAMENTO CON ALTRI PRINCIPI, NEL DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO di Gianluigi CAPACCIO 13**

ABSTRACT	13
1. PREMESSA	13
2. LA DEFINIZIONE DI SVILUPPO SOSTENIBILE E IL RICHIAMO AL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ.....	14
3. LA DEPATRIMONIALIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE: IL CONCETTO DI CONTRATTO ECOLOGICO.....	17
4. LA CONFORMAZIONE ECOLOGICA DEL DIRITTO CIVILE IN AMBITO CODICISTICO E NELLE LEGGI SPECIALI.....	18
5. IL CONTEMPERAMENTO TRA IL DIRITTO PROPRIETARIO E LA TUTELA DELLA SALUTE E DELL'AMBIENTE.....	20
6. LA FORMA NON È GARANZIA DI SOSTANZA: LO SVILUPPO SOSTENIBILE E L'ESIGENZA DI SOSTENTAMENTO DELLA POPOLAZIONE	21

L'ESTERNALIZZAZIONE DELLA ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE E LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO di Vincenzo CESARO 24

ABSTRACT	24
1. L'ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE: DIFFICOLTÀ PER L'INTERPRETE DI INDIVIDUARE UNA NOZIONE DEL FENOMENO.....	24
2. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE. INDICAZIONI PROVENIENTI DALLA DOTTRINA CHE SI È OCCUPATA DEL CONTRATTO DI APPALTO	27
3. IL CONTRATTO DI MANUTENZIONE QUALE SOMMINISTRAZIONE DI SERVIZI 31	
4. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE ALLA LUCE DELLA NUOVA CONCEZIONE DELLE ATTIVITÀ DI CONSERVAZIONE DELLA FUNZIONALITÀ E DEL VALORE ECONOMICO DEI BENI. COMBINAZIONE NEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE DI ELEMENTI DI DIVERSI SCHEMI TIPICI	34
5. DISCIPLINA APPLICABILE AL CONTRATTO DI MANUTENZIONE. NECESSARIA INDIVIDUAZIONE DELLE PRESTAZIONI CONSERVATIVE PREVALENTI. SELEZIONE DELLE NORME CODICISTICHE IDONEE A REGOLARE IL RAPPORTO. LA QUESTIONE DELLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE NEL QUALE SONO PREVALENTI LE PRESTAZIONI DI SERVIZI.....	37

PROFILI DI “NON PIÙ LATENTE INCOSTITUZIONALITÀ” DELLA DISCIPLINA SULLE ESENZIONI DEL CONTRIBUTO NASPI PER LE IMPRESE EDILI di Sebastiano FLAMINIO 42



ABSTRACT	42
1. PREMESSA	42
2. CENNI SUL CONTRIBUTO APPLICATIVO NELLA PRASSI DI LICENZIAMENTO	43
3. L'EVOLUZIONE DELL'ART. 2, COMMA 34, LETT B), L. 92/2012 E I PROBLEMI CHE NE CONSEGUONO	44
4. IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ CON GLI ARTT. 2, 3 E 41 DELLA COSTITUZIONE	45
5. SEGUE. IL CASO DEGLI ENTI PRIVATI DI FORMAZIONE: ULTERIORE VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST.	51
6. SEGUE. IL FENOMENO DELLA INCOSTITUZIONALITÀ LATENTE.....	52
7. RIFLESSIONI A MARGINE SULLA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO PIÙ CONSAPEVOLE DEL LEGISLATORE	53
SCISSIONE MEDIANTE SCORPORO: PROFILI CIVILI E FISCALI di Sossietta SCIALLA	55
ABSTRACT	55
1. LA DIFFERENZA TRA SCISSIONE ORDINARIA E SCORPORO	55
2. IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DELLA SCISSIONE MEDIANTE SCORPORO	57
3. PROFILI FISCALI DELLA NEO INTRODOTTA OPERAZIONE.....	57
4. BREVI CENNI AGLI ASPETTI PROCEDIMENTALI	58
RIFLESSIONI IN TEMA DI GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE DOPO L'ESPERIENZA EMERGENZIALE: DAL DIRITTO VIGENTE ALLE SOLUZIONI DE IURE CONDENDO di Anna Maria SINISCALCHI	60
ABSTRACT	60
1. LA NOZIONE DI SOPRAVVENIENZA.....	60
2. LA DISCIPLINA CODICISTICA E L'INSUFFICIENZA DELL'ATTUALE SISTEMA RIMEDIALE.....	63
3. POSSIBILI SOLUZIONI DE IURE CONDENDO	66
4. LA PROPOSTA DI RIFORMA AL CODICE CIVILE	68
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	70
LA DISCIPLINA CIVILISTICA DELL'USURA ALLA LUCE DELLE SENTENZE NN. 24675/2017, 16303/2018 E 19597/2020 DELLE SEZIONI UNITE di Alessandro TAROZZI	74
ABSTRACT	74
1. L'USURA: ASPETTI INTRODUTTIVI	74
2. BREVI CENNI ALLA NORMATIVA PENALE	75
3. T.E.G.M, T.E.G. E PRINCIPIO DI SIMMETRIA / OMOGENEITÀ	76
4. LA DISCIPLINA CIVILISTICA DELL'USURA.....	78
5. L'USURARIETÀ SOPRAVVENUTA	80
5.1. IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ANTE SEZIONI UNITE NR. 24675/2017	81



5.2. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE NR. 24675 DEL 19 OTTOBRE 2017	83
6. USURA ED INTERESSI MORATORI: IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ANTE SEZIONI UNITE NR. 19597/2020	85
6.1. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE NR. 19597 DEL 18 SETTEMBRE 2020....	86

DIRITTO PENALE

RESPONSABILITÀ PENALE E REDDITO DI CITTADINANZA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E DELLA SISTEMATICA DEI REATI DI FALSO di Antonio MANDARA 89

ABSTRACT	89
1. INTRODUZIONE E QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO	89
2. IL REATO DI CUI ALL'ART. 7 D.L. 4/2019 COME SPECIES DEI REATI DI FALSO: DUE ORIENTAMENTI A CONFRONTO.....	91
3. UN'APPLICAZIONE COERENTE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ.....	95
4. CONCLUSIONI.....	99

LA TUTELA DEI TERZI COMPROPRIETARI NEL PROCEDIMENTO SUCCESSIVO ALLA CONFISCA DI PREVENZIONE di Eleonora TUMINO 101

ABSTRACT	101
1. IL CASO DI SPECIE.....	101
2. EVOLUZIONE STORICO GIURIDICA DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE.	101
3. LA TUTELA DEI TERZI.....	106
4. CONCLUSIONI.....	108

LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE E IL PROCESSO PENALE: PROFILI EMERGENTI A SEGUITO DEGLI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI di Chiara VALERI..... 109

ABSTRACT	109
1. LE PRESUNZIONI ED IL MECCANISMO OPERATIVO	109
2. LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE SEMPLICI.....	110
3. LE PRESUNZIONI LEGALI TRIBUTARIE	111
4. MECCANISMO OPERATIVO E DIFFERENZE TRA PRESUNZIONI SEMPLICI E LEGALI	114
5. PRESUNZIONI GIURISPRUDENZIALI IN AMBITO TRIBUTARIO.....	114
6. REGIME PROBATORIO NEL DIRITTO TRIBUTARIO ALLA LUCE DELLA L. 130/2022	115
7. REGIME PROBATORIO NEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE.....	117
8. DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E REGIME PROBATORIO DELLE PRESUNZIONI.....	119
9. CASSAZIONE PENALE, 5 OTTOBRE 2018, NR. 44562.....	121
10. CASSAZIONE PENALE, 22 DICEMBRE 2020, NR. 36915	121
11. DIVERGENZA RISPETTO AL REGIME DI ACCERTAMENTO CAUTELARE REALE	122
12. CONCLUSIONI.....	123



DIRITTO PROCESSUALE PENALE

LA DURATA DELLE INDAGINI PRELIMINARI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI DIRITTI E AI DOVERI DELLE PARTI di Alessandro RAMUNDO 125

ABSTRACT	125
1. RIFORMA CARTABIA: ANALISI SULLA TEMPISTICA DELLE INDAGINI PRELIMINARI E IL PRESUPPOSTO PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE.....	125
2. I PRINCIPI PER STABILIRE L'ORDINE DI IMPORTANZA PER LA TRATTAZIONE DELLE NOTIZIE DI REATO.....	127
3. I TERMINI DELLE INDAGINI.....	129
4. I TERMINI PER LE DETERMINAZIONI.....	131
5. L'ARCHIVIAZIONE.....	135
6. LA RIAPERTURA DELLE INDAGINI.....	137

COLLABORATORI DI GIUSTIZIA E DICHIARAZIONI ETEROACCUSATORIE: PER LA CEDU IL PROCESSO BASATO SUI SOLI "PENTITI" VIOLA L'ART. 6 di Fenice Valentina VALENTI..... 140

ABSTRACT	140
1. INTRODUZIONE.....	140
2. IL FATTO	141
3. LA DECISIONE DELLA CORTE	142
3.1. I PRECEDENTI DELLA CORTE	143
4. I POSSIBILI RISVOLTI PRATICI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO	144
4.1. (SEGUE) GLI EFFETTI DELLE SENTENZE CEDU	144
4.2. (SEGUE) VALUTAZIONE PROBATORIA E REGIME DELLA COLLABORAZIONE.	145
5. CONCLUSIONI.....	150

DIRITTO PUBBLICO

LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA. RIFLESSIONI SU (POSSIBILI) CRITICITÀ E PROSPETTIVE di Clementina PIETRAROIA..... 151

ABSTRACT	151
1. PREMESSA.....	151
2. IL RUOLO DI GARANTE DELL'IMPARZIALITÀ E DELL'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA DEL CSM.....	153
3. LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CSM.....	156
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	161

BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA DEGLI IMPIANTI INDUSTRIALI NELLE OPERE EDILIZIE di Carlo VIOLANTE 165



ABSTRACT	165	
1. DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE.....	165	
2. RICOSTRUZIONE NORMATIVA SUGLI IMPIANTI INDUSTRIALI	166	
3. FOCUS DELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE SUL CONCETTO PERTINENZA URBANISTICO – EDILIZIA IN TEMA DI IMPIANTI INDUSTRIALI.....	167	
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	171	
DIRITTO AMMINISTRATIVO		
L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 36/2023) di Matteo Yuri BAVARO		173
ABSTRACT	173	
1. PREMESSA E FINALITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.....	173	
2. L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO DAL CODICE LISE AL D.LGS. 50/2016	175	
3. IL NUOVO ARTICOLO 101 DEL CODICE DEL D.LGS. 36/2023	180	
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	183	
DIRITTO EUROPEO		
L'EUROPA E I SEPARATISMI: NOTE A MARGINE DELLE RECENTI PRONUNCE DEL TRIBUNALE T-115/20 E T-272/21 SULLA REVOCA DELL'IMMUNITÀ' DEGLI EUROPARLAMENTARI NEL CASO PUIGDEMONT di Luca PALUMBO		185
ABSTRACT	185	
1. INTRODUZIONE.....	185	
2. I FATTI ALLA BASE DELLE PRONUNCE: CARLES PUIGDEMONT E LA QUESTIONE CATALANA.....	186	
3. LA SENTENZA T-115/20 IRRICEVIBILITÀ DEL RICORSO DEI POLITICI CATALANI.....	188	
4. LA SENTENZA T-272/21: INFONDATEZZA DEL RICORSO DEI POLITICI CATALANI.....	189	
5. RILEVANZA POLITICA DELLE PRONUNCE IN COMMENTO.....	190	
6. CONCLUSIONI.....	191	
DIRITTO INTERNAZIONALE		
I DIRITTI DEGLI ANZIANI E I LIMITI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE. IL CASO CUBANO COME TENTATIVO DI IMPLEMENTAZIONE DOMESTICA di Francesco VIGGIANI.....		194
ABSTRACT	194	
1. PREMESSA	194	
2. LE REAZIONI DALL'ALTO O DALL'ESTERNO.....	196	
3. LE FONTI NON VINCOLANTI	196	
4. LE FONTI VINCOLANTI.....	199	



5.	IL PRINCIPIO DI DIGNITÀ QUALE PERNO NORMATIVO.....	200
6.	UNO SGUARDO DI INSIEME ALL'ORDINAMENTO CUBANO.....	203
7.	CONCLUSIONI.....	206

RASSEGNA

DIRITTO EUROPEO

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 9 NOVEMBRE 2023, ARTS SPA – AZIENDA REGIONALE SARDA TRASPORTI CONTRO TR E A. NELLA CAUSA C-477/22, ECLI:EU:C:2023:838 di Fabrizio CESAREO

MASSIMA	207
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	207
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	209

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 5 OTTOBRE 2023 NELLA CAUSA C-565/22, SOFATUTOR GMBH, ECLI:EU:C:2023:735 di Emanuela DE FALCO.....

MASSIMA	210
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	210
2. LA MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	211

CORTE DI GIUSTIZIA DEL 14 SETTEMBRE 2023 NELLA CAUSA C-83/22, TUK TUK TRAVEL, ECLI:EU:C:2023:664 di Emanuela DE FALCO

MASSIMA	212
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	212
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	213

CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLA CAUSA C – 281/22, GK E ALTRI, ECLI:EU:C:2023:1018 di Emanuela DE FALCO

MASSIMA	214
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	214
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	215

CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLA CAUSA C-333/21, SOCIETÀ EUROPEA DELLA SUPERLEAGUE SL C. FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION (FIFA) E UNIONE DELLE ASSOCIAZIONI CALCISTICHE EUROPEE (UEFA), ECLI:EU:C:2023:1011 di Emanuela DE FALCO

MASSIMA	217
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	217
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	218

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLE CAUSE RIUNITE C-38/21, C-47/21 E C-232/21, BMW BANK E ALTRI, ECLI:EU:C:2023:1014 di Emanuela DE FALCO



MASSIMA	220	
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA.....	220	
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	221	
DIRITTO PUBBLICO		
CORTE COST., UD. 8 NOVEMBRE 2023 (DEP. 8 NOVEMBRE 2023), N. 219 di Nicoletta CASTELLANO		222
MASSIMA	222	
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	222	
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	223	
3. DISPOSITIVO.....	223	
CORTE COST., UD. 5 APRILE 2023 (DEP. 24 LUGLIO 2023), N. 160 di Nicoletta CASTELLANO		224
MASSIMA	224	
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	224	
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	226	
3. DISPOSITIVO.....	226	
CORTE COST., CAM. CONS. 11 GENNAIO 2023 (DEP. 10 MARZO 2023), N. 40 di Fabrizio CESAREO.....		227
MASSIMA	227	
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	227	
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	228	
3. DISPOSITIVO.....	230	
CORTE COSTITUZIONALE, UD. 5 LUGLIO 2023 (DEP. 28 SETTEMBRE 2023), N. 183/2023 di Arianna ZURZOLO.....		231
MASSIMA	231	
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	231	
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	232	
3. DISPOSITIVO.....	233	
DIRITTO PENALE		
CASS. PEN., SEZ III, UD. 4 APRILE 2023 (DEP. 4 SETTEMBRE 2023), N. 36572 di Federico ALOISIO		234
MASSIMA	234	
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	234	
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	235	
3. DISPOSITIVO.....	237	
CASS. PEN., SEZ III, UD. 26 SETTEMBRE 2023 (DEP. 16 NOVEMBRE 2023), N. 46188 di Federico ALOISIO		238



MASSIMA	238
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	238
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	238
3. DISPOSITIVO	239
CASS. PEN., SEZ II, UD. 14 MARZO 2023 (DEP. 6 APRILE 2023), N. 14608 di Filippo Marco Maria BISANTI	240
MASSIMA	240
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	240
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	240
3. DISPOSITIVO	241
CASS. PEN., SEZ IV, UD. 12 OTTOBRE 2023 (DEP. 8 NOVEMBRE 2023), N. 44916 di Filippo Marco Maria BISANTI	242
MASSIMA	242
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	242
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	242
3. DISPOSITIVO	243
CASS. PEN., SEZ II, UD. 4 OTTOBRE 2023 (DEP. 15 NOVEMBRE 2023), N. 46130 di Filippo Marco Maria BISANTI	244
MASSIMA	244
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	244
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	244
3. DISPOSITIVO	245
CASS. PEN., SEZ V, UD. 17 NOVEMBRE 2022 (DEP. 9 MARZO 2023), N. 9957 di Antonino DI MAIO	246
MASSIMA	246
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	246
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	247
3. DISPOSITIVO	248
CASS. PEN., SEZ V, UD. 13 SETTEMBRE 2023 (DEP. 13 OTTOBRE 2023), N. 41749 di Antonino DI MAIO	249
MASSIMA	249
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	249
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	249
3. DISPOSITIVO	250
CASS. PEN., SEZ III, UD. 17 OTTOBRE 2023 (DEP. 27 DICEMBRE 2023), N. 51442 di Francesco MARTIN	251
MASSIMA	251
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	251



2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	251
3.	DISPOSITIVO	253
CASS. PEN., SEZ V, UD. 10 NOVEMBRE 2023 (DEP. 13 DICEMBRE 2023), N. 49674 di Francesco MARTIN..... 254		
	MASSIMA	254
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	254
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	254
3.	DISPOSITIVO	255
CASS. PEN., SEZ V, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 16 NOVEMBRE 2023), N. 46333 di Francesco MARTIN 256		
	MASSIMA	256
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	256
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	257
3.	DISPOSITIVO	259
CASS. PEN., SEZ II, UD. 19 APRILE 2023 (DEP. 2 OTTOBRE 2023), N. 39836 di Andrea PROVENZANO..... 260		
	MASSIMA	260
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	260
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	261
3.	DISPOSITIVO	262
CASS. PEN., SEZ UN, UD. 13 LUGLIO 2023 (DEP. 13 DICEMBRE 2023), N. 49686 di Andrea PROVENZANO..... 264		
	MASSIMA	264
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	264
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	264
3.	DISPOSITIVO	267
CASS. PEN., SEZ. II, UD. 25 OTTOBRE 2023, (DEP. 15 NOVEMBRE 2023), N. 46097 di Andrea PROVENZANO..... 268		
	MASSIMA	268
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	268
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	268
3.	DISPOSITIVO	270
CASS. PEN., SEZ V, UD. 14 LUGLIO 2023 (DEP. 10 NOVEMBRE 2023), N. 45471 di Alessia SABATASSO..... 271		
	MASSIMA	271
1.	SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	271
2.	MOTIVI DELLA DECISIONE	272
3.	DISPOSITIVO	273

**CASS. PEN., SEZ VI, UD. 3 OTTOBRE 2023 (DEP. 31 OTTOBRE 2023), N. 43941 di Alessia SABATASSO 274**

MASSIMA	274
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	274
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	275
3. DISPOSITIVO	276

CASS. PEN., SEZ VI, UD. 5 OTTOBRE 2023 (DEP. IL 23 NOVEMBRE 2023) N. 47121 di Alessia SABATASSO 277

MASSIMA	277
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	277
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	277
3. DISPOSITIVO	279

DIRITTO CIVILE**CASS. CIV., SEZ III, UD. 25 MAGGIO 2023 (DEP. 9 OTTOBRE 2023), N. 28244 di Valeria BARBATO 280**

MASSIMA	280
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	280
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	280
3. DISPOSITIVO	281

CASS. CIV., SEZ III, UD. 28 FEBBRAIO 2023 (DEP. 27 GIUGNO 2023), N. 18327 di Valeria BARBATO 282

MASSIMA	282
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	282
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	282
3. DISPOSITIVO	283

CASS. CIV., SEZ III, UD. 18 MAGGIO 2023 (DEP. 5 SETTEMBRE 2023), N. 25.917 di Filippo Marco Maria BISANTI 285

MASSIMA	285
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	285
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	286
3. DISPOSITIVO	287

CASS. CIV., SEZ. LAVORO, UD. 14 SETTEMBRE 2023 (DEP. L' 11 OTTOBRE 2023) N. 28378 di Alessia SABATASSO 288

MASSIMA	288
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	288
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	289
3. DISPOSITIVO	291



CASS. CIV., SEZIONI UNITE, UD. 29 SETTEMBRE 2023 (dep. 27 DICEMBRE 2023) N. 35969 di Arianna ZURZOLO..... 292

MASSIMA	292
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	292
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	292
3. DISPOSITIVO	294

DIRITTO ORDINARIO

TRIB. TRENTO, SEZ. LAVORO, 21 DICEMBRE 2023 di Filippo Marco Maria BISANTI 295

MASSIMA	295
1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO	295
2. MOTIVI DELLA DECISIONE	295
3. DISPOSITIVO	297



SVILUPPO E SOSTENIBILITÀ NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E NAZIONALE: ATTUAZIONE, TUTELA DELLA PERSONA E BILANCIAMENTO CON ALTRI PRINCIPI, NEL DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO

di **Gianluigi CAPACCIO***

ABSTRACT

La tutela dell'ambiente impone all'odierno cittadino e al giurista di doversi conformare ad un modello di sviluppo sostenibile. L'esigenza di rispettare i valori ecologici e i sottesi interessi ambientali porta inevitabilmente, sul piano del diritto, ad una reinterpretazione e riqualificazione di categorie consolidatissime come quelle di contratto e di proprietà. Su questa linea è stata improntata la legislazione europea e nazionale degli ultimi decenni. Ma ciò che sembra perfetto sul piano formale, risulta esposto a una serie di punti deboli e di crepe nella sostanza e nella realtà dei fatti, soprattutto alla luce della recente crisi pandemica e del conflitto ucraino-russo che ha colpito il nostro pianeta. Ci si chiede, dunque, se effettivamente l'ambiente e la sostenibilità delle scelte della produzione possano prevalere sulle esigenze di sostentamento della popolazione nazionale e mondiale.

SOMMARIO

1. Premessa	13
2. La definizione di sviluppo sostenibile e il richiamo al principio di sussidiarietà	14
3. La depatrimonializzazione del diritto civile: il concetto di contratto ecologico .	17
4. La conformazione ecologica del diritto civile in ambito codicistico e nelle leggi speciali	18
5. Il contemperamento tra il diritto proprietario e la tutela della salute e dell'ambiente	20

* Avvocato del foro di Napoli Nord

¹ Cfr. M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *rivistaaic.it*, 2018, 2, p. 1 ss. il quale approfondisce il tema della crisi ecologica in atto, ormai prossima al «collasso ecologico» irreversibile.

6. La forma non è garanzia di sostanza: lo sviluppo sostenibile e l'esigenza di sostentamento della popolazione 21

1. PREMESSA

In un momento in cui “la questione ambientale” è drammaticamente attuale, perché rischia di compromettere la sopravvivenza della specie umana¹, assurge ad obbligo indefettibile la conoscenza degli strumenti giuridici approntati dal legislatore nazionale e comunitario a tutela dell'ambiente.

La recentissima legge Costituzionale n. 1/2022 ha modificato l'art. 9 della Costituzione il quale, nella versione attuale, recita testualmente che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. 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»².

Per la prima volta nella storia, al vertice della piramide delle fonti interne al nostro ordinamento, viene espressamente sancito l'obiettivo della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, oltre ai già esistenti obiettivi della promozione e

² Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione:1947-12-27~art9#:~:text=9..storico%20e%20artistico%20della%20Nazione>

dello sviluppo di cultura e ricerca, nonché della tutela del paesaggio e dei beni culturali.

Proprio a tal proposito giova sottolineare che per “biodiversità” si deve intendere l’insieme di tutte le razze viventi sulla Terra, dagli animali ai microrganismi e, invece, per “ecosistema” deve intendersi proprio l’equilibrio che esiste tra le specie citate e l’ambiente che li circonda.

La portata innovativa dell’articolo in esame è epocale, quantomeno sul piano formale, seppure con qualche riserva sul piano sostanziale, come si avrà modo di argomentare più avanti.

Non a caso il citato articolo 9 si colloca nella parte prima della Costituzione, dedicata ai c.d. “principi fondamentali”, che costituiscono i criteri guida del nostro ordinamento repubblicano, rappresentandone valori inderogabili.

Si tratta evidentemente di una riforma costituzionale che radica le sue origini nell’esigenza, avvertita da tempo, in maniera generale e globalizzata in tutti i “Paesi” evoluti dell’intero globo terrestre (a partire dalle manifestazioni del WWF e fino a spingersi all’Enciclica “Laudato si” di Papa Francesco), di attuare forme di tutela più ampie in favore dell’ambiente, per sensibilizzare le istituzioni e le masse nonché per gettare le basi di futuri e ormai indispensabili interventi legislativi, che garantiscano in concreto il c.d. sviluppo sostenibile³ (anche in virtù delle spinte europeiste, per quanto riguarda più in particolare il nostro continente).

³ Sul principio italo-europeo dello sviluppo sostenibile (artt. 11 Tratt. FUE, 37 Carta dir. UE e art. 3 *quater* d.lgs. n. 152 del 2006, c.d. codice dell’ambiente), si veda M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.; IDEM, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss.; IDEM., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 287 ss.

2. LA DEFINIZIONE DI SVILUPPO SOSTENIBILE E IL RICHIAMO AL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

I termini “sviluppo” e “sostenibilità” sono dotati di una propria autonomia solo sul piano lessicale in quanto, piuttosto, sul piano giuridico e sociale oramai devono essere letti in un’accezione unica ed in chiave integrativa.

Ciò in quanto oggi non è possibile parlare di sviluppo (economico, tecnologico e sociale) senza prendere in debita considerazione il rispetto dell’ambiente e, dunque, la sostenibilità delle scelte umane e politiche⁴.

Infatti la tutela della persona, sul piano della titolarità e del godimento dei beni e delle risorse naturali, deve trovare un indispensabile contemperamento con l’esigenza della salvaguardia di ciò che la circonda.

Tuttavia quanto sopra descritto non è il risultato di un percorso lineare, rapido e scontato ma rappresenta il frutto di studi e di interventi legislativi e politici (tanto nazionali quanto comunitari) che hanno cercato, nel corso degli ultimi cinquanta anni, di rispondere alle esigenze dell’uomo, della produzione e della natura, ponendo le stesse su un piano di equilibrio, che solo in teoria può essere perfetto.

Invero una prima definizione di “sviluppo sostenibile” è contenuta nel rapporto “Our Common Future” (in italiano, “Il Futuro di Noi Tutti”) del 1987, approvato dall’Assemblea generale delle

⁴ Così P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente, Ambiente e mercato – Atti, Edizioni scientifiche italiane*, 2016, p. 322 s., secondo il quale «lo sviluppo è “sostenibile” quando garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana». Sui presupposti dello sviluppo “umano” sostenibile si rinvia a M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 41 ss.

Nazioni Unite con ris. n. 42/187 dell'11 dicembre 1987⁵.

Nel suddetto rapporto, più noto come Rapporto Brundtland (dal nome della coordinatrice che lo aveva commissionato), si legge testualmente che «lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le loro esigenze»⁶.

Pur trattandosi di una definizione “primitiva” il cui punto focale è ancora rappresentato dai bisogni dell'uomo e non dalla tutela delle biodiversità e dell'ambiente, si può riscontrare un primo approccio critico alla ricerca del bilanciamento tra l'ecologia e l'economia: la salvaguardia delle esigenze delle generazioni future evidenzia indirettamente la limitatezza dei beni e delle risorse naturali e la conseguente necessità di governare lo sviluppo, ponendo dei limiti alle capacità produttive.

Successivamente, con il trattato di Amsterdam del 1997, il principio dello sviluppo sostenibile diviene a tutti gli effetti un obiettivo da perseguire da parte dell'Unione europea.

A tal proposito nel preambolo del trattato sull'Unione europea (TUE), si afferma che gli Stati membri sono «determinati a promuovere il progresso sociale ed economico dei propri popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente»⁷.

Inoltre nel medesimo trattato si aggiunge che «L'Unione si prefigge i seguenti obiettivi: -

⁵ Cfr. il sito internet presente al seguente indirizzo: <https://www.mase.gov.it/pagina/il-contesto-internazionale>

⁶ Cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development

⁷ Cfr. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_1&format=PDF.

promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile»⁸.

Si noti come, seppure in chiave più moderna, lo sviluppo sostenibile continua ad essere considerato in un'accezione antropocentrica che guarda con maggiore interesse la tutela della produzione e dello sviluppo economico piuttosto che l'ambiente, il quale resta ancora un principio sullo sfondo.

Tuttavia le suddette spinte europeiste e l'evoluzione dei tempi hanno portato, nel 2000, alla sottoscrizione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche detta Carta di Nizza, in cui si assiste al primo reale riconoscimento dello sviluppo sostenibile in una visione “eocentrica”⁹.

In particolare l'art. 37, collocato nel Titolo IV “Solidarietà”, rubricato “Tutela dell'ambiente”, recita testualmente che «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»¹⁰.

Si fa espresso riferimento all'integrazione che, in termini giuridici, evoca e richiama il c.d. principio di sussidiarietà.

Con riguardo al diritto nazionale, il principio di sussidiarietà è entrato nella Costituzione a seguito della legge costituzionale 3/2001, mediante cui il legislatore, con il novellato art. 118, ha sancito specificamente il principio di sussidiarietà verticale: le funzioni amministrative sono attribuite *in primis* ai Comuni, in quanto enti più vicini ai cittadini ed

⁸ Cfr. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_1&format=PDF.

⁹ Secondo la definizione riportata su Wikipedia l'ecocentrismo è una corrente filosofica nata alla fine del XX secolo, e si fonda sullo sviluppo sostenibile dell'ambiente e dei beni liberi per le generazioni future. Cfr. <https://it.wikipedia.org/wiki/Ecocentrismo>.

¹⁰ Cfr. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

in grado di realizzarne in maniera più efficiente e rapida gli interessi.

Diversamente le funzioni amministrative potranno essere attribuite agli enti governativi più lontani solo laddove sussista la necessità di assicurare un esercizio unitario ovvero laddove gli enti più vicini alla popolazione non riescano ad esercitare correttamente le suddette funzioni.

Dunque si abbandona definitivamente il principio del parallelismo in virtù del quale, piuttosto e semplicisticamente, l'istituzione titolare della funzione legislativa in una specifica materia diveniva automaticamente titolare anche della funzione amministrativa, in questo modo trascurando gli obiettivi dell'efficacia e dell'efficienza nell'esercizio delle funzioni medesime.

E ancora, il successivo comma 4 dell'art. 118, Cost., sempre nella versione definita dalla richiamata novella, sancisce il principio di sussidiarietà orizzontale, coordinato con il principio di solidarietà, laddove viene ad essere legittimata e favorita «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»¹¹.

Ebbene l'art. 37 della Carta di Nizza deve essere letto e applicato proprio alla luce del sopradescritto principio di sussidiarietà, nella misura in cui laddove il diritto del cittadino europeo in materia ambientale risulti meglio tutelato dalla Costituzione nazionale, tale tutela troverà applicazione in luogo delle disposizioni comunitarie.

Sintetizzando, l'interesse primario è quello di assicurare una tutela ambientale quanto più efficiente ed efficace possibile, attraverso gli strumenti utilizzati e le azioni esercitate dagli enti e dalle

istituzioni più vicine ai cittadini, effettivi destinatari e beneficiari delle disposizioni normative.

Si arriva, dunque, all'odierna definizione di "sviluppo sostenibile", specificata a livello europeo nell'articolo 3, paragrafo 2 del TFUE: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico»¹².

Ed ancora, il successivo paragrafo 5 denota la rilevanza internazionale del termine: «Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»¹³.

In questa prospettiva è chiaro l'intento precipuo, tanto a livello europeo che a livello nazionale (con la citata legge costituzionale 1/2022), di voler assicurare la migliore protezione possibile all'ambiente, con la conseguenza che lo "sviluppo sostenibile" non deve essere apprezzato alla stregua di un carattere addizionale o funzionale rispetto all'obiettivo dello sviluppo del sistema economico-sociale ma, diversamente, come un fine

¹¹ Osserva G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 462, che «l'autonomia negoziale, che nel vigente ordinamento costituzionale non può non avere una funzione socialmente

rilevante (art. 41, comma 2, cost.), è attività diretta alla realizzazione di interessi generali».

¹² Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:it:PDF>.

¹³ IDEM nota 12.

sovraordinato, le cui tre componenti (economica, sociale ed ambientale) si pongono tra loro con pari dignità.

3. **LA DEPATRIMONIALIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE: IL CONCETTO DI CONTRATTO ECOLOGICO**

Dunque, con l'obiettivo di raggiungere una tutela ambientale concreta e integrata, non solo i soggetti politici e amministrativi, ma anche gli operatori economici e la cittadinanza devono collaborare simultaneamente all'effettività della tutela ambientale, quale presupposto essenziale per l'affermazione democratica ed il benessere economico della Nazione.

Quanto descritto si riversa inevitabilmente in ogni ambito della vita associata e, sul piano giuridico, comporta una sorta di "depatrimonializzazione" del diritto civile.

Del resto è da tempo ormai che, sul piano dell'autonomia negoziale, il giurista civile riscontra dei limiti, interni ed esterni, che emergono da una valutazione funzionale degli istituti, alla luce delle esigenze fondamentali della persona¹⁴.

In particolare nei giorni nostri per un civilista non è più possibile studiare e approfondire la materia contrattuale in maniera adeguata e compiuta senza prendere in debita considerazione i problemi di tutela dell'ambiente¹⁵.

Invero, mutuando le parole del Prof. Pietro Perlingieri, «categorie consolidatissime – come, ad

esempio, quelle di contratto o di diritto soggettivo – non evocano più alla mente dell'operatore un sicuro punto di riferimento concettuale perché si stemperano in una serie variegata di situazioni»¹⁶.

Dunque si avverte l'esigenza di riconsiderare l'istituto del contratto, tanto sul piano oggettivo degli elementi che lo contraddistinguono, quanto sul piano soggettivo delle parti destinatarie degli effetti del medesimo rapporto contrattuale.

Nel corso dell'evoluzione dei tempi, da una originaria impostazione personalistica e strettamente economico-utilitaristica del contratto, si è giunti ultimamente ad avvertire sempre più un'esigenza di dover smorzare una definizione così assoluta, in virtù di un vero e proprio ripensamento della stessa natura patrimoniale della categoria contrattuale.

In dottrina si parla ultimamente di "contratto ecologico"¹⁷, ossia di un istituto che diviene fonte non solo di rapporti giuridici patrimoniali, come tradizionalmente intesi, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili, in cui vanno necessariamente ricompresi e richiamati i principi di sussidiarietà e di solidarietà.

Ebbene la riconsiderazione in chiave ecologica del diritto contrattuale e la correlata importanza *erga omnes* delle risorse (beni) comuni permette al giurista di scavalcare un ulteriore principio assiomatico della normativa civilistica in tema di negozio giuridico: il principio di relatività degli effetti

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 326 ss.; IDEM, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Esi, Napoli, 2006, p. 336.

¹⁵ Un primo tentativo di una complessiva «analisi ecologica» del diritto civile, basata sulla «riconcettualizzazione» delle principali categorie civilistiche, è dovuto a M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014, sul quale si veda M.R. MAUGERI, *Il diritto civile dell'ambiente. Spigolando da un recente manuale*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 159 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 327

¹⁷ È la proposta già avanzata in M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 767 ss.; più in generale, per l'incidenza dell'interesse ambientale sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporne una profonda revisione concettuale, IDEM, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 34 ss.; v. anche IDEM, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246 ss., spec. p. 1253 ss.

sancito dall'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto produce effetto solo tra le parti contraenti¹⁸

Ciò in quanto il c.d. contratto ecologico non produce effetti prettamente appropriativi ed economici con rilevanza individuale (come nel caso del contratto tradizionalmente inteso) ma implica il coinvolgimento anche dei terzi e delle generazioni future, che sono i diretti interessati al godimento delle risorse comuni.

Dunque è evidente che laddove il contratto incida su di un bene comune, gli effetti negoziali oltrepassano la sfera prettamente individuale.

In un simile contesto la regolamentazione privata svolge una funzione di attuazione e tutela di interessi generali di natura ambientale, assumendo un'efficacia esterna erga omnes, in virtù del più volte richiamato principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 co. 4 Cost.

Invero i terzi, estranei al rapporto contrattuale ma portatori di medesimi interessi comuni a quelli delle parti contrattuali, saranno destinatari degli effetti del contratto in una dimensione proiettata altresì alle generazioni future, al fine di perseguire l'obiettivo della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile¹⁹.

In altre parole il contratto, nel passaggio dalla patrimonialità assoluta a quella relativa, assumendo i contorni "ecologici", assurge a strumento diretto a realizzare, non più e soltanto gli interessi e i diritti personalistici dei singoli individui

contraenti quanto, piuttosto e di converso, i diritti fondamentali della persona umana, contribuendo così all'attuazione della giustizia sociale²⁰.

4. LA CONFORMAZIONE ECOLOGICA DEL DIRITTO CIVILE IN AMBITO CODICISTICO E NELLE LEGGI SPECIALI

Quanto sopra riportato rappresenta la trasposizione in concreto di ciò che era stato previsto, sotto forma di principio, già con l'art. 3 quater del D.lgs. 15/2006, c.d. Codice dell'ambiente, secondo cui ogni attività umana giuridicamente rilevante deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile.

Gli esempi sono molteplici.

Si pensi all'art. 1135 c.c. al cui ultimo comma è previsto che l'assemblea condominiale può «autorizzare l'amministratore di condominio a partecipare e collaborare a progetti, programmi e iniziative territoriali promossi dalle istituzioni locali o da soggetti privati qualificati, anche mediante opere di risanamento di parti comuni degli immobili nonché di demolizione, ricostruzione e messa in sicurezza statica, al fine di favorire il recupero del patrimonio edilizio esistente, la vivibilità urbana, la sicurezza e la sostenibilità ambientale della zona in cui il condominio è ubicato»²¹.

Dalla lettura del citato articolo si evince un riferimento espresso e specifico alla sostenibilità

¹⁸ Si sviluppa l'intuizione di N. LIPARI, *Introduzione*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 17, il quale sottolinea che «nell'ottica dell'ambiente può essere ripensata non solo la tematica del contratto giusto ma anche quella dell'efficacia del contratto».

¹⁹ Osserva G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 462, che «l'autonomia negoziale, che nel vigente ordinamento costituzionale non può non avere una funzione socialmente rilevante (art. 41, comma 2, cost.), è attività diretta alla realizzazione di interessi generali, rinvenendo il proprio fondamento unitario nella sussidiarietà (art. 118, comma 4, cost.)».

²⁰ Sul principio di sussidiarietà quale fondamento per giustificare il superamento del dogma della relatività contrattuale si veda P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 324 s.: «se la sussidiarietà, e dunque l'iniziativa negoziale, è prevista per disciplinare interessi generali, il contratto non è più configurabile come esclusivo strumento per regolare interessi individuali ed egoistici delle parti». In particolare, sulla portata dell'art. 1372 c.c., l'Autore sottolinea che la norma «non dice che "il contratto ha forza di legge soltanto tra le parti", senza che possa essere considerato un punto di riferimento anche per altri che parti non sono» (p. 324).

²¹ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-terzo/titolo-vii/capo-ii/art1135.html>.

ambientale che, inserendosi nel solco del moderno diritto civile ecologico, va inteso quale affermazione e conferma del principio di sviluppo sostenibile.

Inoltre il riferimento esplicito alle istituzioni locali e ai soggetti privati qualificati richiama altresì il principio di sussidiarietà, come delineato precedentemente.

Ed ancora, la rilevanza della tutela ambientale nei rapporti civili trova terreno fertile nelle previsioni del Codice del Consumo.

Innanzitutto l'art. 6, lett. d prescrive l'obbligo, per i prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore, commercializzati sul territorio nazionale, di riportare in maniera chiara, leggibile e visibile, le indicazioni relative «all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente»²².

Con maggiore vigore e risonanza, poi, non solo l'art. 30 comma 1 del Codice del Consumo vieta espressamente la televendita che induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente ma addirittura il successivo art. 136, comma 3 dispone specificamente che il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti è tenuto ad invitare alle proprie riunioni «rappresentanti delle associazioni di tutela ambientale riconosciute e delle associazioni nazionali delle cooperative dei consumatori»²³.

²² Cfr. <https://www.brocardi.it/codice-del-consumo/parte-ii/titolo-ii/capo-ii/art6.html>.

²³ Cfr. <https://www.brocardi.it/codice-del-consumo/parte-ii/titolo-iv/capo-i/art30.html?q=30+ccons&area=codici>.

²⁴ Cfr. <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?ACTION=getArticolo&id=%7B2E098CC7-71DF-4F51-87A3-5F772BDE42B4%7D&codiceOrdinamento=200000600000000&articolo=Articolo%206>. Sul tema si rinvia a F. DI GIOVANNI, "Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 61 ss.; A. ADDANTE, *I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 182 ss.

Inoltre c'è da rilevare che il disposto del sopracitato art. 3 quater del Codice dell'ambiente non si ferma solo all'attività privata ma fa pure riferimento all'attività della pubblica amministrazione che, nell'ambito dell'attività discrezionale di scelta comparativa tra interessi pubblici e privati, deve fornire una prioritaria valutazione e prevalenza agli interessi di tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale.

Si pensi, ad esempio, all'esperienza giuridica dei c.d. appalti verdi, laddove il soggetto pubblico appaltante, ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. 102 del 2014, è chiamato obbligatoriamente ad inserire delle "clausole verdi" tra i criteri di aggiudicazione, proprio al fine di selezionare, tra i vari concorrenti, quei soggetti che possano offrire prodotti e servizi eco-efficienti, favorendo così una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche (si legge testualmente «L'obbligo di cui al comma 1 si considera assolto qualora l'acquisto di prodotti, servizi ed immobili rispetti almeno le specifiche tecniche e le «clausole contrattuali» indicate nei Criteri ambientali minimi»)²⁴.

È evidente, dunque, che l'interesse a uno sviluppo sostenibile si pone come un limite immanente tanto nell'ambito della formazione di qualsiasi contratto di diritto privato quanto nell'ambito delle procedure di affidamento pubblico²⁵.

²⁵ La libertà contrattuale, secondo C.M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara, Catania 12-14 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 387 ss., spec. p. 402, non può esercitarsi al fine di perseguire interessi contrastanti con l'utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.), sì che immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico saranno gli interessi socialmente dannosi. La dannosità sociale deve ravvisarsi ogni qual volta il contratto miri a pregiudicare beni o valori che la società riconosce come propri: l'ambiente, l'occupazione, l'eguaglianza sostanziale, l'informazione, l'educazione, ecc. Devono, così, reputarsi nulli per immeritevolezza degli interessi perseguiti «i contratti che, ad



5. IL CONTEMPERAMENTO TRA IL DIRITTO PROPRIETARIO E LA TUTELA DELLA SALUTE E DELL'AMBIENTE

Tuttavia, come detto, la categoria in crisi non è solo quella del contratto ma altresì quella di alcuni diritti soggettivi.

Come non citare il diritto di proprietà.

Partendo dalla Costituzione, l'art. 42 comma 2 recita testualmente che «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»²⁶.

Il legislatore, chiamato a porre regole e limiti al diritto di proprietà, al fine di realizzare la descritta funzione²⁷, ha declinato il diritto di proprietà come il diritto di godere e disporre delle cose in maniera piena ed esclusiva (art. 832 c.c.).

Da questa definizione si evince che il proprietario gode dei poteri più ampi: egli decide se, come e quando utilizzare la cosa nell'ambito della destinazione assegnata dal legislatore; egli decide se alienare la cosa ovvero lasciarla per testamento ovvero, ancora, costituire diritti reali limitati a favore di altri.

Si tratta evidentemente di un diritto pieno (che consente al proprietario ogni utilizzo lecito del bene), elastico (in grado di comprimersi e riacquistare ampiezza giuridica), autonomo (non possono esistere più diritti di proprietà esclusivi su di un medesimo bene, ma solo una comproprietà) ed

es., abbiano a programma il degrado ambientale di una determinata zona» (p. 403).

²⁶ Cfr. https://www.senato.it/Leg18/1025?sezione=122&articolo_numero_articolo=42#:~:text=2%5D..diritti%20dello%20Stato%20sulle%20eredit%20C3%A0.

²⁷ Sulla funzione sociale della proprietà cfr. S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss., nonché IDEM, *Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*,

imprescrittibile (non può perdersi con il decorso del tempo per “non uso”).

Ancora una volta siamo di fronte a una definizione assoluta, declinata in termini prettamente individuali e tesa alla salvaguardia di interessi personalistici (si pensi all'antico brocardo risalente all'epoca latina in cui si sosteneva che la proprietà privata di un fondo si estendeva “*usque ad coelum et usque ad inferos*”).

Ma, ancora una volta, si assiste negli ultimi anni a una netta ed importante riduzione della portata individuale, con conseguente aumento dello spazio destinato alla tutela di interessi generali, pubblici e trasversali, per arrivare addirittura alla tutela costituzionale della vita e degli interessi delle generazioni future²⁸.

Invero la clausola di salvaguardia prevista dal Costituente, che impone alla legge di assicurare la funzione sociale della proprietà, consente di porre limiti proprio all'assolutismo proprietario per la salvaguardia di valori costituzionali, quali la salute umana e la tutela ambientale nell'interesse della collettività (da realizzare mediante la razionalizzazione dello sfruttamento delle risorse naturali).

Insomma, in virtù dello stretto collegamento tra i diritti delle persone e i beni comuni, le esigenze patrimoniali del singolo proprietario lasciano spazio ai valori non patrimoniali della collettività, in una sorta di forzata ma doverosa convivenza.

A tal proposito si fa riferimento ai limiti posti nell'interesse privato, ossia quei limiti che sono

III ed., Zanichelli, Bologna, 2013, p. 175 ss., e in particolare IDEM, *Commento all'art. 42*, in *Comm. cost.*, a cura di Branca, Art. 41-44, Rapporti economici, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 76 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Esi, Napoli, 2006, p. 114 ss.

²⁸ Ne avverte l'inadeguatezza A. NERVI, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente, cit.*, p. 40.

espressione del potere di conformare la proprietà privata agli interessi collettivi.

Espressione di tale potere conformativo sono le immissioni, regolate dall'art. 844 c.c.

Partendo dal dato normativo si evince che, almeno in astratto, ciascun proprietario dovrebbe evitare che l'uso della propria cosa comporti conseguenze negative per l'immobile del vicino.

In concreto ciò è impossibile in quanto a causa della contiguità dei fondi, fumo, calore, esalazioni e rumori possono propagarsi da un immobile all'altro e ciascun proprietario deve sopportarli.

Dunque il legislatore, per porre uno strumento in grado di regolare queste circostanze, ha introdotto il concetto di normale tollerabilità: il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano, appunto, la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.

Tuttavia per ciò che interessa in questa sede, di particolare importanza è il secondo comma dell'art. 844 c.c.: «nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso»²⁹.

Con riguardo al tema dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile si è espressa a più riprese la Suprema Corte di Cassazione che, di recente, con la sentenza n. 6906 dell'11 marzo 2019, ha sancito quanto segue: «l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di cui all'art. 844 c.c. impone al giudice di considerare prevalente la tutela della qualità della vita e della salute, nel

contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, indipendentemente dalla priorità di un determinato uso»³⁰.

Le parole dei giudici della nomofilachia non lasciano spazio a dubbi: la tutela della salute e dell'ambiente prevale in maniera netta e decisa sul principio della prevenzione, ponendosi quale limite intrinseco all'attività di produzione, oltre che nei rapporti di vicinato.

Dunque, se da un lato l'iniziativa economica privata è libera, dall'altro essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»³¹

In conclusione, secondo quanto previsto dalla normativa sopra esaminata, sembrerebbe che ci siano tutti i presupposti per una efficace e precipua tutela ambientale, con conseguente realizzazione dello sviluppo più sostenibile.

6. LA FORMA NON È GARANZIA DI SOSTANZA: LO SVILUPPO SOSTENIBILE E L'ESIGENZA DI SOSTENTAMENTO DELLA POPOLAZIONE

In verità ciò che sembra perfetto sul piano formale, risulta esposto a una serie di punti deboli e di crepe nella sostanza e nella realtà dei fatti.

Infatti spogliandosi dalle vesti del giurista ed indossando gli abiti di un privato cittadino, a seguito della crisi pandemica e del conflitto russo-ucraino ci si chiede se effettivamente l'ambiente e la sostenibilità delle scelte della produzione possano

²⁹ Cfr. <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-terzo/titolo-ii/capo-ii/sezione-i/art844.html>.

³⁰ Cfr. *Giuricivile*, 2019, 6 (ISSN 2532-201X), nota a Cass., sez. II civ., sent. n. 6906 dell'11.03.2019 - Pres. Lombardo, Rel. Scialisi.

³¹ Cfr. art. 41 Cost. come novellato dalla Legge costituzionale 1/2022). Sul superamento della nozione strettamente positivista del diritto, indotto dalla impronta assiologica della

Costituzione, G. LOMBARDI, *Iniziativa economica privata e tutela dell'ambiente*, in C. MURGIA (a cura di), *L'ambiente e la sua protezione*, Atti del convegno di studi giuridici, Cagliari, 19-20-21 aprile 1989, Giuffrè, Milano, 1991, p. 259 ss. e spec. p. 262, ove si riconosce che «la norma giuridica [...] non può concepirsi strettamente avulsa dalla situazione (o dal complesso di situazioni) in cui si inverte, e quindi non può essere disgiunta dal dato ambientale, che tende, in tal modo, a divenire uno degli elementi di operatività concreta».

prevalere sulle esigenze di sostentamento della popolazione nazionale e mondiale.

Seppure il decreto Rilancio (legge n. 34 del 2020) ha inciso sugli strumenti per lo sviluppo sostenibile, prevedendo specificamente agevolazioni ed incentivi fiscali, coniugando così il perseguimento degli obiettivi di ripresa economica con quelli della sostenibilità, soprattutto per l'efficientamento energetico (si pensi all'ecobonus al 110%), è evidente, a parere di chi scrive, che oggi ci debba essere una rimodulazione delle strategie politiche ed economiche per evitare che l'Italia resti un Paese totalmente dipendente dalle scelte altrui.

La guerra, pur trovando il proprio campo di battaglia "lontano" dal nostro territorio nazionale, ha di fatto messo il ginocchio l'economia italiana con conseguente emersione di problemi sociali e malcontento generale.

In pratica, all'indomani della guerra in Ucraina non è possibile ipotizzare quali saranno gli equilibri futuri tra produzione e ambiente.

Infatti non si tratta di una scelta prettamente economica ma altresì strategica: decidere se la nostra Nazione debba continuare a dipendere, per le fonti primarie come il gas, da altri Paesi oppure decidere di aumentare le capacità di produzione e le scorte interne.

Invero con particolare riferimento allo sfruttamento dell'energia, l'Italia possiede giacimenti di gas naturale ma è fortemente limitata dall'esigenza, fondata sull'incombere dell'emergenza climatica, di passare a fonti d'energia rinnovabili.

Ciò ha portato, da ultimo, il Ministro della transizione ecologica ad approvare il Piano per la transizione energetica sostenibile delle aree idonee (PiTESAI) con decreto ministeriale 28 dicembre 2021³².

³² Per un approfondimento sul punto cfr. <https://www.mase.gov.it/notizie/newsletter-n-10-2022-pprovato-e-pubblicato-il-piano-la-transizione-energetica-sostenibile>.

Ecco, la forte attenzione alla tutela ambientale e allo sviluppo sostenibile ha inciso addirittura sulle denominazioni e sulle competenze dei dicasteri: quello che era, in origine, il Ministero dell'ambiente, oggi è chiamato, appunto, Ministro della transizione ecologica.

Ebbene, indubbiamente l'ambiente costituisce un diritto fondamentale della persona ed un interesse fondamentale della comunità, comprendendo da un lato la conservazione, la razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali in tutte le sue componenti, e dall'altro l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, nonché di tutte le specie ambientali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale.

Ma, concludendo, siamo sicuri che quanto previsto a livello normativo, apparentemente perfetto e perseguibile, nella odierna realtà dei fatti sia davvero realizzabile?

Ad oggi il diritto a uno sviluppo sostenibile è davvero prevalente rispetto al diritto di ogni individuo ad un tenore di vita sufficiente a garantire il benessere proprio e della sua famiglia, con specifico riguardo alla nutrizione, all'abbigliamento, all'abitazione, ai trattamenti medici e al sistema assistenziale?

Per non parlare del tema, che sembrava oramai abbandonato ed accantonato definitivamente (anche a seguito dei referendum abrogativi svolti in Italia nelle date del 12 e 13 giugno 2011) dello sfruttamento dell'energia nucleare, che ultimamente sembra essere tornato prepotentemente in auge, tanto da sollecitare discussioni politiche molto accese sul tema, con interesse sempre più attuale da parte del governo in carica (sul punto si consideri anche gli ultimi interessi del governo USA sul tema, diretto addirittura ad acquisire un controllo egemone sull'energia mondiale³³).

³³ Cfr. *Sole24ore*, articolo online del 13 dicembre 2022, <https://www.ilsole24ore.com/art/nucleare-usa-vicini-svolta-fusione-AEKBOVOC>: "Il dipartimento statunitense dell'Energia ha annunciato



Dunque, alla luce delle vicende mondiali, è davvero necessario trasfondere i propri sforzi nella spasmodica ricerca della migliore tutela per l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, nell'interesse delle future generazioni laddove, di converso, le odierne generazioni si trovano continuamente vessate da rincari dei costi della vita proprio a causa di una voluta dipendenza del nostro Paese dalle altre Nazioni?

Non è proprio possibile seguire l'esempio delle altre Nazioni che, a differenza dell'Italia, riescono a perseguire la tutela dell'ambiente ed allo stesso tempo sfruttare al meglio il proprio territorio?

Si tratta di domande provocatorie in quanto nessuno può dare una risposta certa ed assoluta.

Lo dimostra la storia.

Tuttavia una cosa certa c'è: alla luce degli eventi che hanno colpito il mondo intero e, in particolare l'Italia, è quanto mai fortemente avvertita la necessità di trovare un equilibrio tra lo sviluppo sostenibile e le esigenze di vita concreta.

Purtroppo è un problema noto: le norme talvolta, pur perfette sul piano formale, non riescono davvero a cogliere i problemi di attuazione sostanziale e ad aderire pienamente alla realtà sociale.

Agli operatori del diritto, ai politici ed ai posteri, ciascuno per quanto di propria competenza, l'ardua sentenza ed il compito di contemperare le opposte esigenze, ai fini della realizzazione di un mondo migliore.

martedì 13 dicembre, in una conferenza stampa, che gli scienziati sono stati in grado, per la prima volta nella storia, di produrre una reazione di fusione nucleare che genera più energia di quella necessaria per innescarla.

«Gli Usa hanno intrapreso i primi passi verso una fonte di energia pulita che potrebbe rivoluzionare il mondo», ha detto Jill Hruby, sottosegretaria Usa per la sicurezza nucleare».



L'ESTERNALIZZAZIONE DELLA ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE E LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO

di **Vincenzo CESARO***

ABSTRACT

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di indagare un tema, quale è quello della manutenzione dei beni, di chiara matrice aziendalistica, al fine di individuarne la natura del contratto di manutenzione e di fissarne la relativa disciplina. Nello specifico, infatti, tale scelta permetterebbe di accertare se, alla luce delle attività che l'assuntore dei servizi di manutenzione sia chiamato ad eseguire, il rapporto contrattuale possa essere ricondotto nell'ambito degli schemi tipici disciplinati dal legislatore o se, invece, per la natura eterogenea delle prestazioni sia difficile una ricostruzione di questo tipo e necessario, pertanto, muoversi nell'area dei contratti atipici.

SOMMARIO

- 1. L'attività di manutenzione: difficoltà per l'interprete di individuare una nozione del fenomeno 24**
- 2. Qualificazione giuridica del contratto di manutenzione. Indicazioni provenienti dalla dottrina che si è occupata del contratto di appalto..... 27**
- 3. Il contratto di manutenzione quale somministrazione di servizi 31**
- 4. Qualificazione giuridica del contratto di manutenzione alla luce della nuova concezione delle attività di conservazione della funzionalità e del valore economico**

* Professore ordinario di diritto civile presso la facoltà di giurisprudenza Napoli Parthenope.

¹ AIMONE, Il contratto di manutenzione: tipologie, responsabilità, diritti e obbligazioni delle parti, in Atti del convegno "I contratti per la manutenzione immobiliare e urbana", Milano, 2003, p. 1, rileva che l'individuazione specifica della nozione del contratto di manutenzione riveste carattere fondamentale perché da essa è possibile far discendere la collocazione del medesimo nel corretto ambito normativo. Il tentativo

dei beni. Combinazione nel contratto di manutenzione di elementi di diversi schemi tipici..... 34

5. Disciplina applicabile al contratto di manutenzione. Necessaria individuazione delle prestazioni conservative prevalenti. Selezione delle norme codicistiche idonee a regolare il rapporto. La questione della disciplina del contratto di manutenzione nel quale sono prevalenti le prestazioni di servizi 37

1. L'ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE: DIFFICOLTÀ PER L'INTERPRETE DI INDIVIDUARE UNA NOZIONE DEL FENOMENO

L'approfondimento di un fenomeno di chiara matrice aziendalistica, quale è la manutenzione dei beni, dovrebbe necessariamente prendere avvio dalla individuazione di una nozione sintetica ma nello stesso tempo soddisfacente.

Questa scelta non si giustificerebbe sulla base di una inutile propensione verso le classificazioni definitorie, ma per l'esigenza di individuare la natura del contratto di manutenzione e di fissarne la relativa disciplina¹.

di assegnare al contratto di manutenzione una nozione soddisfacente è stato compiuto in dottrina da MIGLIAROTTI, Come redigere un contratto di manutenzione e quale livello di servizio chiedere, in Atti del convegno "I contratti di manutenzione e di *global service*, cit., p. 2, secondo la quale esso deve essere definito come un contratto in cui una parte (committente) affida ad una altra (manutentore o riparatore) la manutenzione di impianti contro la corresponsione di un canone periodico.

Ciò potrebbe consentire di accertare se, alla luce delle attività che l'assuntore dei servizi di manutenzione sia chiamato ad eseguire, il rapporto contrattuale possa essere ricondotto nell'ambito degli schemi tipici disciplinati dal legislatore o se, invece, per la natura eterogenea delle prestazioni sia difficile una ricostruzione di questo tipo e necessario, pertanto, muoversi nell'area dei contratti atipici².

Nella operazione di ricostruzione del fenomeno manutentivo, l'interprete deve prendere atto che il tentativo volto a racchiudere in una nozione sintetica le attività ed i servizi manutentivi, per quanto in linea teorica possa ritenersi utile ed apprezzabile, in concreto non consente di raggiungere risultati soddisfacenti.

Le difficoltà nascono, innanzitutto, dal fatto che le tecniche di manutenzione elaborate nella realtà aziendale e produttiva risultano variegata e complesse con la conseguenza che una nozione unitaria di manutenzione finisce inevitabilmente per offrire una visione del fenomeno inadeguata ad esprimerne l'ampiezza e le potenzialità. Il quadro delle attività manutentive è molto vasto sul piano qualitativo e quantitativo, per numero e diversità dei servizi, e non è agevole, anche in considerazione della continua evoluzione che si registra sul mercato, racchiuderlo in una nozione sintetica. Gli interventi manutentivi non si risolvono, infatti, nella tradizionale distinzione tra attività ordinarie e straordinarie, elaborata nella fase storica in cui il

fenomeno in esame ha avuto origine e sviluppo, ma si colorano di contenuto diverso ed articolato. In via meramente esemplificativa possono essere ricordate tra le tipologie di intervento le prestazioni manutentive preventive, correttive, su richiesta, a costatazione, a corpo, a *forfait*, ecc.³

È, altresì, evidente che l'attività di manutenzione assume contenuto diverso a seconda dei beni in relazione ai quali è previsto l'intervento di natura conservativa. In particolare, essa viene ad esplicarsi attraverso prestazioni e servizi suscettibili di variare in modo significativo sulla base dell'oggetto di riferimento (beni industriali, informatici, immobili). Significativo, in tal senso, può essere l'esempio della manutenzione immobiliare che si svolge attraverso servizi dotati di una specifica peculiarità per la natura dei beni in relazione ai quali devono essere eseguiti. Tra gli interventi di natura manutentiva aventi ad oggetto beni immobili possono essere segnalate attività quali il *project management* (progetto di ingegnerizzazione dei servizi), l'anagrafica (censimento dei beni), le verifiche e gli adeguamenti normativi, lo *space management* (progettazione degli spazi), la pianificazione degli interventi e dei controlli periodici, la manutenzione informatica⁴.

Altra ragione ostativa alla individuazione di una nozione sintetica dell'attività di manutenzione può essere ricercata nel fatto che i servizi conservativi assumono portata e contenuto diverso a seconda del settore di riferimento⁵.

² In particolare la questione si pone nel senso di verificare se il rapporto di manutenzione debba essere ricondotto ai contratti tipici di appalto e di somministrazione o se, invece, per la complessità e diversità delle prestazioni si registri nella fattispecie un contratto misto. Allo stesso modo non si può, peraltro, non tener conto che proprio per il fatto che gli interventi di manutenzione sono caratterizzati da prestazioni eterogenee (lavori, servizi, forniture) diventa necessario accertare la possibilità di ravvisare nella fattispecie un negozio unitario o se, invece, debba riconoscersi l'ipotesi di negozi che, sia pur

destinati a realizzare un risultato finale unitario, abbiano una propria autonomia strutturale e funzionale.

³ Una puntuale ricognizione degli interventi di natura manutentiva è offerta da ROVERSI, I contratti di *outsourcing*, cit., p. 525.

⁴ AIMONE, Il contratto di manutenzione: tipologie, responsabilità, diritti e obbligazioni delle parti, cit., p. 1.

⁵ AIMONE, Il contratto di manutenzione: tipologie, responsabilità, diritti ed obbligazioni delle parti, cit., p. 5, rileva che anche le tecniche redazionali dei contratti di manutenzione non agevolano l'interprete nel percorso teso ad

A tal riguardo, deve essere segnalata la diversa sensibilità che hanno avuto verso il fenomeno della manutenzione gli operatori del settore industriale rispetto a quelli che devono assicurare questo servizio in ambito civile e dei beni collettivi. Nel settore industriale la cultura manutentiva è consolidata da tempo e ha registrato una significativa evoluzione nelle tecniche e metodologie applicative a tal punto da affermarsi come autonoma disciplina. Gli operatori industriali hanno da tempo consapevolezza che le attività di natura manutentiva sono necessarie per il corretto funzionamento dei beni e per garantire conseguentemente i livelli di produttività dell'azienda. In questo contesto si è consolidata la tesi che la manutenzione rappresenta una fase autonoma del ciclo produttivo che si sviluppa, non soltanto attraverso interventi di natura riparatoria, ma anche mediante l'adozione di iniziative programmatiche volte a garantire in via preventiva l'efficienza dei beni aziendali. Per conseguire questi risultati le imprese utilizzano a volte risorse interne, mentre sempre più di frequente preferiscono affidare ad imprese specializzate il compito di provvedere agli interventi di manutenzione⁶. Viceversa, nel settore civile, la cultura manutentiva ha avuto minore capacità di penetrazione per il disinteresse degli operatori verso questo servizio e per la maggiore propensione verso la sostituzione dei beni obsoleti.

individuare una nozione sintetica e soddisfacente. In tal senso significativo è il fatto che le parti non predeterminano l'oggetto del contratto ma sono solite prevedere un contenuto negoziale estremamente flessibile idoneo a garantire al committente l'adattamento delle prestazioni manutentive alle sopravvenute esigenze. In particolare, come si avrà modo di rilevare diffusamente in una fase successiva dell'indagine, si registra molto di frequente la redazione di un contratto "quadro", contenente previsioni di ordine generale, nel quale vengono previste esclusivamente le clausole inerenti i generali diritti e doveri delle parti, lasciando ad opportuni allegati, capitolati d'oneri e tecnici, la specifica individuazione di ciascuna attività e della conseguente disciplina.

Negli ultimi anni, anche in questo contesto, i committenti pubblici e privati hanno raggiunto piena coscienza del fatto che l'attività manutentiva diventa necessaria sul piano tecnico ed economico, interessando tutte le fasi della vita di un bene garantendone la conservazione della funzionalità ed efficienza. Per questa ragione nel settore civile gli operatori tendono ad utilizzare sempre più spesso tecniche e metodologie manutentive di matrice industriale dove, come ricordato, i processi hanno avuto maggiore sviluppo. In particolare, il trasferimento del *know-how* industriale al settore civile rappresenta una scelta strategica per gli enti preposti a soddisfare le esigenze di manutenzione e lo strumento più efficace per raggiungere il risultato della conservazione dello stato di efficienza dei beni⁷.

Le riferite difficoltà nell'assegnazione all'attività di manutenzione di una nozione unitaria ed omnicomprensiva diventano ancor maggiori ove si consideri che negli ultimi anni si sta sviluppando un fenomeno di portata più ampia, il cd. *global service* di manutenzione, per effetto del quale il processo di trasferimento all'esterno del servizio di manutenzione, alle quali le imprese sono solite accedere, si realizza sulla base di diversi caratteri distintivi. Secondo questo schema contrattuale, anch'esso di matrice aziendale, all'impresa esterna non vengono affidati interventi di manutenzione episodici ed occasionali relativi a singoli beni, ma un più ampio

⁶ CATTANEO, *Global service* di manutenzione dei beni pubblici, Pescara, 2002, p. 2, sottolinea che, in conseguenza della sempre più incessante domanda di manutenzione, si registra il proliferare delle società specializzate esclusivamente nei servizi di questo tipo. L'Autore conforta questo rilievo con il dato numerico secondo il quale le società specializzate in servizi manutentivi allo stato assorbono circa l'80% della forza lavoro manutentiva. D'altra parte, l'adozione di forme contrattuali molto avanzate, quale quella del *global service* di manutenzione, di cui si dirà di qui a poco, favorisce la crescita delle società specializzate in grado di offrire ai committenti garanzie di qualità nonché di economicità.

⁷ CATTANEO, *Global service* di manutenzione dei beni pubblici, cit., p. 2.

servizio diretto a garantire l'insieme di attività, molte volte eterogenee, funzionali alla conservazione di tutti i beni dell'impresa. Attraverso il *global service* l'ente pubblico o privato si "libera" di tutti i servizi direttamente o indirettamente collegati alla manutenzione affidandosi ad un terzo, il quale procede alla programmazione ed esecuzione dell'attività conservativa ed assume, peraltro, piena responsabilità sul conseguimento dei risultati dedotti nel rapporto contrattuale⁸.

In definitiva, il progressivo sviluppo dei rapporti di *global service* manutentivo, al quale si collega il carattere già di per sé eterogeneo e complesso di queste attività, non consente all'interprete di racchiudere in una nozione sintetica ed onnicomprensiva il fenomeno in esame. L'attività di manutenzione, pur con la funzione generale sopra individuata, presenta contenuto articolato, giammai consolidato e costante, che non dà spazio e forma all'individuazione di una nozione sintetica. Il modello astratto di manutenzione si manifesta in termini diversi per le variabili oggettive e soggettive sin qui sinteticamente rappresentate e questi elementi distintivi non consentono all'interprete di fare emergere un contratto di tipo generale e di assegnare una definizione onnicomprensiva.

La disomogeneità delle prestazioni manutentive, identificabili unicamente in sottotipi di rapporti distinguibili sulla base di criteri ordinatori, rappresenta, dunque, un dato di fatto ed esso non viene, peraltro, superato da alcuni interventi attraverso i quali il legislatore interno e comunitario ha inteso schematizzare le diverse attività manutentive.

2. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE. INDICAZIONI PROVENIENTI DALLA DOTTRINA CHE SI È OCCUPATA DEL CONTRATTO DI APPALTO

Si è sin qui dato conto della evoluzione storica del fenomeno della manutenzione e delle ragioni economiche che, per lungo tempo, hanno rallentato il consolidarsi di una cultura aziendale che riconoscesse nella attività di conservazione dei beni una fase autonoma del ciclo produttivo, di eguale rilievo rispetto alle altre. Sono state illustrate, in particolare, le cause per le quali soltanto negli ultimi anni gli operatori economici, prima nel settore industriale e poi in quello civile, hanno raggiunto consapevolezza del fatto che i servizi di natura manutentiva sono necessari per garantire la conservazione dell'efficienza e del valore economico dei beni; soltanto in tempi recenti vi è stato, infatti, il passaggio ad una nuova concezione della manutenzione, intesa non più come posta generatrice di costi diretti ed indiretti, ma quale attività destinata a mantenere lo *status quo* dei beni e che consente di realizzare maggiori livelli di produttività.

Senonché, proprio al diffuso e consolidato disinteresse degli operatori economici è possibile ric collegare la scarsa attenzione che i privatisti, ed i giuristi in generale, hanno dedicato per molto tempo al fenomeno manutentivo.

Da un esame dei repertori non emergono contributi destinati ad offrire in chiave sistematica ed organica l'inquadramento giuridico del contratto di manutenzione e ad individuare le regole giuridiche applicabili alla fattispecie.

⁸ CURCIO, *Global service* per la manutenzione immobiliare e urbana: caratteristiche del mercato e innovazioni tecnico normative, in Atti del convegno "I contratti per la manutenzione immobiliare e urbana", cit., p. 1.

Più in generale sul fenomeno dell'*outsourcing* si veda: MONTICELLI, I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele, in Europa e diritto privato, 2, 2011, p. 481.

Nell'ambito di trattazioni di carattere generale, alcuni giuristi hanno soltanto “sfiorato” il tema suggerendo il contesto normativo nell'ambito del quale rintracciare le regole giuridiche ad esso applicabili.

Questo tentativo è stato compiuto soprattutto dagli studiosi che hanno effettuato indagini di ampio respiro sui contratti tipici e che hanno svolto le loro ricerche anche nella direzione di verificare se alcune fattispecie elaborate nella prassi negoziale fossero riconducibili nell'alveo dei modelli predisposti dall'ordinamento giuridico o, invece, costituissero manifestazione della funzione integrativa ed innovativa riconosciuta dal legislatore alla autonomia privata. Per alcuni contratti stipulati dai privati, tra i quali anche quello di manutenzione, si è inteso verificare la possibilità di farli rientrare nelle fattispecie generali ed astratte previste dal legislatore o, in via alternativa, di qualificarli come contratti atipici⁹.

Sul tema della manutenzione la questione della qualificazione giuridica, e delle regole sulla base delle quali deve essere informata la condotta delle parti, è stata posta soprattutto nell'ambito di alcune trattazioni volte ad approfondire il contratto di appalto¹⁰.

Dall'esame dei contributi in materia di appalto emerge in modo evidente che la manutenzione dei beni si colloca quasi sempre nella indagine di più ampio respiro volta a delimitare in modo puntuale la linea di confine tra le due categorie di appalto previste dal legislatore, di opera e di servizi. Nella maggior parte di queste ricerche si tenta, in primo

luogo, di individuare gli elementi sulla base dei quali questa distinzione è fondata e, successivamente, di verificare in relazione alle singole fattispecie derivanti dalla prassi negoziale, tra le quali il contratto di manutenzione, la possibilità di farle rientrare nell'uno o nell'altro schema legale.

La distinzione tra le due fattispecie contrattuali non assume rilievo sul piano della struttura del tipo negoziale, il quale rimane pur sempre unico ed indivisibile¹¹. In entrambi i casi abbiamo una prestazione strumentale rispetto al fine, ma il *facere*, ovvero l'attività produttiva dell'appaltatore, può concretarsi tanto nel compimento di un'opera quanto nell'espletamento di un servizio. Il contratto di appalto di opera e quello di prestazioni di servizi non sono, dunque, strutture ontologicamente e funzionalmente diverse, e l'esigenza di procedere ad una puntuale delimitazione dei confini dei due schemi contrattuali si fonda soprattutto sul fatto che essi sono sottoposti ad una disciplina soltanto in parte comune, ove si consideri che vi sono norme codicistiche, che, per il loro peculiare contenuto, possono essere applicate esclusivamente agli appalti di opere mentre altre, meno numerose, sono dirette a regolare gli appalti di servizi. La riferibilità di ogni singola norma all'appalto di opere o di servizi va ricercata valutando esclusivamente la compatibilità

⁹ In dottrina il contratto di appalto è stato oggetto di numerosi approfondimenti tra i quali è possibile ricordare: RUBINO E IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. del cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992; ID, *Appalto privato*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 688; STOLFI, *Appalto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 629; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1967; MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 11, Torino, 1984; RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; MANGINI e IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto*

di appalto, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da Bigliani, Torino, 1997.

¹⁰ La qualificazione del contratto di manutenzione è approfondita nel contributo collettaneo *Contratti. Profili civili e tributari*, a cura di Macario e Addante, Torino, 2021.

¹¹ RUBINO, *Dell'appalto*, cit., p. 7; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit. p. 74, evidenziano che tanto l'opera quanto il servizio si presentano con carattere di indivisibilità per cui la parziale inesecuzione dell'una o dell'altro acquista rilevanza giuridica sotto il profilo dell'inadempimento.

intrinseca tra ciascuna di esse e non deve essere, in alcun modo, condizionata dal dato letterale¹².

A questo punto occorre sottolineare che in dottrina vi è pressoché concordia nel ritenere che nella nozione di appalto di opera rientrano tutti i contratti per effetto dei quali l'appaltatore si obbliga a procedere ad una attività di elaborazione o di trasformazione della materia dalla quale derivi la creazione di un nuovo bene materiale o la modifica sostanziale di un bene preesistente. L'elaborazione della materia prima, secondo forme e modalità diverse, rappresenta l'oggetto e lo scopo principale dell'appalto d'opera, nonché l'elemento che consente di tracciare la linea di separazione rispetto all'appalto di servizi, nel quale l'appaltatore si impegna ad eseguire una attività che non realizza la produzione di un nuovo bene materiale. Nell'appalto di servizi l'attività dell'appaltatore rileva nella produzione di una utilità nell'interesse del committente, suscettibile di valutazione economica, ma che non dà luogo ad elaborazione di materia¹³.

L'identificazione, nei termini sopra indicati, dei profili distintivi delle attività suscettibili di dar luogo all'appalto di opere e di servizi, ha consentito alla dottrina di procedere nella verifica in concreto di quali fattispecie possano rientrare nell'uno o nell'altro schema negoziale. Ebbene, questa indagine, compiuta in alcuni casi in modo molto approfondito, ha consentito ad una parte della dottrina di

affermare che tra le fattispecie alle quali è possibile assegnare il *nomen iuris* di appalto di opera vi è anche il contratto di manutenzione. Si è ritenuto che nella generica nozione di appalto di opera rientrano diverse sottocategorie negoziali, che spaziano da quella tipica della costruzione, in cui l'appaltatore crea un prodotto finito, ad altre di contenuto diverso tra le quali, appunto, anche quella di manutenzione¹⁴. Questa conclusione è sostenuta dalla dottrina tradizionale in modo pressoché pacifico anche se non viene sorretta da adeguate argomentazioni a tal punto da esporre la tesi alla censura di essere caduta in una mera petizione di principio. Addirittura in alcuni casi la tesi, dopo essere stata inizialmente posta in dubbio, viene confermata senza alcuno sviluppo delle ragioni per le quali devono ritenersi superate le possibili obiezioni. Esempificativa in tal senso è la ricostruzione di un autorevole giurista¹⁵ il quale rileva, innanzitutto, che nella generica nozione di appalto di opera rientrano fattispecie diverse da quella di costruzione, tra le quali quelle di riparazione, demolizione ed appunto di manutenzione. Senonché, con riferimento all'appalto di manutenzione, l'Autore pone la questione di ordine problematico se questa fattispecie, per la tipologia di attività eseguite dall'appaltatore, non possa rientrare nell'appalto di servizi. Essa viene risolta nel senso che il contratto di manutenzione rientra pur sempre nell'appalto di

¹² RUBINO, Dell'appalto, cit., p. 144, dopo aver sottolineato che la verifica sulle norme applicabili dipende dalla compatibilità osserva che, ai fini della indagine in parola, di scarso ausilio si dimostra il tenore letterale delle stesse. Si rileva, in particolare, che alcune disposizioni (artt. 1655, 1671, 1674 cod. civ.) si riferiscono ad entrambi i tipi di appalto, mentre altre, pur essendo indubbiamente riferibili all'uno e all'altro schema negoziale, parlano esclusivamente dell'appalto di opere.

¹³ RUBINO, L'appalto, cit., p. 6; GIANNATTASIO, L'appalto, cit., p. 75, precisano che la modificazione dello stato materiale deve essere ottenuta con apposito lavoro dell'uomo perché se, ad esempio, l'opera costituisce il risultato di forze

naturali si potrà avere un contratto innominato ma non di appalto (in questo senso, in dottrina, MIRABELLI, Dei singoli contratti, in Comm. cod. civ., Torino, 1980, p. 420; ed in giurisprudenza Cass., 17.04.2001, n. 5609, in Mass. giust. civ., 2001).

¹⁴ Ancora prima dell'entrata in vigore del codice del '42 un Autore (VITA LEVI, Della locazione di opere e più specialmente degli appalti, Torino, 1876, p. 122) faceva rientrare negli appalti di opera oltre quelli di costruzione, riparazione, modificazione, demolizione anche l'appalto di manutenzione che veniva definito "il contratto avente ad oggetto il mantenimento di un bene mobile o immobile in stato di efficienza".

¹⁵ GIANNATTASIO, L'appalto, cit., p. 75.

opera senza spiegazione delle ragioni per le quali l'alternativa di procedere alla sussunzione della fattispecie nella categoria dell'appalto di servizi non possa essere accolta¹⁶.

A nostro giudizio l'inquadramento del contratto di manutenzione nell'ambito dell'appalto di opera, pur rappresentando una base di indagine di rilievo nella prospettiva qualificatoria, merita un approfondimento volto a verificare se questa conclusione sia effettivamente coerente ed armoniosa rispetto agli elementi distintivi dello schema normativo; la rivisitazione si impone ove si consideri che la prassi negoziale dà spazio e forma ad una nuova concezione della manutenzione, intesa non più quale attività riparativa, episodica ed occasionale, ma quale insieme di interventi di natura programmatica ed esecutiva destinati a consentire la funzionalità ed il valore economico dei beni. La qualificazione del contratto di manutenzione nei termini sopra indicati rischia di perdere, peraltro, rilievo ove si consideri che nei rapporti di questo tipo si registra sempre più di frequente la coesistenza di prestazioni d'opera e di servizi; in questi casi l'interprete deve accertare quale attività abbia maggior rilievo sul piano economico e giuridico e, nel procedere alla qualificazione della fattispecie, non deve farsi condizionare dalla terminologia utilizzata dalle parti che può essere incerta e fuorviante, tenuto conto che non di rado i contraenti, in sede di redazione del regolamento contrattuale,

assegnano al rapporto un *nomen iuris* diverso rispetto a quello proprio.

A questo punto è opportuno sottolineare che altra dottrina, impegnatasi ad approfondire il tema dei servizi ed a delineare una classificazione delle diverse ed eterogenee tipologie, è convinta che l'attività di manutenzione si concreti nella prestazione di un servizio ed il contratto in cui essa è contenuto debba essere qualificato come appalto di servizi¹⁷.

Si rileva che l'attività di manutenzione non dà luogo alla realizzazione di un impianto o di un manufatto ma nell'esecuzione di alcuni servizi suscettibili di valutazione economica utili e necessari per mantenere i beni in normali condizioni di funzionamento e di produttività.

Anche nel rapporto di manutenzione può aversi una modificazione materiale di cose, ma quest'attività è accessoria e strumentalmente preordinata ad ottenere altro scopo.

Si rileva che, ogni qualvolta sia prevista la fornitura di materiali, questa attività assume un ruolo secondario, almeno che non si tratti di una fattispecie del tutto diversa e, cioè, di una prestazione di manutenzione pattuita all'interno di un contratto di scambio, o anche separatamente, ma in connessione con esso e, dunque, accessoria¹⁸.

La tesi sin qui esposta incontra molti sostenitori tra i giuristi che hanno approfondito il tema della manutenzione e sembra trovare conforto in alcune pronunce dei giudici di legittimità che, nel procedere alla qualificazione giuridica di fattispecie

¹⁶ GIANNATTASIO, L'appalto, cit. p. 75, osserva, in particolare, che "l'appalto di manutenzione, che implica una prestazione periodica, se non addirittura continuativa, tesa a garantire che il bene venga a trovarsi continuamente in uno stato tale da poter essere utilizzata secondo la sua naturale destinazione, potrebbe persuadere l'interprete a ricondurre la fattispecie nell'ambito della categoria dell'appalto di servizi".

¹⁷ DUBINI, Quali sono i contratti più usati per l'esecuzione di lavori di manutenzione, in Atti del convegno "I contratti di manutenzione e di *global service*", cit., p. 3; RUBINO SAMMARTANO, Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato),

cit., p. 663. ROVERSI, I contratti di *outsourcing* della manutenzione, ivi, p. 3.

¹⁸ In questo senso, SANTINI, Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto, cit., p. 498, il quale sottolinea che il definitivo abbandono dei tradizionali interventi manutentivi di natura artigianale (cd. mestieri per via di carraccesca memoria) conduce a ritenere che la manutenzione, come anche la riparazione, rappresentano attività esercitate da imprese dotate di peculiari competenze tecniche e professionali e danno luogo a contratti di appalto di servizi.

negoziali caratterizzate da attività di natura manutentiva, hanno assegnato ad esse il *nomen iuris* di appalto di servizi.

Tra queste sentenze occorre richiamare quella con cui i Giudici di Cassazione¹⁹, dopo aver affermato il principio secondo il quale la qualificazione di un contratto come appalto di opera o di servizi impone un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, hanno affermato che il contratto di manutenzione avente ad oggetto, in particolare, il ripristino della funzionalità di un determinato bene, deve rientrare nella categoria dell'appalto di servizi. Si rileva che nella fattispecie manutentiva l'interesse dell'appaltatore si rivolge alla produzione di una utilità economico-giuridica e la (eventuale) trasformazione di materia rappresenta elemento secondario ed accessorio per il conseguimento degli obiettivi dedotti nel rapporto contrattuale.

3. IL CONTRATTO DI MANUTENZIONE QUALE SOMMINISTRAZIONE DI SERVIZI

Ai fini della indagine sulla qualificazione giuridica del contratto di manutenzione notevole attenzione merita un contributo monografico²⁰ nel quale si prende avvio dalla ampia diffusione nella realtà socio-economica delle prestazioni di servizi rispetto

a quelle di cose, per svolgere un apprezzabile tentativo teso a ricostruire una disciplina generale del contratto di durata avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi atipici. Questa verifica sistematica diventa necessaria ove si consideri che, di fronte ad un moltiplicarsi di prestazioni di servizi, non è possibile rintracciare nel codice civile una adeguata ed organica disciplina. Il tentativo di delimitare i confini normativi della vasta categoria dei servizi è, altresì, opportuno, tenuto conto del fatto che le indagini svolte in dottrina su questo tema hanno avuto per lo più natura atomistica, e questa lacuna non è stata colmata dalla giurisprudenza, che non ha enunciato principi di ordine generale.

In questo contributo si cerca, pertanto, di far emergere una disciplina generale applicabile a tutti i contratti contenenti prestazioni di servizi, nell'ambito dei quali, a giudizio dell'Autore, deve rientrare anche il contratto di manutenzione, in cui il servizio si risolve nel garantire la funzionalità e la conservazione del valore economico del bene²¹.

Per realizzare l'obiettivo sistematico su indicato, l'Autore ritiene che l'indagine debba prendere avvio dall'esame esegetico della disposizione contenuta nell'art. 1677 cod. civ., nel quale è previsto che, quando l'appalto ha ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, “si

¹⁹ In tal senso Cass., 17.04.2001 n. 5609. Allo stesso modo il Supremo Collegio ha affermato che il contratto avente ad oggetto il servizio di manutenzione globale e di conservazione degli impianti deve qualificarsi come appalto di servizi (Cass., 16.12.1998 n. 1680, in G.I., 1999, p. 1080).

Nello stesso senso la giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 7.02.2019, in De Jure, 2020; Trib. Milano, 13.01.2009, in Giurisprudenza Merito, 2009, p. I, 5; Trib. Torre Annunziata, 14.05.2018, in De Jure, 2019.

²⁰ R. BOCCHINI, La somministrazione di servizi, Padova, 1999, p. 10 e ss.

²¹ R. BOCCHINI, La somministrazione di servizi, cit., p. 23, osserva che la dottrina tradizionale ha proceduto ad alcuni

tentativi classificatori che, in quanto fondati su criteri meramente descrittivi, non hanno soddisfatto le esigenze sistematiche ed esegetiche. Si propone, pertanto, una diversa base di indagine che da spazio e forma ai fini classificatori, alle modalità di esecuzione della prestazione. In particolare si procede ad una *summa divisio* tra i contratti aventi ad oggetto servizi automatizzati nei quali l'erogatore del servizio, per dar esecuzione all'obbligo assunto, è tenuto a mettere a disposizione della controparte un macchinario che eroghi in modo continuativo o periodico il servizio, ed i contratti aventi ad oggetto servizi prestati dall'uomo, nell'ambito dei quali dovrebbe, appunto, rientrare il contratto di manutenzione.

osservano, in quanto compatibili, le norme dell'appalto e quelle relative al contratto di somministrazione".

Questa regola codicistica rinvia a due normative in molte parti divergenti e non ne indica il rapporto gerarchico, di guisa che è compito dell'interprete selezionare i criteri sulla base dei quali debba prevalere l'una o l'altra disciplina.

Nel procedere in tal senso si ritiene, innanzitutto, opportuno sottoporre ad attenta verifica l'opinione dominante secondo la quale l'inquadramento sistematico del contratto di durata avente per oggetto servizi sotto il capo dell'appalto, ed il *nomen iuris* assegnato dallo stesso legislatore, sia vincolante e decisivo per l'interprete per far rientrare nell'appalto questa categoria di rapporti, e per ritenere applicabili le norme sulla somministrazione soltanto nel caso in cui esse non siano in contrasto con le regole dettate per l'appalto²².

La rivisitazione critica di questa impostazione, pressoché consolidata, acquista rilievo anche per superare l'altra pregiudiziale ermeneutica, sostenuta a volte quasi in termini di petizione di principio, secondo la quale la somministrazione può avere ad oggetto esclusivamente cose e non anche servizi²³.

In ordine alla prima questione problematica viene messo in evidenza che il criterio di selezione della disciplina del contratto contenente prestazioni

di servizi non può essere ricercato nelle definizioni normative sopra indicate; si rileva, infatti, che le norme di organizzazione, tra cui quelle definitorie non possono vincolare l'interprete nell'individuazione della disciplina applicabile²⁴. La qualificazione in termini di appalto del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi e la collocazione sistematica nell'ambito di questo tipo contrattuale non è, dunque, vincolante per l'interprete e l'assegnazione del *nomen iuris* alla fattispecie deve discendere dalla individuazione della disciplina applicabile e non viceversa²⁵. D'altra parte, l'art. 1677 c.c. non può rappresentare il criterio di selezione della disciplina, perché contiene un mero rinvio alle norme dell'appalto e della somministrazione ma non indica alcun criterio di scelta, in ipotesi di conflitto, tra le due discipline; questa disposizione normativa non individua, in buona sostanza, alcun criterio di gerarchia o prevalenza ed occorre, pertanto, cercare nel sistema i principi e le regole sulla base dei quali la scelta ermeneutica deve essere compiuta.

Per quanto concerne l'altra questione preliminare si rileva che, a prescindere anche in questo caso dalla definizione normativa, non vincolante per l'interprete, la limitazione della somministrazione alla sole cose non trova alcun fondamento logico-sistematico e, pertanto, nel nostro

anche alla luce della interpretazione della volontà dei contraenti, quale tra le due categorie di norme sia idonea ad integrare la disciplina legale del rapporto. Secondo altra dottrina (COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 218) le regole sulla somministrazione hanno una netta prevalenza rispetto a quelle sull'appalto e, pertanto, il contratto di servizi di durata è un appalto sul piano giuridico ma una somministrazione sul piano economico.

²⁵ In tal senso, ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958, p. 5; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 2; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1961, p. 186; *contra* BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 10 e ss.

²² BOERO, *La somministrazione*, in *Contratti commerciali*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pub. dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1991, p. 247; RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 380; RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 298; CORRADO, *La somministrazione*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1963, p. 16.

²³ Così LUMINOSO, *La somministrazione*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 30; CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Milano, 1987, p. 167; CORRADO, *La somministrazione*, cit., p. 16.

²⁴ GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Tratt. di dir. civ e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1960, p. 186; ID, *L'appalto*, cit., p. 30, rileva che è rimesso al giudice il compito di esaminare,

ordinamento può, senz'altro, trovare spazio lo schema negoziale della somministrazione di servizi. In tal senso è considerata determinante la circostanza che nei lavori preparatori alla redazione del codice civile, in piena coerenza con le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la disciplina della somministrazione venne dettata comprendendo non soltanto le cose ma anche i servizi, e la successiva eliminazione di questi ultimi dal testo della norma definitiva ancora oggi non trova una ragionevole giustificazione²⁶.

Sulla base di queste premesse, l'Autore procede alla *pars costruens* della indagine destinata, innanzitutto, ad individuare nel sistema la regola normativa sulla base della quale definire il rapporto gerarchico tra la disciplina in tema di appalto e quella sulla somministrazione.

A giudizio dell'Autore, il criterio di selezione viene offerto dall'art. 1570 c.c., nel quale è letteralmente previsto che *“si applicano alla somministrazione in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni”*. Questa disposizione codicistica non rappresenta la norma di ritorno dell'art. 1677 c.c. dettato nel contesto della normativa sull'appalto, ma l'unico dato normativo sufficiente ed

idoneo a delineare un rapporto tra le diverse discipline. Ed invero, se per un verso l'art. 1677 c.c. è norma neutra, che non individua il rapporto di gerarchia tra le regole dell'appalto e quelle della somministrazione, per altro verso l'art. 1570 c.c. definisce in modo puntuale il criterio selettivo, nel momento in cui prevede letteralmente che le norme dei contratti a cui corrispondono le singole prestazioni si applicano soltanto se compatibili con le norme sulla somministrazione. In questo modo viene riconosciuta la prevalenza delle norme sulla somministrazione e la possibilità di applicare la disciplina dettata per l'appalto soltanto se con esse compatibili.

Si rileva, peraltro, che la prevalenza delle norme sulla somministrazione trova conforto nel principio di specialità ove si consideri che *“le norme in tema di somministrazione sembrano dettare una disciplina peculiare, in funzione della durata del rapporto, derivante dal contratto, rispetto alle norme in tema di appalto che, viceversa, disciplinano un rapporto di servizi non duraturo”*. La funzione di durata, disciplinata dalla normativa in tema di somministrazione, si colora di specialità rispetto alla divergente normativa in tema di appalto ed anche per questa ragione, prevale su di essa²⁷.

²⁶ R. BOCCHINI, La somministrazione di servizi, cit., p.150, dopo aver compiuto un puntuale *excursus* storico della disciplina sulla somministrazione precodicistica e dello stato della dottrina (vengono richiamati, in particolare, i contributi di GIANNINI, Del contratto di somministrazione, in Arch. giur., 1902, p. 338; MOSSA, Il contratto di somministrazione, Sassari, 1914; BOLAFFIO, Il diritto commerciale, Torino, 1925, p. 137; NAVARRINI, Trattato elementare di diritto commerciale, Torino, 1935) ricorda che nel Progetto preliminare del codice del commercio, all'art. 398, era stata prevista espressamente l'estensione della somministrazione anche all'area dei servizi.

Vi è di più; dall'esame delle norme dettate per la somministrazione si evince che esse sono chiaramente formulate per regolamentare sia la somministrazione di cose sia quella di servizi.

²⁷ R. BOCCHINI, La somministrazione di servizi, cit., p. 156, dopo aver assegnato prevalenza alle norme sulla

somministrazione rispetto a quelle dell'appalto, individua le norme del contratto di appalto applicabili al contratto di somministrazione di servizi. Per evidenti ragioni di ordine sistematico l'Autore distingue le norme a seconda che abbiano ad oggetto: a) gli elementi costitutivi del contratto; b) l'esecuzione del contratto; c) l'estinzione del contratto. Nell'esaminare la prima categoria di norme non sono ritenute applicabili l'art.1656 cod. civ., sul divieto di subappalto e l'art.1661 cod. civ. sulla determinazione della prestazione. Per quanto concerne la seconda categoria di norme l'Autore ritiene applicabili al contratto di somministrazione di servizi: l'art.1658 cod. civ., sulla fornitura di materia prima l'art.1659 cod. civ. primo e secondo comma sulle variazioni del progetto, l'art.1660 cod. civ., sempre in tema di variazioni, gli artt.1667 e 1668 cod. civ. sulla risoluzione. Non sono applicabili, invece, alla fattispecie in esame: gli artt. 1662 e 1665 cod. civ., sulla verifica delle prestazioni, L'art. 1666 cod. civ. relativo ai contratti da eseguire

La ricostruzione della somministrazione dei servizi nei termini in cui è stata esposta può, a questo punto, acquistare rilievo anche per la nostra indagine, che ha l'obiettivo di assegnare un *nomen iuris* al contratto di manutenzione. La definizione della attività di manutenzione come servizio potrebbe consentire, invero, di qualificare il contratto in cui questa attività è prevista come somministrazione di servizi, ed applicare ad esso, secondo il criterio di selezione individuato nell'art. 1570 c.c., soltanto le norme sull'appalto che non risultino confliggenti con quelle dettate per la somministrazione. Senonché, questa tesi non sempre può ben "adattarsi" alla nostra fattispecie ove si consideri che, alla luce della evoluzione economica in atto, la manutenzione deve essere intesa quale insieme di prestazioni programmatiche ed esecutive che possono comportare attività di elaborazione o trasformazione della materia (opere) ma anche attività dirette a produrre utilità economico-giuridiche intangibili ed immateriali (servizi).

Inoltre, come si dirà di qui a poco, la medesima ricostruzione mal si concilia con le tecniche redazionali utilizzate dai privati ed è, forse, preferibile in tema di manutenzione non individuare un

per partite, l'art. 1659 terzo comma, l'art. 1663 cod. civ., relativo alla ipotesi in cui il committente fornisca materiale difettoso. Per quanto concerne le norme riguardanti le vicende estintive si considerano applicabili l'art. 1674 cod. civ. sulla estinzione dell'appalto per morte dell'appaltatore; non sono ritenute applicabili alla somministrazione di servizi l'art. 1672, sullo scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta, l'art. 1675 cod. civ., che disciplina i diritti ed i doveri degli eredi dell'appaltatore nel caso di scioglimento del contratto.

²⁸ Occorre, qui, ricordare che nel nostro sistema la giurisprudenza tende a tipizzare e, cioè, a cercare per ciascuna concreta fattispecie negoziale qualche tipo legale a cui essa sia riconducibile. La qualificazione che i giudici applicano ai contratti ha quasi sempre un esito più o meno tipizzante, e se il contratto non è facilmente inquadrabile in un determinato tipo si preferisce concludere nel senso che sia misto, applicandosi, pertanto, la corrispondente disciplina legale. E' opportuno, infine, sottolineare che la risalente tendenza alla tipizzazione

rapporto di gerarchia tra le norme sulla somministrazione e quelle sull'appalto, ma valorizzare, invece, la lettera dell'art. 1677 cod. civ., che sembra prevedere un criterio di equiordinazione, ed applicare le regole dell'una o dell'altra figura normativa sulla base di giudizio di mera compatibilità alla fattispecie concreta.

4. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE ALLA LUCE DELLA NUOVA CONCESSIONE DELLE ATTIVITÀ DI CONSERVAZIONE DELLA FUNZIONALITÀ E DEL VALORE ECONOMICO DEI BENI. COMBINAZIONE NEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE DI ELEMENTI DI DIVERSI SCHEMI TIPICI

L'esame, sin qui compiuto, delle indicazioni provenienti dalla dottrina sul tema della manutenzione consente di individuare un comune interesse nel collocare il contratto di manutenzione nell'ambito della tipicità negoziale²⁸.

giurisprudenziale è affiancata da una più recente tendenza alla tipizzazione legale. Sempre più spesso le norme di legge sono intervenute, infatti, per descrivere, denominare e disciplinare in modo tipico figure contrattuali prima estranee alla considerazione normativa. E' il caso qui di ricordare la disciplina dettata per la cessione dei crediti di impresa (d.lgs. n. 52/1991), per i contratti turistici (d.lgs. n. 111/1995), per la gestione di portafogli (art. 24 tub ed art. 37 ss. Reg. Consob n. 11522/1998), per i contratti di multiproprietà (d.lgs. n. 427/1998). Per un esame della dottrina sul tema della tipizzazione può essere utile richiamare i contributi di: MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, Milano, 1951, p. 447; BENEDETTI, La categoria generale del contratto, in Riv. dir. civ., 1991, p. 662; GORLA, In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1967, p. 1499; FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966.

La scelta metodologica di far rientrare il contratto di manutenzione in un determinato tipo non deriva soltanto dal contesto nell'ambito del quale il fenomeno in parola è stato studiato, ma può trovar spiegazione anche nel fatto che la dottrina tradizionale ha esaminato attività manutentive di contenuto diverso rispetto a quelle che nel mercato attuale consentono di far emergere nuove tipologie conservative.

Ed invero, per lungo tempo, il modello astratto di manutenzione, pur potendosi presentare in forme molto diverse, si è articolato quasi sempre attraverso la previsione di attività episodiche ed occasionali, dedotte nel rapporto contrattuale al solo fine di porre rimedio ad anomalie verificatesi durante il ciclo produttivo e, tutt'al più, per assicurare la funzionalità dei beni nel tempo.

Questa concezione tradizionale della attività di manutenzione nel diritto privato, volta a configurare soprattutto specifici interventi di natura riparatoria o sostitutiva, ha rappresentato altro elemento di rilievo per "muoversi" nella area dei contratti tipici e per tentare di rintracciare in essi la disciplina applicabile.

Per queste ragioni, la dottrina, dedicatasi all'esame dei contratti tipici, ha concluso nel senso di ritenere che l'indagine sulla natura giuridica del contratto di manutenzione dovrebbe risolversi nell'accertamento di fatto sull'assetto di interessi previsto dalle parti e sulle prestazioni manutentive dedotte in obbligazione in una fase successiva e nel processo di sussunzione del contratto di manutenzione nell'uno o nell'altro schema normativo.

Questa conclusione deve essere, a nostro avviso, verificata alla luce della nuova concezione dell'attività di manutenzione, non più legata alle semplici prestazioni, episodiche ed occasionali, di riparazione o di sostituzione dei beni.

In più occasioni si è, infatti, sottolineato che nel mondo produttivo è in corso un processo di rapida trasformazione delle tecniche e delle metodologie manutentive, che si esplicano secondo nuove modalità di organizzazione ed erogazione. Secondo questa nuova concezione la manutenzione deve essere intesa quale insieme di attività eterogenee che spaziano dalla fase programmatica e preventiva a quella strettamente esecutiva.

La profonda trasformazione delle tecniche manutentive è confermata dalla tendenza delle committenze private e pubbliche a preferire la redazione di contratti in regime di global service, attraverso i quali si decide di affidare ad imprese del settore tutte le attività, direttamente o indirettamente, legate alla funzione di manutenzione dei beni.

I contratti di *global service* non contengono la rigorosa individuazione delle prestazioni manutentive da eseguire, ma indicano esclusivamente le linee programmatiche degli interventi conservativi e gli obiettivi economico-giuridici da conseguire. Attraverso questa tecnica redazionale i privati manifestano, dunque, l'interesse ad abbandonare le tradizionali tecniche manutentive, ancorate alla previsione di capitoli contrattuali molto dettagliati, per dar spazio ad una attività di ampio respiro nella quale assume molto rilievo la capacità programmatica dell'assuntore²⁹.

²⁹ Il passaggio ad una nuova cultura manutentiva è confermato dagli interventi del legislatore, interno e comunitario, nei quali si abbandona la tradizionale distinzione tra attività ordinarie e straordinarie per ampliare la portata e le dimensioni del fenomeno. Per mera comodità può essere qui ricordata la Direttiva CEE n. 10147/98 che ha esteso l'attività di manutenzione a "tutte le azioni tecniche ed amministrative incluse le azioni di supervisione volte a mantenere o a riportare una entità in uno

stato in cui possa eseguire la funzione richiesta", o l'analoga disposizione dettata dal D.P.R. 554/1999 che, sempre nella prospettiva definitiva, individua nella manutenzione "la combinazione di tutte le azioni tecniche specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista da un provvedimento di approvazione del progetto".

Questa nuova concezione della manutenzione “mette in crisi” l'impostazione tradizionale secondo la quale il percorso qualificatorio deve mirare necessariamente alla sussunzione del contratto di manutenzione in uno degli schemi tipici, con le inevitabili conseguenze sul piano della disciplina applicabile³⁰.

Le difficoltà a procedere in tal senso emergono, in modo evidente, ove si prenda in esame, in via meramente esemplificativa, il contratto attraverso il quale si affida, in regime di *global service*, la manutenzione immobiliare; in questo rapporto contrattuale possono essere previste prestazioni diverse corrispondenti alle figure del contratto di appalto di opera (interventi di adeguamento, sostituzione, riparazione) o di servizi (attività di controllo), di somministrazione (fornitura di beni e cose), di opera intellettuale (redazione del progetto ed attività di consulenza)³¹.

Nel contratto di manutenzione possono, dunque, confluire una pluralità di prestazioni riconducibili a diverse tipologie negoziali e, per quanto ciascuna di esse sia preordinata al conseguimento di un risultato unitario, rappresentato dalla conservazione della funzionalità e del valore economico dei

beni, non sempre è consentito assegnare al rapporto il carattere della tipicità.

Il procedimento di sussunzione è impedito dal fatto che, in molti casi, il confronto tra la fattispecie negoziale ed i tipi astrattamente definiti dalle norme codicistiche non conduce ad un giudizio di corrispondenza, di guisa che l'interprete, pur dovendo prendere atto della naturale propensione alla tipizzazione, deve qualificare il contratto in termini diversi ed individuare in che modo ciascuna disciplina normativa possa acquistare rilievo nel regolare il fenomeno manutentivo.

In realtà, registrandosi nel rapporto manutentivo la combinazione di elementi appartenenti a modelli tipici che si fondono in una unica causa, individuabile nell'interesse economico-giuridico del committente alla conservazione dei beni, è ragionevole sostenere che il contratto di manutenzione possa rientrare nella categoria del contratto misto.

Nel nostro sistema questa categoria ha acquisito ormai una autonomia concettuale ed ha rilievo per configurare i negozi a struttura unitaria in cui convergono prestazioni caratterizzanti alcuni modelli generali ed astratti previsti dal legislatore³². La commistione di prestazioni appartenenti a diversi

³⁰ Sulla qualificazione del contratto di manutenzione in regime di *global service* si vedano i contributi di: AIMONE, Il contratto di manutenzione: tipologie, responsabilità, diritti ed obbligazioni delle parti, cit., p. 3; FERRARA, I contratti di prestazioni di servizi, cit., p. 83; MASSARI, Analisi del contratto di *global service* di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare dell'ente locale: oggetto, contenuto, disciplina, cit., p. 7; LEONE, Il contratto di *global service* di manutenzione, cit., p. 41; PITTALIS, *Outsourcing*, cit., p. 1007; RUBINO-SAMMARTANO, Appalti di opere e contratti di servizi, cit., p. 659; ZINCONE, Il contratto di *outsourcing*: natura, caratteristiche ed effetti, cit., p. 378.

³¹ Sulla qualificazione giuridica del *global service* di manutenzione immobiliare si vedano, in particolare, i contributi di: MASSARI, Analisi del contratto di *global service* di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare dell'ente locale, oggetto, contenuto, disciplina, cit., e di AIMONE, Il contratto di manutenzione: tipologie, responsabilità, diritti e obbligazioni delle

parti, in Atti del convegno “La manutenzione immobiliare e urbana”. Quest'ultimo Autore rileva che le soluzioni proposte dalla giurisprudenza amministrativa possono essere senz'altro adattate alla materia privatistica.

³² Parte della dottrina (SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, in Comm. del cod. civ, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.12; MESSINEO, Dottrina generale del contratto, Milano, 1952, p. 220; OSTI, Contratto, in Noviss. dig. it, IV, Torino, 1959) nega l'autonomia concettuale del contratto misto (che dovrebbe rientrare a pieno titolo nei contratti atipici), non avendo il legislatore previsto espressamente un *tertium genus* che si ponga in via intermedia tra i contratti tipici ed atipici. La possibilità di riconoscere nel nostro sistema questa figura è ammessa da: DI GENNARO, I contratti misti, Padova, 1934; GIORGIANNI, Negozi giuridici collegati, in Riv. it. scienze giur., 1937, p. 10; CATAUDELLA, La donazione mista, Milano, 1970, p. 81.



contratti tipici è molto frequente nei “moderni” contratti di manutenzione, attraverso i quali si affida all’assuntore l’esecuzione di numerose attività che spaziano dalla fase programmatica a quella esecutiva, e la riconduzione di questi rapporti nella categoria del contratto misto sembra, dunque, essere la logica scelta ermeneutica da compiere³³.

La qualificazione in questi termini del contratto di manutenzione impone all’interprete di affrontare l’ulteriore questione, di notevole rilievo problematico, relativa alla scelta delle singole norme dei contratti tipici che integrano la disciplina legale del rapporto³⁴. Per questa indagine non è possibile, né tanto meno utile individuare in via preventiva un criterio gerarchico tra le regole codicistiche dettate per i contratti tipici (appalto, somministrazione, opera intellettuale) ma appare, invece, necessario, selezionare le disposizioni normative idonee a costituire la disciplina del rapporto soltanto dopo aver verificato con molta attenzione le prestazioni manutentive dedotte nel rapporto contrattuale. In buona sostanza, l’indagine ermeneutica deve essere compiuta in modo empirico, attraverso la puntuale ricognizione delle regole dedotte nel rapporto contrattuale e sulla base di essa è consentito all’interprete stabilire la prevalenza delle norme di un tipo rispetto ad altro o, in via alternativa, di prendere atto della logica combinazione esistente tra loro.

5. DISCIPLINA APPLICABILE AL CONTRATTO DI MANUTENZIONE.

³³ Sulla disciplina applicabile al contratto misto si veda la pronuncia della Cassazione n. 26485/2019.

³⁴ La conclusione proposta trova conforto in una pronuncia di merito (Trib. Napoli, 27.01.2003, cit.) nella quale si afferma, in primo luogo, che la fattispecie negoziale del cd. *global service* si caratterizza per l’oggetto dell’attività affidata dal committente che non si concreta nella sommatoria di singole attività di per sé costituenti lavori e servizi, ma si sostanzia nell’affidamento di una regia globale degli interventi, nella

NECESSARIA INDIVIDUAZIONE DELLE PRESTAZIONI CONSERVATIVE PREVALENTI. SELEZIONE DELLE NORME CODICISTICHE IDONEE A REGOLARE IL RAPPORTO. LA QUESTIONE DELLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO DI MANUTENZIONE NEL QUALE SONO PREVALENTI LE PRESTAZIONI DI SERVIZI

Si è fin qui sottolineato che le nuove “frontiere” dell’attività di manutenzione mettono in crisi l’impostazione tradizionale che privilegia la scelta metodologica di far rientrare il contratto di manutenzione nell’ambito dei modelli generali ed astratti previsti dal codice civile.

La nuova concezione della manutenzione, intesa come attività che si risolve, non soltanto in una dimensione tecnica ed operativa, ma anche in interventi programmatici e preventivi, non consente all’interprete di procedere sempre alla tipizzazione del contratto.

Nel rapporto di manutenzione possono essere previste una pluralità di attività, che spaziano dai processi di elaborazione o trasformazione della materia alla esecuzione di prestazioni immateriali e l’eventuale sussunzione del contratto in uno schema tipico appare non sempre coerente con le scelte delle parti.

predisposizione di una attività progettuale che definisca nel tempo cadenze ed entità degli interventi, e che sia in grado di far fronte ad eventuali imprevisti che si verifichino nella pluralità stessa degli interventi. Per questa ragione si ritiene che la natura giuridica del contratto di *global service* non è data dalla sommatoria di più contratti di appalto afferenti alle opere o ai servizi, ma si connota per una attività unitaria, integrata ed indivisibile di gestione non riferibile a nessuna delle ipotesi di figure contrattuali previste e disciplinate dal codice civile.

In particolare, nei casi in cui siano previste diverse prestazioni, la scelta tipologica deve essere abbandonata per privilegiare quella di qualificare il contratto come misto e di verificare, di volta in volta, le regole applicabili al rapporto. Nel contratto di manutenzione si registra spesso la commistione di prestazioni caratterizzanti diversi negozi tipici, e ciascuno di esse si collega alle altre concorrendo a realizzare l'interesse del committente alla conservazione della funzionalità e del valore economico dei beni.

Senonché, l'individuazione della natura mista del contratto di manutenzione impone all'interprete di risolvere l'ulteriore questione problematica che attiene alla scelta delle norme da applicare alla fattispecie manutentiva, rispetto alla quale non assumono rilievo assorbente le dichiarazioni delle parti³⁵.

Si tratta, in particolare, di individuare nel contesto normativo le norme che regolano il contratto di manutenzione, nonché di stabilire il rapporto gerarchico tra di esse.

Nel procedere in questa direzione occorre, innanzitutto, ricordare che, per quanto la sistemazione dogmatica e concettuale del contratto misto rappresenta una questione che ancora oggi divide la dottrina e la giurisprudenza, l'indicazione ormai dominante è nel senso che l'interprete, nella ricerca delle norme applicabili, è tenuto a dar spazio al

criterio della prevalenza³⁶. Il contratto misto deve essere sottoposto alla disciplina dell'uno o dell'altro contratto tipico in base ad un giudizio di prevalenza tra le prestazioni dedotte nel rapporto contrattuale, il quale deve essere condotto avendo riguardo ad elementi economico e giuridici. Ciò non conduce, in ogni caso, a privare di rilevanza giuridica gli elementi del contratto non prevalente che concorrono pur sempre a fissare il contenuto e l'ampiezza del rapporto, e possono trovare applicazione purché non siano incompatibili con la disciplina del tipo prevalente³⁷.

Questa premessa di carattere generale si può, a questo punto, raccordare alla fattispecie manutentiva rispetto alla quale l'individuazione della disciplina applicabile deve ovviamente transitare attraverso la ricognizione delle prestazioni che assumono il carattere della prevalenza; la verifica dell'assetto d'interessi voluto dalle parti e delle prestazioni dedotte nel contratto di manutenzione rappresenta un passaggio necessario ed indefettibile nella ricerca delle norme del contratto tipico da applicare alla fattispecie.

Questa verifica, occorre subito precisarlo, non può condurre a conclusioni definitive ove si consideri che il contratto di manutenzione presenta contenuto molto articolato, in ogni caso, difficilmente consolidato e costante, le cui varianti dipendono dal settore di riferimento, dai beni in relazione ai

³⁵ Si vedano sul punto i contributi di ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negozio mixtum cum donationem*, in Riv. dir. comm., 1930, II, p. 464; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 54.

³⁶ Il criterio della prevalenza è sostenuto dalla giurisprudenza in modo pressoché consolidato; esemplificative, in tal senso, sono le seguenti pronunce: Cass., 20.08.2020, n. 17450; Cass., 12.04.1999, n. 3578, in Mass. giust. civ., 1999; Cass., 29.05.1998, n. 5322, in Giur. it., 1999, p. 249; Cass., 5.08.1995, n. 8630, in Riv. giur. edilizia, 1996, p. 74; Cass., 10.03.1979, n. 1494, in Giust. civ., 1979, c. 1759; Cass., 24.01.1992, n. 811, in Giust. civ., 1993, c. 1305. Allo stesso modo in dottrina ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre*,

Torino, 1925, p. 69; BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 1915; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, a cura di Schlesinger, Milano, 1995, p. 222. Una diversa tesi propone, invece, il criterio della combinazione secondo il quale il contratto misto deve essere regolato attraverso l'applicazione diretta, ed appunto combinata, delle norme dettate per i tipi legali a cui appartengono i vari elementi che si fondono nel contratto misto. Questa tesi è sostenuta in dottrina da: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 133; DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 112.

³⁷ Cass., 12.04.1999, n. 3578, in Mass. giust. civ., 1999; Cass., 2.12.1997, n. 12199, ivi, 1997; Cass., 11.03.1993, n. 2952, ivi, 1993.

quali è prevista l'attività conservativa, ed anche dalla qualità delle parti.

Pertanto, il tentativo di rappresentare un modello negoziale di manutenzione di tipo generale ed astratto, alla luce del quale individuare le prestazioni a carattere prevalente, non può consentire di conseguire gli obiettivi auspicati e di delineare una disciplina applicabile a tutti i rapporti di questa natura.

La riferita pregiudiziale logico-sistematica non deve, in ogni caso, sottrarre l'interprete dal rilevare che dall'esame dei modelli concreti elaborati nella prassi negoziale emergono sottocategorie di rapporti di manutenzione, distinguibili sulla base di criteri ordinatori dei presupposti e delle attività, rispetto ai quali, in linea teorica, è possibile suggerire il contesto nel cui ambito deve essere rintracciata la disciplina applicabile. In buona sostanza, per quanto il tentativo di individuare un modello generale ed astratto di contratto di manutenzione non possa conseguire esito positivo, è, tuttavia, possibile far emergere dall'analisi del mercato sottotipi di rapporti unificabili sulla base di determinati criteri oggettivi.

In questa prospettiva classificatoria può essere utile, innanzitutto, tenere ben distinta la fattispecie manutentiva nella quale prevalga l'attività di elaborazione o trasformazione della materia (adeguamento o riparazione di beni), da quella in cui l'interesse economico-giuridico del committente sia soddisfatto soprattutto da prestazioni di servizi (controllo dello stato di efficienza dei beni).

Nella prima fattispecie prevalgono le prestazioni a carattere "materiale" ed il contratto di manutenzione, per quanto non sia riconducibile *tout court* nella categoria dell'appalto d'opera, è sottoposto alla normativa dettata per l'appalto

d'opera, e le regole sui servizi possono assumere rilievo soltanto se con essa compatibili.

Più complessa ed articolata si presenta, invece, la questione problematica che deriva dalla prevalenza nel contratto di manutenzione delle prestazioni a carattere immateriale ed intangibile (servizi).

Nella fattispecie in parola l'eventuale attività di produzione materiale assume rilievo secondario, e l'indagine sulla disciplina del contratto di manutenzione deve essere condotta nel contesto regolamentare delle prestazioni di servizi. Si tratta, in buona sostanza, di individuare nella disciplina disomogenea offerta dal legislatore su questa materia quali siano i criteri alla luce dei quali l'interprete deve fondare la scelta delle regole applicabili al contratto di manutenzione.

Per questa verifica acquista, a nostro avviso, rilievo la norma di cui all'art. 1677 c.c., in cui è previsto che se l'appalto ha per effetto prestazioni continuative o periodiche di servizi si applicano in quanto compatibili le norme sull'appalto e quelle sulla somministrazione.

L'interpretazione di questa norma è ancora oggi discussa anche se, come ricordato, la dottrina più moderna, dopo una indagine molto accurata, ha affermato che per la sua portata definitoria l'inquadramento sistematico sotto il capo dell'appalto del contratto contenente la prestazione di servizi non è vincolante per l'interprete e che, inoltre, la medesima norma non è idonea ad indicare un criterio gerarchico tra le regole sulla somministrazione e quelle sull'appalto, che andrebbe, pertanto, ricercato altrove ed, in particolare, nella regola di cui all'art. 1570 cod. civ. dettata in materia di somministrazione³⁸.

A noi sembra che in tema di contratto di manutenzione contenente prestazioni di servizi a

³⁸ R. BOCCHINI, La somministrazione di servizi, cit., p.159 e ss.

carattere prevalente emerge l'esigenza di non individuare un rapporto gerarchico tra le norme sull'appalto e quelle sulla somministrazione e che sia, invece, preferibile valorizzare il testo letterale della norma di cui all'art. 1677 cod. civ., che pone sullo stesso piano le due discipline³⁹.

Questa scelta metodologica appare opportuna ove si consideri che il "moderno" contratto di manutenzione presenta profili distintivi molto peculiari, alla luce dei quali una scelta aprioristica nel senso che l'una disciplina tipica prevalga sull'altra può condurre a risultati interpretativi non soddisfacenti.

Per rendersi conto della inopportunità di scegliere in via preventiva un criterio gerarchico di selezione delle norme codicistiche in materia di appalto e di somministrazione può essere utile ricordare che nella prassi negoziale le parti sono solite redigere regolamenti contrattuali elastici e flessibili, in cui non si procede alla predeterminazione delle prestazioni manutentive.

Senonché, la redazione di un contratto di manutenzione nei termini sopra indicati potrebbe esporre il medesimo ad un giudizio di invalidità e di inefficacia per il difetto di uno degli elementi essenziali. Il contratto di manutenzione con contenuto molto generico e flessibile sembrerebbe, infatti, mal conciliarsi con il principio generale secondo il quale l'oggetto del contratto, costituito

dall'insieme delle prestazioni essenziali, deve essere determinato o, comunque, determinabile sin dalla stipula⁴⁰.

Questo rischio diviene ancora più reale e concreto se si accede alla tesi che, nel trascurare la lettera della disposizione dettata dall'art. 1677 c.c., preferisce individuare nel sistema un criterio gerarchico di selezione tra le normative in tema di appalto e di somministrazione per effetto del quale l'applicazione dell'una comporta l'inoperatività dell'altra.

Viceversa, a nostro giudizio, esso si affievolisce notevolmente valorizzando la lettera della norma su indicata che sembra riconoscere alle regole sulla somministrazione ed a quelle sull'appalto eguale dignità normativa, e che riserva all'interprete il compito di valutare caso per caso la disciplina applicabile.

Per convincersi di ciò è sufficiente procedere all'esame delle due discipline dalle quali emerge, in modo evidente, che il legislatore ha previsto per alcuni aspetti regolamentari la possibilità di non provvedere sin dall'inizio alla loro determinazione.

In particolare vi sono alcune norme dettate per l'appalto (art. 1657 cod. civ. sulla determinazione del prezzo) ed altre per la somministrazione (art. 1560 cod. civ. sulla determinazione della prestazione) che espressamente consentono all'autonomia privata, nell'esercizio della sua funzione, di

³⁹ La scelta di non stabilire un criterio gerarchico tra la normativa in materia di appalto e quella sulla somministrazione è sostenuta in dottrina da: GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 31; questo Autore osserva che non vi è alcuna ragione per escludere la possibilità per il giudice di esaminare, quale tra le due categorie di norme, sia quella idonea ad integrare in concreto la disciplina legale del rapporto.

⁴⁰ Sull'oggetto del contratto possono essere segnalati i contributi di: CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 365; ALPA, *Oggetto e contenuto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 1999, p. 335;

ALPA e MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, Torino, 1995; CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979. Sul tema più specifico della determinabilità dell'oggetto si vedano, in particolare, ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto e su una sua recente applicazione a tutela dei contraenti deboli*, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 146; ALPA, *Accordo delle parti e intervento giudiziale nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 728; AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960; NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, p. 176.



non procedere sin dall'inizio alla puntuale individuazione di alcuni profili regolamentari.

Viceversa, vi sono altre norme dettate per l'una (determinazione del prezzo nella somministrazione) o per l'altra fattispecie (determinazione della prestazione nell'appalto) che, in piena coerenza con la disciplina generale, fissano dei criteri determinativi molto rigorosi, l'inosservanza dei quali può condurre alla dichiarazione di invalidità e di inefficacia del contratto.

Ne consegue, pertanto, che la validità ed efficacia del contratto di manutenzione con contenuto molto flessibile può essere "salvata" soltanto riconoscendo rilievo alla norma di cui all'art.1677 cod. civ che, nella sua lettera, riconosce all'interprete la facoltà di spaziare nel vasto ambito delle due discipline e di individuare, di volta in volta, le norme idonee a regolare il rapporto. Si tratta, in buona sostanza, di individuare nell'uno o nell'altro contesto normativo le regole che meglio si "sposano" con la redazione del contratto di manutenzione nei termini sopraindicati e che consentono alle parti di non predeterminare sin dall'inizio in modo rigoroso le prestazioni a cui sono tenute.

PROFILI DI “NON PIÙ LATENTE INCOSTITUZIONALITÀ” DELLA DISCIPLINA SULLE ESENZIONI DEL CONTRIBUTO NASPI PER LE IMPRESE EDILI

di **Sebastiano FLAMINIO***

ABSTRACT

Il presente articolo è una riflessione sulla caotica genesi e sulla complessa evoluzione del c.d. contributo NASpI, con special riferimento al sistema delle esenzioni, e pone l'accento su alcuni possibili profili di illegittimità costituzionale che rivelano l'esigenza di un maggior confronto tra il potere legislativo e la scientia iuris finalizzato ad un miglioramento della tecnica di redazione normativa.

SOMMARIO

1. Premessa	42
2. Cenni sul contributo applicativo nella prassi di licenziamento.....	43
3. L'evoluzione dell'art. 2, comma 34, lett b), l. 92/2012 e i problemi che ne conseguono	44
4. Il problema della compatibilità con gli artt. 2, 3 e 41 della costituzione	45
5. Segue. Il caso degli enti privati di formazione: ulteriore violazione dell'art. 3 cost. 51	
6. Segue. Il fenomeno della incostituzionalità latente.....	52
7. Riflessioni a margine sulla necessità di un approccio più consapevole del legislatore.....	53

1. PREMESSA

Come è noto, durante la crisi finanziaria che ha interessato l'Italia all'inizio del secondo decennio del ventunesimo secolo, il legislatore ha ritenuto più volte di intervenire per rendere il mercato del lavoro sempre più flessibile.

In quel contesto è stata istituita l'Assicurazione Sociale per l'Impiego (ASpI), disciplinata all'art. 2 della Legge 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. Legge Fornero), successivamente rinominata Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI) dal Decreto Legislativo 4 marzo 2015 n. 22 (il c.d. *Jobs Act*), con lo scopo precipuo, per espressa previsione legislativa, «di fornire ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione un'indennità mensile di disoccupazione»¹.

Per finanziare il fondo destinato alla sopra citata indennità, il comma 31 del medesimo articolo ha istituito a carico del datore di lavoro un “contributo di licenziamento”, il cui versamento è dovuto ogniqualvolta si verifichi una causale tra quelle che darebbero diritto all'indennità². La disciplina di tale contributo, poi, prosegue nei successivi commi 32-35, che negli anni sono stati sottoposti a diversi interventi di revisione.

Senza scendere troppo nel dettaglio delle modifiche e integrazioni che la disciplina *de qua* ha subito nel tempo, è giusto il caso di volgere lo sguardo al loro contenuto, anche ricorrendo agli atti che provengono dalla prassi applicativa.

* Già iscritto all'Albo degli Avvocati presso l'Ordine di Catania.

¹ In tal senso, cfr. art. 2, comma 1, l. 92/2012.

² Art. 2, comma 31, primo periodo, l. 92/2012: «Nei casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per le causali

che, indipendentemente dal requisito contributivo, darebbero diritto all'ASpI, intervenuti a decorrere dal 1° gennaio 2013, è dovuta, a carico del datore di lavoro, una somma pari al 41 per cento del massimale mensile di ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni».

2. CENNI SUL CONTRIBUTO APPLICATIVO NELLA PRASSI DI LICENZIAMENTO

Per facilitare la sintesi del dettato normativo dei commi 31-35 del citato art. 2 e della loro portata, pare opportuno consultare una delle fonti che contengono la migliore sintesi delle applicazioni pratiche dell'istituto che ci interessa.

Si tratta della Circolare 19 marzo 2020 n. 40 dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, la quale riepiloga l'intera normativa sulle causali per le quali si configura l'obbligo di versamento contributivo in questione³. Questo atto, inoltre, contiene una disamina completa dei casi in cui il contributo è dovuto e quelli in cui non lo è.

In primo luogo, invero, esso riporta il fatto che l'effetto impositivo del contributo NASpI si produce nei casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e oggettivo, di licenziamento per giusta causa e per motivi disciplinari, nonché in tutta una serie di casi meglio illustrati nel testo a cui si rinvia⁴.

Allo stesso modo, poi, il medesimo documento riferisce che l'obbligo impositivo anzidetto non sorge in caso di dimissioni volontarie del lavoratore, cessazioni di rapporto di lavoro intervenute in applicazione dell'articolo 4 della legge n. 92/2012, e in tutta una serie di casi per la cui elencazione si rinvia direttamente al testo della Circolare⁵, tra i

quali figura l'interruzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività, nonché per chiusura del cantiere, a meno che lo stesso lavoratore possa essere ricollocato.

A una prima occhiata del testo della normativa e della citata Circolare, potrebbe desumersi che, con molta probabilità, la *ratio* dell'istituto è quella per cui il datore di lavoro recedente, determinando un incremento del tasso di disoccupazione, è tenuto a contribuire alle spese dell'ente previdenziale che se ne fa carico. In tal senso, anzi, va osservato che l'art. 2 della Legge Fornero pare avere un duplice obiettivo. Da un lato, infatti, esso va a differenziare le tipologie di lavoratori che hanno diritto all'indennità (sulla base del livello di volontarietà della perdita del posto di lavoro⁶) mentre impone, dall'altro, il pagamento del contributo ai datori di lavoro che, *latu sensu*, pongono in essere le cause stesse del licenziamento.

Per ciò che concerne lo specifico argomento di questo scritto, come si è già accennato, va subito messo in evidenza che la legge ha preferito esonerare dal versamento di detto contributo alcune categorie di datori di lavoro che, per difficoltà organizzative o per meccanismi imposti da procedure fisiologiche del rapporto di lavoro (cambi d'appalto e chiusure di cantiere), sono costretti ad operare delle scelte che passano per la via del licenziamento per cause che esulano dalla loro volontà⁷.

³ Il testo integrale è reperibile sul sito istituzionale dell'I.N.P.S.

⁴ Cfr. Circolare 19 marzo 2020 n. 40, § 2.

⁵ IVI, § 4.

⁶ In tal senso, si vedano i controversi provvedimenti dell'orientamento minoritario della giurisprudenza di merito sulle controversie relative al rimborso del contributo di licenziamento da parte del lavoratore che, assentandosi immotivatamente dalla sua mansione, dà luogo a giusta causa di licenziamento mascherando la sua intenzione di dimettersi; cfr. Trib. Udine, Sez. Lav., Sent. 30 Settembre 2020 N. 106: «*le spese sostenute da (...) per dare (involontariamente) corso alla decisione di*

recesso assunta dal lavoratore non possono che essere addossate a quest'ultimo [...]. Il cd. ticket per il licenziamento è infatti un onere che la (...) ha dovuto sopportare esclusivamente perché il (...), anziché dimettersi, senza costi per l'azienda, l'ha deliberatamente posta nella necessità di risolvere il rapporto lavorativo»; del medesimo tenore Trib. Udine, 27 Maggio 2022 n. 20.

⁷ Art. 2, comma 34, l. 92/2012. Sul punto, inoltre, la Cassazione ha assunto l'orientamento di considerare legittimo il caso di licenziamento avvenuto nell'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre attività (cfr. Cass. Civ., 21 Maggio 2018 N. 12439).

Si badi, però, che tali esoneri scattano solo quando è del tutto impossibile effettuare il *repêchage* del lavoratore o sia impossibile porlo in cassaintegrazione.

Ed infatti, la giurisprudenza di legittimità ha da sempre ammesso che, affinché il licenziamento (anche plurimo) possa essere giustificato a norma dell'art. 3 l. 604/1996 è indispensabile che il datore di lavoro abbia almeno tentato di ricollocare il lavoratore in altre mansioni compatibili con l'organizzazione aziendale, a meno che non sia il lavoratore stesso impossibilitato a svolgerle⁸.

Tuttavia, va sottolineato che il suddetto obbligo non è privo di confini, in quanto è del tutto evidente che non è ammissibile nel nostro ordinamento un assoluto dovere di ricollocare il lavoratore. Infatti, la stessa giurisprudenza di legittimità concorda sul fatto che l'obbligo del datore di lavoro deve essere parametrato anche sulla base della circostanza per cui l'operazione «*non deve comportare rilevanti modifiche organizzative [...] comportanti ampliamenti di organico o innovazioni strutturali*» dell'impresa⁹.

Pertanto, può definitivamente concludersi che le esenzioni *de quibus* operano solo quando si verifichi un'impossibilità oggettiva di ricollocare il lavoratore, senza dover snaturare o modificare fortemente l'organizzazione aziendale (in modo tale da violare la libertà di iniziativa economica di parte datrice di lavoro).

Tuttavia, secondo l'opinione di chi scrive, le esenzioni di cui al citato comma 34 sembrano avere una portata eccessivamente restrittiva e costituiscono fonte di problemi sul profilo della legittimità costituzionale, proprio nella parte in cui la legge non prevede l'estensione di un simile trattamento a casi del tutto analoghi o, peggio, più meritevoli di tutela.

Per comprendere meglio la questione è d'uopo fare un brevissimo cenno alla genesi dell'art. 2, comma 34, della Legge Fornero, per poi seguire il ragionamento sui lamentati vizi.

3. L'EVOLUZIONE DELL'ART. 2, COMMA 34, LETT B), L. 92/2012 E I PROBLEMI CHE NE CONSEGUONO

Come è stato accennato sopra, il meccanismo di esenzione dal contributo di licenziamento è destinato a favorire l'imprenditore edile che, trovandosi nell'impossibilità di ricollocare i suoi lavoratori dopo le operazioni di chiusura cantiere, è costretto a effettuare dei tagli di personale.

Tale eccezione, seppure prevista per una particolare categoria di imprese che è sempre stata oggetto di agevolazioni e aiuti da parte del legislatore (in vista del ruolo trainante dell'edilizia in Italia), parrebbe non essere in linea con il dettato costituzionale.

Ed infatti, l'attività tipica del settore edile si inserisce nel più ampio ambito delle attività in cui operano soggetti giuridici che prestano servizi senza la certezza di poter proseguire la propria attività a tempo indeterminato. Ci si riferisce soprattutto alle imprese che forniscono servizi di ristorazione collettiva, al settore dei multiservizi, alle cooperative di formazione ecc., che nel caso della Legge Fornero non hanno ricevuto il medesimo riguardo.

In questi ambiti, infatti, sovente le imprese soggiacciono a condizioni diverse rispetto alla generalità dei datori di lavoro, in quanto svolgono la loro attività accedendo a bandi pubblici di concessione di fondi o a contratti aggiudicati attraverso gara d'appalto. Tali soggetti, quindi, svolgono la loro missione offrendo un servizio con la

⁸ Tra le più recenti, cfr. Cass. Civ., 21 Maggio 2018, n. 12439.

⁹ Così Cass. Civ., Sez. Lav., 3 Dicembre 2019 N. 31521, *cons. in dir.* n. 23.

consapevolezza del fatto che - a distanza di tempo - dovranno fisiologicamente partecipare a nuovi bandi o recedere dai sottostanti contratti di lavoro.

Il legislatore del 2012 aveva certamente presente che, in questi casi, l'interruzione del lavoro è determinato dalle normali procedure che regolano lo svolgimento di attività tipicamente a termine. Si tratta, quindi, di normali e fisiologiche ipotesi di gestione dell'esubero di lavoratori non ricollocabili, la cui prestazione non è più richiesta.

Tuttavia, nel formulare il suddetto comma 34, esso ha deciso di esonerare dal contributo solo le imprese edili, senza dedicare alcun riferimento ad altri settori del tessuto economico italiano.

Va posto in evidenza, poi, che il sistema di esenzione era inizialmente previsto come regime transitorio, che avrebbe dovuto protrarsi fino alla fine del 2015. Ma negli anni successivi la norma è stata dapprima prorogata (fino al 2016) e, successivamente, resa strutturale tramite la legge di stabilità del 2017, la quale ha definitivamente abolito la temporaneità dell'esonero¹⁰.

Proprio per questo, la limitatezza dell'esenzione e l'abolizione della sua temporaneità si ripercuotono sulla legittimità costituzionale della norma su tre fronti: quello del rispetto dei principi di ragionevolezza e libera iniziativa economica; il più grave caso della mancata tutela di situazioni che andrebbero meglio tutelate; nonché quello del fenomeno della incostituzionalità latente.

I tre profili vanno analizzati separatamente.

¹⁰ Cfr. art. 2, co. 34, lett. b), l. 92/2012 nel suo testo originario, disponibile in *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 3 luglio 2012 - Serie generale*, p. 13; Decreto Legislativo 4 marzo 2015 n. 22; art. 1, co. 164, Legge 11 dicembre 2016 n. 232.

¹¹ In tal senso, si badi al fatto che, per un corretto bilanciamento tra diverse posizioni in gioco, il confronto tra due

4. IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ CON GLI ARTT. 2, 3 E 41 DELLA COSTITUZIONE

La prima delle problematiche sopra evidenziate riguarda propriamente la limitatezza dell'ambito operativo della norma segnalata, la quale appare *prima facie* illegittima ai sensi degli artt. 2, 3 e 41 Cost., in quanto il sacrificio della libertà di iniziativa economica sembrerebbe non in linea con i due parametri principali del bilanciamento costituzionale: quello degli obblighi di solidarietà e quello di ragionevolezza¹¹.

La censura di cui si tratta riguarda, quindi, il combinato disposto tra le tre disposizioni, che però (per motivi di maggior chiarezza espositiva) vanno analizzate distintamente e in successione.

Ai fini dell'analisi del presente punto, va preliminarmente affrontata una questione di fondamentale importanza. Ed infatti, onde valutare la legittimità costituzionale di una norma di legge, si fa sovente riferimento a quella tecnica interpretativo-argomentativa con cui le corti costituzionali usano valutare la compatibilità della disposizione censurata con i valori fondanti dell'ordinamento, che definiamo con l'espressione bilanciamento.

Tale strumento valutativo, deve essere utilizzato dallo stesso legislatore nella fase preparatoria e di predisposizione del testo di legge, in quanto esso è certamente abilitato a compiere «*gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di 'relativa priorità' nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato*»¹². Anzi, l'utilizzo da parte del legislatore di tale strumento valutativo è

norme deve soddisfare entrambi i parametri sopra citati. In tal senso, cfr. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva'*, in *Federalismi*, n. 12, 2019, p. 17.

¹² Cfr. C. Cost., 23 Febbraio 1998 n. 27, *cons. in dir.* n. 4.2.

spesso presunto dallo stesso interprete, il quale – nel vagliare la “volontà del legislatore” – ne assume proprio la coerenza, l’efficienza, la razionalità, l’equità, e la caratteristica del piano rispetto della Costituzione¹³.

Ciò non toglie, ovviamente, che il giudice delle leggi abbia il potere di valutare la correttezza delle scelte legislative, pur senza affermare gerarchie aprioristiche e oggettive tra valori¹⁴. Ed anzi, proprio a tal proposito la Consulta ha sviluppato nel tempo l’orientamento secondo il quale il bilanciamento tra valori deve avvenire alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza rispetto agli scopi che la norma persegue, dovendosi valutare se l’eventuale disciplina oggetto di censura risulta necessaria, sufficiente e proporzionale¹⁵.

Si tenga conto, inoltre, che l’intervento della Corte si appalesa necessario, soprattutto quando il legislatore non risulta essere stato in grado di individuare gli interessi che potrebbero prevalere in un ambito eccessivamente complesso, limitandosi a indicare i limiti di un trattamento normativo e

demandando alla P.A. il compito di bilanciare interessi opposti¹⁶.

Quanto sopra argomentato, quindi, legittima il confronto dei valori costituzionali alla luce dei doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e al principio di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.).

Nel caso oggetto di nostra disamina il valore da sottoporre a bilanciamento è quello stabilito all’art. 41 Cost., il cui comma 1, come è noto, riconosce nel nostro ordinamento il principio di libera iniziativa economica. Tale principio, da più parti interpretato come libertà di esercitare un’attività economica organizzata e finalizzata a produrre beni o scambiare servizi¹⁷, ovvero come libertà personale di scelta del fine economico da perseguire con la propria attività lavorativa¹⁸, va certamente inteso come presupposto fondante della più generale libertà di scelta dell’attività economica che un soggetto intende intraprendere.

Quest’ultima interpretazione, infatti, è perfettamente in asse con quanto dichiarato nella Relazione che accompagnava il progetto di

¹³ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2009, p. 15: «Nello Stato moderno la legge è il risultato di una complessa elaborazione di politici ed esperti. [...] Nondimeno gli interpreti usano riferirsi alla volontà del legislatore. Fra due interpretazioni possibili, delle quali una sia coerente con il resto dell’ordinamento e un’altra vi contraddica, attribuiscono al legislatore la prima (il legislatore è coerente). Fra una interpretazione conforme alla Costituzione e una contraria, il legislatore dicono ha certamente voluto quella costituzionale (il legislatore è rispettoso della Costituzione). Ugualmente si preferisce l’interpretazione che non contraddica ad impegni assunti dall’Italia con trattati internazionali (il legislatore mantiene gli impegni). Inoltre il legislatore preferisce sempre l’interpretazione che realizza meglio le finalità della legge, quella che evita le conseguenze assurde, quella che non porta a risultati iniqui (perché il legislatore è efficiente, razionale, giusto). Non occorre molta riflessione per rendersi conto che, inteso a questo modo, il legislatore non è una realtà storica, ma la personificazione di un principio di razionalità che l’interprete assume a criterio di scelta. Eliminando questa inutile finzione si coglie direttamente la regola fondamentale, la quale consiste nel preferire, fra le varie interpretazioni possibili, quella che sia più idonea a realizzare le finalità della legge (giurisprudenza degli interessi) e più coerente con il resto dell’ordinamento giuridico (e in primo luogo con la Costituzione)».

¹⁴ Cfr. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi*, cit., p. 19.

¹⁵ In ordine ai tre parametri ora menzionati, cfr. C. Cost. 14 Novembre 2006 n. 372; C. Cost. 6 Dicembre 2002 n. 522; C. Cost. 31 Ottobre 2002 n. 433; C. Cost. 3 Maggio 2002 n. 145; C. Cost. 20 Luglio 2000 n. 310; C. Cost. 22 Luglio 1999 n. 341; C. Cost. 10 Maggio 1999, n. 167; C. Cost. 14 Aprile 1995 n. 127; C. Cost. 2 Giugno 1994 n. 219; C. Cost. 24 Febbraio 1994 n. 63; C. Cost. 23 Luglio 1991 n. 366; C. Cost. 18 Febbraio 1975, n. 27.

¹⁶ Per maggior chiarezza sul fenomeno e sui suoi limiti, cfr. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi*, cit., pp. 20-21.

¹⁷ In tal senso, cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1971, Vol. XXI, p. 599.

¹⁸ In tal senso, cfr. M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, 1956, p. 151; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Cedam, 1054, p. 172.



Costituzione nel 1947¹⁹, nella quale può leggersi a chiare lettere che la «*costituzione riconosce e garantisce nell'economia italiana [...] l'iniziativa e la libertà privata, e la proprietà privata dei beni di consumo e dei mezzi di produzione*».

Proprio la formula scelta dal relatore del progetto di Costituzione (“riconosce e garantisce”) richiama espressamente il testo dell’art. 2 Cost., il quale fa della garanzia dei diritti il cardine del modello dello Stato sociale. Tale richiamo, allora, deve indurci a leggere le due norme in un’ottica combinata e necessariamente coordinata, che rende opportuno un bilanciamento tra valori.

Va osservato, poi, che - al fine di garantire le libertà costituzionali - l’art. 2 Cost. giustamente richiede anche «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà [...] economica e sociale*»²⁰ (come può essere, appunto, il dovere di versare il contributo in argomento).

Ciò aggancia l’inderogabilità dei doveri di solidarietà al rispetto del principio di corretto bilanciamento²¹ tra questi e le libertà fondamentali. Infatti, nel modello dello Stato sociale, il tradizionale diritto di libera iniziativa economica va bilanciato, coordinato e orientato al raggiungimento del benessere collettivo²².

¹⁹ B. RUINI, *Progetto di Costituzione della Repubblica italiana. Relazione del Presidente della Commissione*, Tipografia della Camera dei deputati, 1947, p. 8.

²⁰ E ciò pare evidente citando a tal proposito un altro passo della Relazione citata: «*Spetta ai cittadini di partecipare attivamente alla gestione della cosa pubblica, rendendo effettiva e piena la sovranità popolare*» (B. RUINI, *Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 5).

²¹ Sul tema del bilanciamento, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, *passim*, ma più in dettaglio pp. 90-93 e 127 ss. Si vedano, *ex multis*, anche C. Cost. 3 Luglio 2013 n. 213 e C. Cost. 16 Luglio 2013 n. 232, nelle quali è stato richiamato anche il «*minore sacrificio necessario*» quale corollario del principio di ragionevolezza di cui si dirà a breve.

A tal riguardo, però, va osservato che la Consulta ha avuto modo di precisare un concetto dal quale non possiamo prescindere. Infatti, il bilanciamento delle esigenze di utilità sociale di cui al combinato disposto tra gli artt. 2 e 41 Cost. deve tener conto anche di altri principi (come quello della libera concorrenza stabilito in ambito comunitario²³), onde evitare di far apparire le scelte legislative arbitrarie o incongrue (ossia «*tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative delle imprese*»)²⁴. Tale assunto, quindi, si pone nella stessa direttrice della regola per cui il datore di lavoro che si ritrovi a operare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve tentare il ricollocamento nel limite della tenuta dell’assetto organizzativo dell’impresa (cfr. *supra* § 2).

Alla luce di questi primi principi, allora, va letto anche il disposto di cui all’art. 2, co. 34, lett. b), l. 92/2012, il quale parrebbe già illegittimo nella parte in cui non estende tale esonero a tutti i soggetti che svolgono la loro attività economica in settori il cui fisiologico funzionamento è determinato da fasi espansive dell’offerta di lavoro (dopo l’aggiudicazione di nuove commesse) e fasi in cui l’offerta si restringe (a causa della mancata aggiudicazione di nuovi lavori e della contemporanea conclusione dei precedenti). Ciò perché una scelta legislativa di tal genere potrebbe comportare un

²² Cfr. in tal senso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2011, p. 136.

²³ Cfr. in tal senso C. Cost. 3 Maggio 1990 n. 241, *cons. in dir.* n. 4, nella quale è stato affermato che la «*libertà di iniziativa economica [...] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma) [...]. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza [...]. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie*».

²⁴ Cfr. C. Cost. 19 Dicembre 1990, n. 548, *cons. in dir.* n. 4.

condizionamento delle scelte organizzative dei soggetti non ricompresi nell'esenzione, turbandone la libertà di stabilire l'ambito in cui intendono operare²⁵.

Tuttavia, poiché la disciplina qui censurata non pone vincoli tali da turbare anche la libera concorrenza, a quanto affermato sopra potrebbe legittimamente obiettarsi che ai principi enunciati se ne affiancano altri di senso opposto. Infatti, avverso alla nostra ricostruzione può rilevarsi anzitutto che quella del legislatore è un'attività libera nel fine²⁶.

Potrebbe ulteriormente replicarsi, poi, che il sistema congegnato dal legislatore del 2012 è perfettamente in linea con il disposto dell'art. 81, commi 1 e 3, Cost.²⁷

Ed ancora, contro il nostro assunto potrebbe obiettarsi, ancora, di tenere debitamente conto del fatto che la Consulta ha stabilito il principio per cui non esiste in Costituzione una gerarchia assoluta tra valori, essendo libero il legislatore di decidere il suo orientamento senza affermare o negare in

modo categorico un singolo principio, ma ponderando le sue decisioni di volta in volta²⁸.

Non è certamente un mistero, infine, che il sopraggiungere della normativa citata è stata una delle conseguenze della crisi economica cui tentò di far fronte il governo Monti. Per questo motivo, quindi, la principale obiezione che si può muovere alla tesi dello scrivente è che il limite applicativo dell'esonero è giustificato dal momento di crisi in cui fu introdotto il sistema dell'ASpI e della più generale esigenza di tutelare i conti pubblici.

Tuttavia, è proprio in questo contesto che si inserisce l'ulteriore censura che tiene conto del principio di ragionevolezza, il quale è desumibile dal disposto di cui all'art. 3, comma 2, Cost.²⁹ Tale parametro, invero, è essenziale per effettuare il giudizio di bilanciamento cui si accennava sopra, come d'altronde testimonia copiosa giurisprudenza costituzionale³⁰.

Tale principio si inserisce nel nostro discorso alla luce del "sillogismo triangolare" che Paladin

²⁵ Il riferimento è sempre al principio sancito da ultimo anche in Cass. Civ., Sez. Lav., 3 Dicembre 2019 n. 31521, *cons. in dir.* n. 23, cui s'è fatto già riferimento al superiore § 2.

²⁶ Si dirà, nel prossimo paragrafo, dei più recenti temperamenti a tale principio.

²⁷ I due commi così recitano: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. [...] Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte».

²⁸ Sul punto cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Giuffrè, 2008, vol. II, pp. 185 ss., reperibile anche su internet all'indirizzo <https://core.ac.uk/download/pdf/11178034.pdf>

²⁹ Il principio generale è quello secondo cui la legge deve trattare in modo uguale situazioni uguali e in maniera diversa situazioni diverse (in tal senso cfr. *ex multis* P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 75). Suddetto principio è stato più volte ribadito dalla Consulta che, ha più volte avuto modo di enunciarlo esplicitamente. *Ex multis*: «Il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve

*essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono» (così C. Cost., 15 Aprile 1993 n. 163, *cons. in dir.* n. 4).*

³⁰ Da ultimo, C. Cost. 7 Febbraio 2018 n. 58, *cons. in dir.* n. 3.1: «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» (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)».

formulò a metà degli anni Ottanta³¹, a tenore del quale alla base di un triangolo vanno posizionate due norme (quella impugnata e quella che viene indebitamente inclusa o esclusa dalla prima), mentre al suo vertice va posta la *ratio legis* della norma impugnata. In questo schema, il ragionamento che deve fare il giudice delle leggi è quello che il giudice *a quo* farebbe in caso di analogia, interrogandosi se le due norme poste alla base rispondono alla stessa *ratio*. Orbene, secondo tale modello, se le due norme che stanno alla base del triangolo rispondono alla stessa *ratio legis* posta al culmine, la norma impugnata sarà illegittima nella parte in cui include un trattamento escluso dall'altra e viceversa.

In questa prospettiva, seppure nell'ambito di materie diverse da quella che è oggetto del presente scritto, la Consulta ha avuto modo di statuire che non si può «autorizzare l'integrale conversione del diritto individuale» (che nel nostro caso è quello della libera iniziativa economica) «in soggezione, in nome dell'interesse generale» (che, sempre nel nostro caso, è l'interesse alla tenuta dei conti dello Stato o alla sostenibilità della misura assistenziale). Quindi, il diritto dell'individuo non deve cedere «in ogni caso [...] nei confronti [...] dei provvedimenti adottati a tutela dell'interesse della collettività [...] solo perché esso consente migliori contributi dell'individuo al benessere sociale»³².

In altre parole, il legislatore può legittimamente prevedere differenze di trattamento tra situazioni, ma ciò solo a patto che venga effettuato un «corretto bilanciamento dei valori in gioco» (ai sensi dell'art. 2 Cost.) che tenga conto, però, anche del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Il principio di ragionevolezza, infatti, essendo un corollario del principio di eguaglianza

sostanziale, costituisce uno degli aspetti fondamentali che devono guidare l'attività del legislatore, la quale incontra indiscutibilmente un limite nella superiorità gerarchica della Costituzione.

Ma così ragionando, ai fini del versamento del contributo in questione, il diverso trattamento di attività egualmente a termine³³ non può trovare fondamento né nella discrezionalità del legislatore senza sfociare nell'arbitrarietà, né nell'art. 81 Cost., né tantomeno nello stato di crisi economica in cui il Paese versava un decennio fa (perché essa pesava tanto sul settore edile, quanto sul resto del tessuto produttivo), per mettendoci di superare le possibili obiezioni elencate sopra.

Si ribadisce, beninteso, che ciò non significa che il legislatore non possa prevedere un'esenzione come quella in oggetto o non possa limitarne l'ambito, bensì vuol dire che - nell'opera di bilanciamento - si sarebbe dovuto assumere un motivo valido per la previsione di un simile esonero solo per alcune imprese che si trovano nella stessa situazione di fatto di altre (che quindi meritano pari dignità e tutela).

Nel caso di specie, tale motivo non può essere rinvenuto negli scopi manifesti della stessa legge, la quale esplicitamente dichiara che essa «dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione»³⁴.

Infatti, nessuno degli scopi sopra elencati può essere raggiunto con il disposto dell'art. 2, comma 34, nella parte in cui non include anche tutte le attività fisiologicamente a termine, né un'eventuale

³¹ Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Relazione presso la Scuola Nazionale della Magistratura*, 8 giugno 2022.

³² C. Cost., 18 Gennaio 2018 n. 5, *cons. in dir.* n. 1.3.3. Va precisato che il principio di cui sopra e la sentenza citata si

inseriscono nell'ambito della giurisprudenza sull'obbligo vaccinale, ma il citato principio sul bilanciamento tra opposti valori costituzionali appare compatibile con l'argomento del presente scritto.

³³ Il riferimento è alle situazioni descritte al § 3.

³⁴ Cfr. art. 1, comma 1, l. 92/2012.

inclusione violerebbe gli scopi della normativa censurata.

Per meglio comprendere quanto sinora argomentato, sembra opportuno fare un esempio concreto. In tal senso va posto in evidenza che, dal solo dettato normativo considerato non è dato comprendere quale differenza sostanziale sussista tra l'impresa edile e l'impresa di pulizie o l'impresa che fornisce servizi di mensa collettiva quando, a parità di condizioni (ossia nel caso della scadenza di un precedente rapporto contrattuale), non riescano ad aggiudicarsi nuovi lavori e si trovino nella medesima situazione di operare tagli al personale in esubero e non ricollocabile. In altre parole, non si comprende quale differenza sostanziale giustifichi al contempo, nel compimento della medesima operazione di gestione degli esuberi e in presenza delle stesse condizioni fattuali, l'esenzione della prima e non delle seconde.

Secondo l'opinione di chi scrive, quindi, l'unico esito dei superiori rilievi pare essere proprio l'illegittimità della norma censurata, per violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di eguaglianza sostanziale, non trovando la differente disciplina un legittimo fondamento nemmeno nel bilanciamento con eventuali doveri di solidarietà sociale (ai quali pare non essere tenuta la sola categoria delle imprese cantieristiche).

D'altro canto, si è già detto che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è già vincolato all'obbligo di *repêchage* che, da solo, permette di configurare il recesso come *extrema ratio*, bilanciando il diritto al lavoro con il diritto a organizzare autonomamente la propria impresa³⁵. Ma in questo contesto, l'art. 2 della Legge Fornero impone anche un secondo bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost., il quale sarebbe stato più che legittimo se avesse coinvolto allo stesso modo (e a pari condizioni) tutti i

soggetti che svolgono attività fisiologicamente a termine.

Ed infatti, si è già detto che, a norma dell'art. 2, comma 31, l. 92/2012, tutti i datori di lavoro che stiano per licenziare un lavoratore per giustificato motivo oggettivo sono tenuti, in primo luogo, al tentativo di ricollocamento e (a meno che non siano imprenditori edili), in secondo luogo, a versare il contributo NASpI. Ma va evidenziato, più in dettaglio, che la sopra lamentata disparità di trattamento e bilanciamento si risolve nella seguente sintesi: mentre tutte le parti datoriali sono tenute a tentare di ricollocare il lavoratore senza modificare eccessivamente il proprio assetto organizzativo, e mentre quasi tutti sono tenuti a versare il contributo dopo aver receduto dal contratto, solo l'impresa edile (in quanto svolge un'attività tipicamente a termine) è esonerata dal versamento se ha rispettato la prima condizione, nonostante esistano soggetti che svolgono attività parimenti a termine (ma che devono soddisfare anche la seconda).

Pertanto, il giudizio di bilanciamento tra la libera iniziativa economica e il diritto al lavoro e alla solidarietà sociale deve avvenire secondo il seguente percorso logico: se (*ex art. 2 Cost.*) vediamo nell'obbligo contributivo di cui si tratta l'adempimento del dovere inderogabile di partecipare alla misura assistenziale che ne consegue, essa non può gravare eccessivamente sul diritto a organizzare la propria attività economica (art. 41), né deve porre in essere irragionevoli differenziazioni tra analoghe situazioni di fatto (art. 3). Così, il vizio lamentato in questa sede è sintetizzabile nella seguente formula: sebbene il dovere di solidarietà sociale imponga un sacrificio al datore di lavoro, questo non è giustificato nella parte in cui la legge esonera esclusivamente e irragionevolmente alcune attività a

³⁵ Sul tema cfr. anche G. VIDIRI, *Il licenziamento per motivi economici nel "nuovo corso" del diritto del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2017, p. 13.

termine, non prevedendo un analogo trattamento ad altre attività dello stesso tipo.

L'ipotesi presa in esame nel presente paragrafo si espone, poi, ad ulteriori rilievi di censurabilità, specie se si considera un altro aspetto, ossia quello della distinzione tra datori di lavoro-imprenditori e datori di lavoro-non imprenditori, che merita separata analisi.

5. SEGUE. IL CASO DEGLI ENTI PRIVATI DI FORMAZIONE: ULTERIORE VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST.

Come si è appena accennato, a quanto sinora esposto va aggiunto che l'attuale disciplina del citato comma 34 potrebbe avere ulteriori (e più gravi) risvolti quando discrimina enti che, pur ricorrendo al lavoro dipendente, non perseguono scopo lucrativo.

Ed infatti, capita sovente che alcuni servizi (tra tante, la formazione professionale) siano offerti da soggetti che non si assumono il rischio d'impresa. Questo è il caso, ad esempio, degli enti privati di formazione, che spesso agiscono nel mercato con finalità esclusivamente non lucrative e svolgono la propria attività per supportare la nascita o permettere la continuazione di attività di sostegno all'occupazione e alla formazione professionale, tramite l'accesso a fondi pubblici o agevolazioni³⁶.

Tali erogazioni sono spesso attribuite per mezzo di specifici bandi di concessione di finanziamenti o contributi a fondo perduto (di norma a seguito della presentazione di un progetto specifico) e sono generalmente concessi da Enti pubblici o società finanziarie pubbliche regionali o nazionali che distribuiscono i fondi messi a disposizione

³⁶ Tra questi è possibile annoverare, a titolo esemplificativo, le somme messe a disposizione dal Fondo sociale europeo (FSE), che sul sito della Commissione Europea vengono presentati come segue: «L'FSE [...] finanzia [...] progetti locali, regionali e nazionali in materia di occupazione in tutta Europa, partendo dai

dall'Unione Europea, la quale stabilisce di destinarli all'acquisto di beni strumentali (attrezzature, arredi o macchinari) necessari per lo svolgimento dell'attività esercitata dal soggetto beneficiario. Una volta completate le operazioni previste nel progetto, poi, i maggiori oneri restano a carico del beneficiario e le somme non utilizzate vanno restituite all'Ente erogatore.

Le associazioni di questo tipo sono solite partecipare contemporaneamente a più bandi, assumendo lavoratori che svolgano le attività strumentali collegate ai progetti da realizzare. Ma può capitare, altresì, che le suddette associazioni non riescano ad aggiudicarsi ogni anno lo stesso numero di finanziamenti, dovendo intervenire sulla consistenza del loro organico tramite procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Anche tali situazioni rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 2, comma 31, della l. 92/2012 che - come già detto - prevede un obbligo generalizzato di contribuire alle spese dell'I.N.P.S. ai fini dell'erogazione della NASpI, facendo ricadere sul datore di lavoro il peso della misura assistenziale³⁷.

È vieppiù evidente che, un soggetto che impieghi dei lavoratori per lo svolgimento di tali attività può ben trovarsi nella medesima situazione dell'impresa edile, specialmente se, terminate le attività finanziate con un bando precedente, non abbia i requisiti per accedere ad uno nuovo.

In casi come questo, quale suprema esigenza potrebbe giustificare l'esonero dal contributo NASpI per l'imprenditore edile (che si è assunto il rischio d'impresa) ed egualmente non ne giustifica l'estensione anche all'ente di formazione sopra descritto?

piccoli progetti gestiti da associazioni benefiche locali [...] fino ad arrivare ai progetti di portata nazionale per promuovere la formazione professionale presso l'intera popolazione».

³⁷ Cfr. supra § 2.



D'altronde, va certamente affermato che, quando la Consulta ha statuito che la legge deve trattare in maniera diversa situazioni diverse, ha voluto intendere che un trattamento differenziato deve rivolgersi in favore del soggetto che si ritrovi a subire le limitazioni fattuali degli «ostacoli di ordine economico e sociale», al fine di rimuoverli e non di crearne di nuovi a suo discapito.

L'unica spiegazione ragionevole potrebbe essere quella che, come si è detto alla fine del superiore § 3, l'esenzione era stata pensata in origine come misura temporanea³⁸, magari per dare proprio alle imprese edili (in ragione del ruolo trainante sull'economia del Paese) il tempo per adeguarsi al nuovo regime. Tuttavia, tale ragione non può più legittimare l'esistenza di una siffatta norma per gli ulteriori motivi che di seguito si espongono.

6. **SEGUE. IL FENOMENO DELLA INCOSTITUZIONALITÀ LATENTE**

Come già accennato nella parte dedicata all'evoluzione della norma, a seguito dell'abolizione del limite temporale delle esenzioni di cui si tratta, il legislatore ha cristallizzato la censurabile situazione che abbiamo avuto modo di segnalare. In tal modo, però, si è aggravata la situazione di illegittimità che poteva essere in parte tollerata quando il citato comma 34 faceva parte di un regime meramente transitorio.

È qui che si inserisce la terza censura cui si faceva richiamo alla fine del § 3. Questa, infatti, si basa sull'assunto per cui la citata disposizione della Legge Fornero contrasta almeno con il combinato

disposto tra l'art. 3, co. 2, e 41, co. 1, Cost., nella parte in cui dispone che il contributo non è dovuto in caso di completamento delle attività *solamente* con riguardo al settore edile, e non già con riguardo a *tutti* i lavori che dipendano dall'aggiudicazione di un appalto o dalla realizzazione di un progetto.

Ma l'ulteriore aggravamento di cui questo paragrafo intende occuparsi riguarda specificamente il fatto che la definitività della disciplina ne ha reso irrettrabili anche le censure, anche alla luce di quel fenomeno definito come “temporanea tollerabilità costituzionale”, “non-ancora incostituzionalità”, “costituzionalità provvisoria” o “incostituzionalità latente”, che spesso sono state oggetto di pronunce di rigetto con riserva di accoglimento.

Suddetto fenomeno, invero, è figlio di un costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, la quale ha stabilito il principio per cui «l'esistenza di un regime transitorio è [...] legittima [...] purché temporaneamente limitata», e finché la norma censurabile non assume carattere definitivo³⁹. Secondo tale principio, quindi, le incostituzionalità lamentate nei precedenti paragrafi sono state latenti nell'originario dettato normativo, mentre sono divenute manifeste e definitive almeno dal 2017.

Ma v'è di più, in quanto, la stessa Consulta ha avuto modo di stabilire pure il principio secondo il quale, sebbene una norma “non ancora incostituzionale” potrebbe trovare la sua base giustificativa nella sua provvisorietà, già il protrarsi dei suoi effetti oltre il suo «ragionevole limite temporale» potrebbe fargli assumere un carattere definitivo di fatto, così

³⁸ Il primo periodo dell'originario comma 34, infatti, così recitava: «Per il periodo 2013-2015, il contributo di cui al comma 31 non è dovuto nei seguenti casi [...] b) interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere» (si veda il *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 3 luglio 2012 - Serie generale*, p. 13).

³⁹ Così C. Cost. 17 Marzo 2021 n. 41, *passim.*, ma soprattutto *cons. in dir.* n. 23; C. Cost. 26 Marzo 1993 n. 112, *cons in*

dir. n. 13: «il carattere assolutamente provvisorio e transitorio della norma contestata fa sì che non sia introdotta una regola volta a connotare stabilmente l'accesso dei privati nel sistema radiotelevisivo e a porre, pertanto, un limite ingiustificato al normale svolgimento della libertà d'iniziativa economica privata»; cfr. anche C. Cost. 2 Aprile 2009 n. 94; C. Cost. 20 Novembre 2002 n. 466, *cons. in dir.* n. 9; C. Cost. 3 Aprile 1987 n. 100, *cons. in dir.* n. 6.

rendendo definitiva la sua incostituzionalità per il solo effetto di una proroga⁴⁰.

Ragionando in tali termini, allora, poiché il nostro ordinamento è abituato ai provvedimenti che nel gergo politico e giornalistico vengono indicati con l'espressione *milleproroghe*, le argomentate illegittimità costituzionali dell'art. 2, co. 34, lett. b), l. 92/2012 potrebbe essere divenuta irretrattabile già alla fine del 2015, con l'entrata in vigore della sua prima proroga.

In altre parole, tanto la prima proroga quanto l'intervento riformatore di cui all'art. 1, comma 164, della legge 11 dicembre 2016 n. 232, hanno reso incostituzionale la ristretta portata del censurabile disposto segnalato, in virtù del fatto che la sua applicazione temporanea è (di fatto) divenuta indeterminata prima e strutturale poi.

7. RIFLESSIONI A MARGINE SULLA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO PIÙ CONSAPEVOLE DEL LEGISLATORE

Esaminata la genesi e la caotica evoluzione del c.d. contributo NASpI, e delineati i confini applicativi delle esenzioni previste dalla stessa legge, può concludersi che gli aspetti sopra segnalati meriterebbero di essere analizzati dalla stessa Consulta, onde verificare la correttezza del ragionamento finora esposto. E ciò anche perché la disciplina generale sulla contribuzione alle spese dello stato non permette di applicare esoneri che non siano previsti da legge.

All'esito dei rilievi evidenziati, però, è lecito chiedersi se, davanti ai provvedimenti con cui la politica tenta di affrontare i momenti più

drammatici del nostro Paese, non sia il caso che il legislatore ricorra più spesso al dibattito tipico della *scientia iuris* (magari tramite l'acquisizione di pareri da parte dell'Avvocatura di Stato) onde conferire al singolo atto una maggiore organicità con i più alti valori dell'ordinamento.

Posto che il legislatore è certamente l'unico organo competente a esprimere la volontà sovrana nel dettato normativo primario, infatti, non bisogna dimenticare che anch'esso è soggetto alle regole che lo "costringono" entro gli stretti limiti della legittimità tracciata dalle norme di rango super-primario.

È per questo motivo, quindi, che pur non negando la discrezionalità della legge, il legislatore dovrebbe sempre evitare di violare valori superiori. Dopotutto, quandanche il legislatore non volesse concedere la stessa tutela a due situazioni del tutto analoghe, la legge dovrà comunque avere un effetto equivalente verso le stesse, anche per mezzo di interpretazioni costituzionalmente conformi o di pronunce della Consulta.

Tuttavia, va precisato che con tutte le superiori affermazioni e argomentazioni non si intende esprimere un mero auspicio o lamentare un'astratta ipotesi di illegittimità costituzionale, bensì si vuole stimolare una breve riflessione sul versante della risarcibilità del danno da atto legislativo illegittimo.

Ed infatti, anche alla luce di una recentissima statuizione della Suprema Corte in sede di regolamento di giurisdizione⁴¹, va dato atto che tali considerazioni non sono del tutto prive di rilievo, poiché pare essere stato ormai chiarito che anche le attività di predisposizione, presentazione, e mancato adoperarsi per la rimozione o la modifica di

⁴⁰ Cfr. C. Cost. 13 Luglio 1988 n. 826, *cons in dir.* n. 24: «Si può allora ammettere che una legge siffatta possa nella sua provvisorietà trovare una base giustificativa. Naturalmente, se l'approvazione della nuova legge dovesse tardare oltre ogni ragionevole limite temporale, la disciplina impugnata - tenuto conto che è in vigore già da oltre tre anni - non potrebbe più considerarsi provvisoria e assumerebbe di fatto carattere

definitivo: sicché questa Corte, nuovamente investita della medesima questione, non potrebbe non effettuare una diversa valutazione con le relative conseguenze».

⁴¹ Così Cass., Sez. Un., Ord. 24 Novembre 2021, n. 36373.

una legge che contrasti con il diritto costituzionale può essere fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. Secondo questo ragionamento, inoltre, la Cassazione afferma che una disciplina di tal genere dovrebbe essere disapplicata se «ritenuta illegittima costituzionalmente perché discriminatoria o perché in contrasto col diritto comunitario», e ne trae persino la conseguenza per cui, rispetto ad una pretesa risarcitoria in questo ambito, non può essere invocato il difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario, in quanto esso riguarda solo i casi in cui l'attività giurisdizionale si pone in conflitto con altri poteri od ordinamenti dotati di autonomia, nel cui contesto non sarebbe ammissibile neppure astrattamente un intervento dell'autorità giudiziaria⁴².

Tale pronuncia, che si pone in netta contrapposizione con altri precedenti, pare aver riconosciuto la validità di tesi che in passato sono state considerate come mera speculazione teorica⁴³.

Per queste ragioni, sarebbe opportuno che la tecnica di elaborazione legislativa cominci a seguire con maggiore attenzione gli sviluppi della scienza giuridica, al fine di scongiurare il rischio di gravi discriminazioni e delle relative ripercussioni, evitando così una possibile proliferazione di richieste di risarcimento per ingiusta applicazione di una norma illegittima.

Sulla sussistenza del danno aquiliano nel caso di specie, infatti, basterebbe solo accertare l'illegittimità della disposizione censurata (anche solo sulla base del principio di ragionevolezza), in quanto è

⁴² *Ibidem*. Va osservato, inoltre, che secondo - il modesto parere dello scrivente - la pronuncia richiamata chiude il cerchio aperto con le statuizioni contenute nei già noti provvedimenti nazionali ed europei in materia di responsabilità civile per l'esercizio di attività amministrativa (anche a tutela di interessi legittimi) e giudiziaria: *ex multis* cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22 Luglio 1999 N. 500; C.G.U.E., Sez. III, 24 Novembre 2011, C-379/10; C.G.C.E., 30 Settembre 2003 - causa C-224/01; C.G.C.E., 13 Giugno 2006 - causa C-173/03.

⁴³ Uno degli ultimi casi era stato quello analizzato in Cass. Civ., Sez. III, 22 Novembre 2016 n. 23730: «È vero che gli studi,

del tutto scontato che la sua sola presenza è causalmente orientata all'esborso del contributo, il quale costituirebbe (appunto) il danno emergente subito dai soggetti sopra elencati.

*non solo italiani, in cui è stato partitamente affrontato il tema della responsabilità (ex art. 2043 c.c.) da atto legislativo [...] ha ritenuto di poter trarre sollecitazioni espansive dalle fattispecie relative ai rapporti con gli ordinamenti sovranazionali, ma si tratta di riflessioni che si pongono esse stesse in termini, allo stato delle norme positive, di pura problematicità speculativa»; v. anche Cass. Civile, Sez. Un. 17 Aprile 2009 n. 9147, cons. in dir. 4-4.10. Sul tema cfr. anche A. PIZZO-RUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Il Foro Italiano*, Vol. CXXVI, n. 9, 2003, pp. 175 ss.*

SCISSIONE MEDIANTE SCORPORO: PROFILI CIVILI E FISCALI

di **Sossietta SCIALLA***

ABSTRACT

Il D.Lgs 2 marzo 2023 n. 19, di attuazione della Direttiva UE 2017/1132, ha introdotto nel codice civile italiano l'articolo 2506.1, rubricato "scissione mediante scorporo". Aldilà della inusuale codificazione normativa e dei refusi contenuti nella lettera del citato articolo, la neo-introdotta disciplina della scissione mediante scorporo pone dubbi in ordine alla natura giuridica dell'istituto in esame e, conseguentemente, alla normativa fiscale ad esso applicabile.

SOMMARIO

- 1. La differenza tra scissione ordinaria e scorporo 55**
- 2. Il problema della natura giuridica della scissione mediante scorporo 57**
- 3. Profili fiscali della neo introdotta operazione 57**
- 4. Brevi cenni agli aspetti procedurali 58**

1. LA DIFFERENZA TRA SCISSIONE ORDINARIA E SCORPORO

La Direttiva europea 2019/2121 del Parlamento Europeo e del Consiglio, recepita dall'Italia

* Dottoressa in Giurisprudenza, praticante notaio e praticante avvocato.

¹ L'art. 3, comma 1, lett. p) della legge 127/2022 stabilisce che il Governo dovrebbe prevedere che «la società, ai fini del trasferimento delle attività e passività ad una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno possa avvalersi della disciplina prevista per la scissione con le semplificazioni previste dall'articolo 160-vicies della direttiva (UE) 2017/1132, e stabilire che le partecipazioni siano assegnate alla società scorporante». Così la Relazione Illustrativa.

con il D. Lgs. 2 marzo 2023 n. 19, ha modificato la precedente disciplina, recata dalla Direttiva UE 2017/1132, relativa alle trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere delle società.

In particolare, l'art. 51, terzo comma, del citato decreto legislativo – tenuto conto delle previsioni contenute nella legge delega 127/2022¹ – ha introdotto nel vigente codice civile l'art. 2506.1 rubricato "scissione mediante scorporo", il quale stabilisce che: «con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività».

Tale nozione riprende, seppur con talune importanti differenze, quella comunitaria contenuta nell'art. 160-ter, n. 4), lett. c), dir. (UE) 2017/1132, che definisce "scissione per scorporo" l'operazione mediante la quale la società scissa trasferisce a una o più società beneficiarie parte del patrimonio attivo e passivo in cambio dell'attribuzione di titoli o quote delle società beneficiarie alla società scissa stessa².

Nata, dunque, come operazione transnazionale, la normativa della scissione mediante scorporo è stata, poi, estesa, in sede di recepimento, anche alle operazioni nazionali, con la conseguenza che essa può essere applicata sia per le scissioni tra

Tra i primi commenti alla nuova normativa si segnalano all'attenzione di chi legge Assonime n. 16 del 7 giugno 2023, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, in corso di pubblicazione su *Riv. Notariato*, 2023 e MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2021 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Notariato*, 2023, 481 ss.

² Sul punto si veda lo Studio del CNN n. 45-2023/I a cura di D. BOGGIALI e N. ATLANTE.

società nazionali sia tra queste ultime e le società estere³.

Per poter discorrere della scissione mediante scorporo occorre trattare – seppur brevemente – dell’ordinaria operazione di scissione. Si tratta dell’istituto mediante il quale vi è la suddivisione di un’unica società in due o più società, come risulta dal dato testuale dell’art. 2506 c.c. il quale afferma che «con la scissione una società (c.d. scissa) assegna l’intero suo patrimonio a più società (c.d. beneficiarie), preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai soci»⁴. La funzione della scissione è, dunque, quella di realizzare una separazione sia del patrimonio sia dei soci, evitando il duplice passaggio della liquidazione della società originaria e della costituzione di nuove società.

Formalmente ricompresa tra le ordinarie operazioni di scissione – in quanto entrambe comportano una disgregazione patrimoniale della società originaria – quella mediante scorporo presenta talune particolarità.

In primo luogo, va ricordato che in entrambi i tipi di scissione è preclusa la possibilità, per le società in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell’attivo⁵, di procedere a tale operazione.

Quanto, invece, alle differenze occorre evidenziare, in primo luogo, che, dal dato testuale, sembra che la norma configuri un’ipotesi di scissione esclusivamente parziale, laddove l’articolo in esame afferma che con la scissione mediante scorporo una società assegna “parte” del suo patrimonio, con

conseguente continuazione della propria attività. Tuttavia, deve darsi atto della genericità del concetto di “parte” che, in assenza di specificazioni, potrebbe anche rappresentare una consistente porzione dello stesso. Sul punto, pertanto, si auspicano ulteriori indicazioni da parte del legislatore nazionale.

Risulta, poi, peculiare la previsione della necessità che la scissione avvenga in favore di una o più società di nuova costituzione, requisito quest’ultimo che rappresenta una difformità rispetto alla disciplina comunitaria. Dalla lettura della norma sembra, infatti, evincersi che qualora le società beneficiarie fossero preesistenti, ci si troverebbe fuori dalla fattispecie di scissione mediante scorporo⁶.

La novità più importante introdotta dal nuovo articolo 2506.1 cc. riguarda le azioni o quote della società scissa, le quali vengono assegnate, non ai soci di quest’ultima – come normalmente accade in sede di scissione ordinaria – ma alla società scissa stessa. Pertanto, all’esito dell’operazione, la società beneficiaria neo-costituita risulterà partecipata dalla scissa stessa⁷.

Ulteriore distinzione tra i due tipi di scissione è rappresentata dal fatto che, in caso di scorporo, vi è un trasferimento per cui, se nel patrimonio della scissa vi sono immobili, devono essere inserite le menzioni urbanistiche e tutte le formalità prescritte per i trasferimenti immobiliari, nonché la necessaria presenza della relazione di stima dei beni.

Il nuovo istituto suscita, tuttavia, diversi interrogativi tanto sul piano civilistico, inerenti alla classificazione di tale istituto come scissione o come

³ M. BORIO, *La scissione mediante scorporo (art. 2506.1 c.c.)*, *Fedemotizie.it*, 2023.

⁴ L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Cedam, 2023, p. 1685 e ss.

⁵ A. GAETA – L. LOVECCHIO, *Scissione con scorporo soltanto in una newco e senza chance di recesso*, in *Il Sole 24 Ore*, 2023.

⁶ Contra A. BUSANI, *La scissione mediante scorporo*, in *Le società*, 2023, p. 401 e ss., il quale afferma che il nuovo articolo 2506.1 contiene «una generica descrizione dell’operazione di scorporo (senza che esaurisca tutte le sue possibili configurazioni)».

⁷ D. PONTICELLI - D. DI VITTORIO, *Scissione mediante scorporo al debutto, profili fiscali e impieghi*, *we-wealth.com*, 2023.



conferimento, quanto su quello fiscale relativamente alle imposte ad esso applicabili.

2. IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DELLA SCISSIONE MEDIANTE SCORPORO

Sotto il profilo civilistico, la scissione mediante scorporo consente di ottenere un risultato strutturalmente analogo al conferimento. In entrambi i casi, infatti, gli elementi patrimoniali provenienti dal dante causa (la società scissa) sono trasferiti ad una società beneficiaria a fronte di una corrispondente attribuzione di partecipazioni nella stessa beneficiaria.

Tuttavia, mentre il conferimento realizza un'operazione traslativa, nella scissione vige il principio di continuità⁸ che ha portato la dottrina maggioritaria a configurare tale operazione come una vicenda evolutivo-modificativa, sicché la beneficiaria subentra nella stessa posizione giuridica della scissa.

Ulteriore differenza consiste nella minore articolazione dell'atto di conferimento, essendo questo costituito unicamente dalla delibera assembleare della società conferitaria che ne dispone l'aumento di capitale, e nell'obbligo – per le società di capitali – dell'acquisizione di una idonea valutazione peritale del bene oggetto del conferimento. Sul punto occorre precisare che, mentre la scissione consente il trasferimento di attività e passività, non sono invece conferibili i debiti, a meno che non rientrino nel bene conferito o siano allo stesso strettamente inerenti⁹.

⁸ Come confermato dalla lettera dell'art. 2506.1 c.c.: «Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività».

⁹ G. DIBATTISTA, *La scissione mediante scorporo tra norme comunitarie e trasposizione interna*, in *Società*, 2023, p. 934.

Come si legge nella norma codicistica e nella direttiva europea, tramite la scissione mediante scorporo si possono realizzare assegnazioni non solo di compendi aziendali ma anche singoli beni, non essendovi una particolare limitazione per quanto attiene gli elementi patrimoniali trasferiti. L'unica condizione posta dalla norma è che la società scissa debba continuare la propria attività, pertanto non si potrà mai trattare di una scissione totale.

Fortemente dibattuta è, ancora, la possibilità che la scissione mediante scorporo avvenga anche a favore di una società beneficiaria preesistente. Sul tema la dottrina non è unanime: alcuni, valorizzando la lettera dell'art. 2506.1 c.c., ritengono che tale operazione possa essere effettuata soltanto a favore di una beneficiaria di nuova costituzione, che dovrà risultare partecipata in via totalitaria dalla scissa; altri¹⁰, invece, accolgono la suddetta possibilità (e si ritiene essere la tesi preferibile) sostenendo che, anche nel caso di beneficiaria preesistente ed interamente posseduta dalla scissa, non si pone alcun problema di concambio e, d'altronde, lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto tramite una scissione mediante scorporo "tipica" (nella quale la beneficiaria è una società neo-costituita) seguita da un'immediata fusione per incorporazione¹¹.

3. PROFILI FISCALI DELLA NEO INTRODOTTA OPERAZIONE

La classificazione dell'operazione in esame, come scissione oppure come conferimento, ha risolto anche sul piano fiscale. L'art. 173 TUIR stabilisce, infatti, il principio per cui la scissione è

¹⁰ R. DINI, *Scissioni. Strutture, forme e funzioni*, Giappichelli, 2008, p. 91 ss. F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, Ipsoa, 2012, p. 14 ss. *Massima del Consiglio Notarile di Milano n. 16*

¹¹ A. BUSANI, *Scissione, debutta lo scorporo di quote anche alla società*, ne *Il Sole 24 Ore*, 2023, p. 404. P. TORRACCA, *Debutta tra le "semplificate" la scissione con scorporo, societatributiveek.it*

un'operazione fiscalmente neutra sia per i soci della scissa sia con riferimento ai beni detenuti da quest'ultima, mentre il conferimento concreta un'operazione realizzativa che può determinare l'insorgenza di plusvalenze o minusvalenze fiscalmente rilevanti, nonché l'iscrizione dei beni apportati al loro valore corrente. Con particolare riferimento alle imposte indirette, infatti, il conferimento sconta l'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale, mentre la scissione è soggetta ad imposta in misura fissa¹².

Sul tema, Assonime (Associazione Italiana fra le Società per Azioni), nella Circolare 14/2023¹³, sostiene che la soluzione corretta sarebbe trattare l'istituto alla stregua di una tradizionale operazione societaria, dunque fiscalmente neutra, con conseguente applicazione dell'art. 173 TUIR anche in siffatta ipotesi. Il tal senso depone non solo lo Statuto del contribuente, che espressamente riconosce – all'art. 10-bis comma 4 – la libertà del contribuente nella scelta tra operazioni con un diverso carico fiscale, ma anche lo stesso art. 51, comma 3, del D. Lgs. 19/2023 il quale afferma che la finalità per la quale è stata introdotta la scissione mediante scorporo è quella di «consentire alla società il trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno anche avvalendosi della disciplina della scissione».

La Circolare parte dal considerare quale debba essere il valore delle partecipazioni nella beneficiaria di cui la scissa diviene titolare. In ragione del citato principio della neutralità fiscale e della

continuità dei valori fiscali, la soluzione più corretta sarebbe quella di assegnare alle partecipazioni il medesimo valore e le medesime caratteristiche fiscali – nonché lo stesso periodo di possesso – dei beni di primo grado trasferiti alla beneficiaria, ossia gli asset.

Occorre, altresì, indagare quali possano essere gli effetti della scissione mediante scorporo sull'assetto fiscale del patrimonio netto di entrambe le società coinvolte. Si ritiene, sul punto, non applicabile a tale fattispecie il criterio, vigente nella scissione tradizionale, per cui la società beneficiaria è tenuta a ricostruire prioritariamente le riserve in sospensione d'imposta e che gli ulteriori incrementi del patrimonio netto contabile debbano ritenersi costituiti da riserve di capitale e da riserve di utili nella medesima proporzione esistente nella scissa prima dell'operazione, pena il verificarsi di potenziali duplicazioni di riserve di utili con conseguente rischio di doppie imposizioni¹⁴.

La dottrina preferibile ritiene che la soluzione corretta sarebbe quella di qualificare, sul piano fiscale, l'incremento del patrimonio netto della beneficiaria al pari di una riserva di capitale.

4. BREVI CENNI AGLI ASPETTI PROCEDIMENTALI

Da ultimo, appare opportuno analizzare, seppur brevemente, l'iter procedimentale della scissione mediante scorporo che si presenta, a grandi

grado trasferiti alla beneficiaria sono sostituiti, presso la scissa, da quelli di secondo grado.

¹³ Assonime, Circolare n. 14 dell'11 maggio 2023 “*Chiarimenti in tema di scissione mediante scorporo (direttiva UE 2019/2121)*”

¹⁴ Sul punto interessante risulta l'articolo di M. PETA, “*Scissione mediante scorporo: profili civilisti, assenza di disciplina ad hoc, soluzioni*”, in *fiscoetasse.com* del 29/05/2023 nel quale si parla di principio di “*segmentazione/stratificazione fiscale*” del patrimonio netto.

linee, analogo a quello della scissione ordinaria, seppur con modalità semplificate.

Si tratta infatti di una scissione che si attua con le formalità previste per le scissioni semplificate.

In primo luogo, è prevista l'esclusione di alcuni elementi del progetto di scissione, quali il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché dell'eventuale conguaglio in denaro, le modalità di assegnazione delle quote o azioni, la data dalle quali queste parteciperanno agli utili e il trattamento riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni.

In secondo luogo, non si applica a tale tipo di scissione l'obbligo di redazione della situazione patrimoniale, della relazione dell'organo amministrativo e della relazione degli esperti¹⁵.

Da ultimo, ai sensi del nuovo sesto comma dell'art. 2503-ter c.c., il diritto di recesso, previsto dagli articoli 2473 e 3502 c.c., non spetta ai soci della scorporanda, nel caso in cui quest'ultima sia una s.r.l., che non abbiano prestato il proprio consenso alla relativa delibera, derogando in tal modo l'art. 2473 cc.¹⁶. Alla luce di quanto sopra esposto, è senz'altro auspicabile l'intervento dell'amministrazione finanziaria volto a favorire chiarimenti, in modo tale da superare le aree di incertezza e incentivare la maggiore applicabilità dell'istituto.

¹⁵ Come risulta dal riformato art. 2506-ter, comma 3, cc.

¹⁶ Art. 2473, comma 1, cc: «L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione, al trasferimento della sede all'estero, all'eliminazione

di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento».

RIFLESSIONI IN TEMA DI GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE DOPO L'ESPERIENZA EMERGENZIALE: DAL DIRITTO VIGENTE ALLE SOLUZIONI DE IURE CONDENDO

di **Anna Maria SINISCALCHI***

ABSTRACT

Il lavoro esamina il tema delle sopravvenienze contrattuali, argomento che ha ricevuto rinnovata attenzione in conseguenza della recente crisi pandemica. Il periodo di emergenza ha infatti stimolato un vivace dibattito della dottrina e della giurisprudenza su come affrontare gli squilibri contrattuali causati da eventi imprevedibili, imprevedibili e indipendenti dalla volontà dei contraenti. L'analisi si focalizza su come gli strumenti di tutela esistenti possano essere adeguati o rivisti per rispondere efficacemente a queste sfide, garantendo, a fronte di sopravvenienze, certezza del diritto e flessibilità della disciplina.

"The work examines the topic of contractual supervening events, a subject that has received renewed attention as a result of the recent pandemic crisis. This period of emergency has indeed stimulated a lively debate in doctrine and jurisprudence on how to address contractual imbalances caused by unforeseen, unpredictable events that are not dependent on the will of the contracting parties. The analysis focuses on how existing protective measures can be adapted or revised to effectively respond to these challenges, ensuring, in the face of supervening events, certainty of the law and flexibility of the discipline."

* Professore associato presso L'Università degli Studi di Cagliari.

¹ Sottolinea C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 582, come le conseguenze economico-sociali determinate dalla pandemia COVID-19 "hanno sollecitato nella nostra civiltà un dibattito già ricchissimo" che ha "trovato uno degli ambiti di riflessione più fertili" nel problema delle sopravvenienze. Sul punto cfr. G. GUIZZI, *Sopravenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 884 s., secondo il quale la crisi determinata dall'emergenza sanitaria ha rinnovato l'attenzione "per un tema non certo nuovo" ma sempre oggetto di discussione.

SOMMARIO

1. **La nozione di sopravvenienza** 60
2. **La disciplina codicistica e l'insufficienza dell'attuale sistema rimediale** 63
3. **Possibili soluzioni de iure condendo** ..
..... 66
4. **La proposta di riforma al codice civile**
..... 68
5. **Considerazioni conclusive**..... 70

1. LA NOZIONE DI SOPRAVVENIENZA

Il tema delle sopravvenienze contrattuali, già oggetto di ampia e approfondita riflessione, ha destato un rinnovato interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza a fronte della crisi pandemica degli ultimi anni¹, che ha stimolato il dibattito sugli strumenti di tutela più idonei a garantire

Sulla moltitudine dei significati da attribuire al termine "crisi" cfr. le ampie riflessioni svolte da M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 52 ss., il quale, nell'individuare il "concetto di crisi in diritto", sottolinea che il diritto si oppone all'anormalità e cerca di ristabilire la normalità e la regolarità in situazioni di crisi. Il diritto, fondato sull'ordine, mira a disciplinare l'imprevedibile e a "ridurre la eccezionalità a regolarità". Sul tema cfr. le riflessioni svolte da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 8, secondo il quale "il concetto di crisi (...) risulta in realtà antistorico e astrattizzante" in quanto presuppone, sebbene inconsapevolmente, un modello di riferimento "cristallizzato" non compatibile con un "il divenire continuo e autonomo dell'esperienza". Cfr., nella stessa prospettiva, F.

l'equilibrio contrattuale alterato da situazioni sopravvenute, impreviste, imprevedibili e indipendenti dalla volontà dei contraenti.

In apertura del discorso è opportuno sottolineare come l'impiego della locuzione "sopravvenienza contrattuale" sia riferibile ad ipotesi molteplici, rispetto alle quali non è dato individuare un trattamento giuridico unitario.

È solo il caso di ricordare che, oltre alle fattispecie espressamente disciplinate dal legislatore nella parte generale del contratto e nella parte speciale con riferimento ai singoli tipi, vi sono ipotesi di sopravvenienze che non hanno una specifica regolamentazione. Al riguardo, si è sottolineato in dottrina che la scelta del legislatore del 1942 è stata quella di prendere in considerazione solo alcune sopravvenienze lasciandone "in ombra altre"². Si pensi alla presupposizione o allo svilimento della controprestazione "che sebbene trovino nell'ordinamento un riconoscimento implicito, vengono delineate solo in via interpretativa"³.

Dunque, l'adozione del termine "sopravvenienza contrattuale" nella sua più ampia accezione può solo consentire di costruire la figura con

ADDIS, *Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 18, il quale sottolinea come "le ricostruzioni degli interpreti spesso si fermano o nascono incomplete" con la conseguenza che sono soggette a "cicliche crisi" in ragione del confronto con "un sistema delle fonti in perenne movimento".

² E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 1 s.

³ Sul punto v. E. AL MUREDEN, *op. ult. cit.*, p. 2, il quale sottolinea, nell'introduzione al lavoro, la frammentarietà e lacunosità del quadro delineato dal legislatore. Evidenzia G. Guizzi, *op. cit.*, p. 900 s., come nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice del 1942, la riflessione abbia avuto principalmente ad oggetto la possibilità di applicare la disciplina sull'eccessiva onerosità "anche quando essa dipenda dalla riduzione del valore della controprestazione", ovvero "si ricollegli al fenomeno della svalutazione monetaria".

⁴ Cfr. E. AL MUREDEN, *op. ult. cit.*, p. 3 s., secondo cui l'individuazione "di un minimo denominatore comune" e degli elementi di differenziazione che caratterizzano specifiche

riguardo agli elementi comuni che la caratterizzano, ben avendo a mente che vi sono significativi elementi di differenziazione di cui tenere conto⁴.

In primo luogo, il sostantivo "sopravvenienza" indica una situazione di fatto che si è determinata successivamente rispetto ad un momento precedente preso come punto di riferimento. Il punto di riferimento è tradizionalmente individuato nella conclusione del contratto. Tale diffusa opinione non consente tuttavia di escludere che possano assumere giuridica rilevanza ipotesi di sopravvenienza che non riguardano le circostanze fattuali sussistenti al momento del perfezionamento del contratto ma un mutamento gnoseologico di uno stato di incolpevole ignoranza della parte che ne risulta pregiudicata⁵. In ogni caso, indipendentemente dall'ampiezza della nozione di mutamento rilevante che si ritiene di assumere, rimane ferma la necessità che intercorra un lasso temporale tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, giacché laddove l'esecuzione fosse contestuale al perfezionamento muterebbe l'astratta configurabilità di un'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario determinato dal fatto sopravvenuto⁶.

ipotesi di sopravvenienza consentono di individuare norme generali applicabili anche alle fattispecie non espressamente regolate e norme non suscettibili di applicazione fuori dalle ipotesi previste in ragione della loro specificità.

⁵ Sul punto cfr. le ampie riflessioni svolte da F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 116 ss., il quale affronta il problema della rilevanza del mutamento patrimoniale con riguardo all'art. 1461 c.c. Ad avviso dell'A., diversamente dalla posizione consolidata in dottrina, il mutamento idoneo garantire l'attivazione del rimedio dilatorio non deve necessariamente intervenire dopo la conclusione del contratto bensì può intervenire anche prima del momento perfezionativo di esso a condizione che la parte *in bonis* ignori senza colpa lo stato di dissesto della controparte.

⁶ Sulla rilevanza del fattore tempo cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 93 ss., il quale evidenzia la differenza, rispetto alla valutazione delle sopravvenienze, tra il contratto istantaneo ed i contratti di durata.

In estrema sintesi, dunque, si deve ritenere che la sopravvenienza possa assumere giuridica rilevanza in presenza di un fatto sopravvenuto:

a) intercorso tra il momento della conclusione del contratto e la sua esecuzione (ma anche precedente alla conclusione del contratto se incolpevolmente ignorato);

b) che ha determinato un'alterazione dell'equilibrio contrattuale definito nel momento della sua conclusione;

c) che sia indipendente dalla volontà delle parti e che dunque rilevi nella sua mera oggettività⁷.

I tratti comuni, appena richiamati, sono sicuramente utili per individuare le fattispecie riconducibili nell'ampia locuzione "sopravvenienza contrattuale" ma non risultano sufficienti per affermare che si sia in presenza di una categoria giuridica in senso proprio piuttosto che di una categoria meramente descrittiva.

Infatti, il sistema rimediabile, a fronte della varietà delle fattispecie di sopravvenienza, non risulta unitario e peraltro non può risolversi nella mera disciplina codicistica, la quale, come si avrà modo di chiarire, da un lato risulta insufficiente già con riguardo alle fattispecie espressamente regolate,

dall'altro non sembra utilmente applicabile a tutte le ipotesi che si possono presentare nella prassi.

Il discorso richiederebbe un'analisi differenziata delle varie sopravvenienze distinguendo quelle di fonte legale da quelle di fonte giurisprudenziale con l'individuazione dei relativi rimedi invocabili⁸.

In questa sede, tuttavia, l'indagine avrà ad oggetto solo alcuni aspetti della più ampia tematica, al fine di offrire qualche sintetico spunto di riflessione in ordine all'adeguatezza del sistema legale vigente.

Come è noto, gli effetti che si ricollegano al verificarsi di una sopravvenienza incidono sul rapporto contrattuale e possono determinare l'estinzione sia totale che parziale di esso, una sua modificazione rispetto all'assetto originario o, secondo parte della dottrina, un obbligo di rinegoziazione. Sulla sussistenza di tale obbligo le posizioni emerse risultano notevolmente differenziate e il dibattito si incentra sulla possibilità di individuare nel nostro sistema normativo, in assenza di una espressa norma che lo preveda, il fondamento giuridico che ne giustificerebbe l'esistenza⁹.

⁷ Afferma criticamente A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola rebus sic stantibus*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, p. 38, che tanto l'incidenza sull'equilibrio economico originario che il carattere oggettivo dell'evento sopravvenuto sono diffusamente e in modo "apparentemente apodittico" considerati requisiti essenziali "perché la sopravvenienza possa dirsi rilevante".

⁸ Secondo T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 1098 ss., deve essere tenuto distinto il profilo della "determinazione della regola di distribuzione del rischio (l'an della rilevanza della circostanza)" da quello della "determinazione del tipo di tutela apprestata (il quomodo della rilevanza)". L'A. inoltre reputa necessario distinguere tra le sopravvenienze perturbative che determinano "variazioni quantitative" e quelle che danno luogo a "variazioni qualitative". Infatti esse "sono oggetto di gruppi distinti di norme e, conseguentemente, risultano diversamente disciplinate sotto il profilo sia delle condizioni di rilevanza della sopravvenienza che del tipo di rimedio adottato".

⁹ Osserva C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 582, come il tema delle sopravvenienze "ormai da un quarto di secolo, è stato portato all'attenzione della dottrina italiana nella prospettiva innovativa dell'individuazione del possibile fondamento di un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti del contratto, la cui attuazione sia stata turbata dalle sopravvenienze". Sul punto cfr. A. VENTURELLI, *Contrattazione internazionale e obbligatorietà della rinegoziazione*, in *Il contratto 'apolide'. La contrattazione transnazionale nel mercato globale*, a cura di M. Foglia, Pisa, 2019, p. 87 ss., il quale, nell'affrontare criticamente il tema dell'obbligatorio della rinegoziazione, giunge ad affermare che "la rinegoziazione rimane lecito atto spontaneo dei contraenti, senz'altro suscettibile di valutazione secondo buona fede, ma ordinariamente incoercibile e, in sé e per sé considerato, idoneo ad offrire utili elementi per ammettere o negare un potere giudiziale di revisione equitativa del contenuto contrattuale" (p. 119). Contesta criticamente le tesi sulla sussistenza di un obbligo legale di rinegoziazione O. T. SCOZZAFAVA,



2. LA DISCIPLINA CODICISTICA E L'INSUFFICIENZA DELL'ATTUALE SISTEMA RIMEDIALE

La molteplicità delle soluzioni prospettate in dottrina e giurisprudenza per la gestione delle sopravvenienze contrattuali è indice dell'insoddisfazione diffusamente avvertita per l'insufficienza della disciplina dettata dal codice civile soprattutto con riguardo alla risoluzione per eccessiva onerosità che, insieme all'impossibilità sopravvenuta, costituisce uno degli istituti centrali di riferimento a fronte di modifiche dell'assetto contrattuale originario.

È vero che, oltre alle fattispecie richiamate, il codice prevede in caso di determinate

soppravvenienze, in particolare nell'appalto e nell'affitto, la possibilità di una modificazione delle obbligazioni originarie in funzione di riequilibrio del sinallagma contrattuale.

Nonostante ciò, e prescindendo, in questo contesto, dal complesso rapporto tra parte generale e parte speciale del codice civile nonché dalla regolamentazione delle sopravvenienze dettata in materia successoria, dove la "improduttività di effetti vincolanti nell'arco temporale tra la redazione della scheda e l'apertura della successione (...) giustifica una regolamentazione delle sopravvenienze nettamente distinta da quella degli atti *inter vivos*"¹⁰, la disciplina dettata dal legislatore del 1942 evidenzia la netta preferenza, in caso di sopravvenienze contrattuali, per rimedi estintivi, volti a sciogliere il vincolo contrattuale¹¹. L'operatività del meccanismo

Appunti sulla rinegoziazione, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, I, p. 127 ss. Analizza approfonditamente il tema con riferimento ai contratti di durata F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 75, il quale evidenzia come "la soluzione dei conflitti relativi ai rapporti di durata nel senso dell'adeguamento del contratto" prevalga a fronte dell'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto; cfr., inoltre, F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 1 s. il quale sottolinea la tendenza ad individuare "un obbligo legale di rinegoziare durante l'esecuzione di contratti a prestazioni corrispettivi nei quali assume rilievo, in diversa forma, l'elemento tempo". Afferma di recente D. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, p. 344 s. che "Il silenzio normativo in tema di rinegoziazione del contratto, problema la cui soluzione era sempre più spesso affidata al sensibile sentire degli interpreti o al pericoloso individualismo dei giudicanti, suonava forse assordante" tanto da indurre il legislatore a proporre una revisione ed integrazione alla disciplina in tema di sopravvenienze nel disegno di legge presentato nella XVIII Legislatura.

Cfr. sul tema F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 853., secondo il quale "per lungo tempo la riflessione sulla rinegoziazione dei contratti e soprattutto la ricostruzione dei relativi obblighi sulla base della clausola generale di buona fede, sono apparse, con adesioni e critiche, come una sorta di esercizi teorici, di conseguenza ad uso e consumo degli studiosi". Sottolinea E. ALMUREDEN, *op. cit.*, p. 3, come "la questione, relativa alla possibilità

di estendere l'applicazione del particolare rimedio previsto dall'art. 1664 c.c. per il contratto di appalto, ha condotto a prendere in considerazione l'opportunità di estendere al di là delle singole ipotesi in cui è previsto il rimedio della revisione del contratto e la possibilità di configurare l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione nei contratti a lungo termine". Evidenzia T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1, come nella dottrina recente sul tema delle sopravvenienze perturbative si stia affermando la tendenza a considerare i rimedi della "rinegoziazione dell'accordo" e della "revisione" suscettibili di applicazione anche in assenza di una espressa previsione legale o convenzionale.

¹⁰ Sul tema cfr. A. VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino, 2020, p. 7.

¹¹ Cfr. M. ZACCHEO, *op. cit.*, p. 54, il quale mette in evidenza come, nel dibattito sviluppatosi negli anni '30 riguardo alla scelta tra un rimedio conservativo, ossia la revisione dei contratti, e uno demolitorio, la loro risoluzione, la preferenza sia stata data al rimedio risolutivo. Si tratta di una scelta inequivocabile, di fronte alla quale l'opposta tesi non appare condivisibile: P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 409 ss. Sul punto cfr. le considerazioni di P. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 231 ss., il quale individua nel codice civile due modelli distinti nella gestione delle sopravvenienze: il modello giuridico consensualistico nella parte generale ed il modello giuridico conservativo nella parte speciale. Secondo tale collocazione

risolutorio prevede peraltro presupposti determinati e stringenti.

Così nella risoluzione per impossibilità sopravvenuta dettata dall'art. 1463 ss. c.c. si ritiene che l'impossibilità debba essere assoluta e oggettiva¹² e non possa assegnarsi rilievo ad una mera difficoltà nell'eseguire la prestazione. Ugualmente incisivi risultano i limiti di applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sia con riferimento alle fattispecie che ricadono nel suo ambito di operatività, si pensi all'esclusione dei contratti aleatori¹³, sia ai presupposti richiesti per la proposizione dell'azione. Nei contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita, infatti, non rileva qualsiasi eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione

sistemica si potrebbe ritenere che il modello giuridico consensualistico rappresenti la regola e l'altro l'eccezione. Ad avviso dell'A., invece “il sistema giuridico moderno” non si basa su una struttura rigida di “*genus e species*” ma si sviluppa “attorno a tipi normativi di problema ed a rimedi adeguati” comportando che “le discipline dei singoli tipi, invece che come “eccezioni” alla parte generale” debbano “essere intese come occasioni per la scoperta di principi regolativi diversi e l'elaborazione di soluzioni normative distinte di pari dignità”. Esamina la disciplina delle sopravvenienze nella parte generale e speciale del codice civile nonché in alcune esperienze straniere A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, 47 ss.

¹² Sul punto cfr. E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 8 s., il quale nel ribadire che “l'impossibilità rilevante (...) debba presentare i requisiti dell'oggettività e assolutezza” sottolinea come tali caratteri possano “essere intesi in modo più o meno accentuato”. Al riguardo la dottrina prevalente ritiene preferibile assumere “una nozione di impossibilità in cui l'assolutezza sia valutata in ragione del tipo di obbligazione e della misura dello “sforzo diligente esigibile” sicché “si è sostenuto che il dovere di adempimento trova un limite non solo nell'impossibilità, ma anche nella inesigibilità”.

¹³ Evidenzia M. ZACCHEO, *op. cit.*, p. 55, che “L'uso promiscuo del termine ‘alea’ non deve trarre in inganno: l'alea normale è il sacrificio, il peso che normalmente una parte si assume con la conclusione di un contratto e che, nello svolgimento del rapporto, può favorire una parte piuttosto che l'altra o sfavorirle o favorirle entrambe; il contratto aleatorio è invece una categoria contrattuale caratterizzata ontologicamente

ma solo quella causata dal “verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili”¹⁴. L'azione di risoluzione non può essere domandata qualora la sopravvenuta onerosità rientri nell'alea normale del contratto.

Si è giustamente sottolineato in dottrina che le nozioni di “eccessività”, “eccezionalità e straordinarietà”, nonché “la normalità dell'alea”¹⁵, sono nozioni elastiche la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice nel singolo caso concreto, circostanza che ricorre anche nella valutazione dell'offerta volta a ricondurre il contratto ad equità. Non si tratta di applicazione di clausole generali e tuttavia emerge un indice chiaro della funzione discrezionale del giudice nella valutazione

dall'incertezza di una prestazione che, in quanto tale, è antitetica al concetto di alea normale, il cui sottofondo è la corrispettività delle prestazioni così come fissata dalle parti”. Distinzione richiamata dall'A. anche nel lavoro *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 1 ss., il quale sottolinea come nella disciplina codicistica in tema di sopravvenienze “il fulcro del sistema ruota intorno alla possibilità della prestazione del debitore” e al “concetto di alea anormale, previsto dall'art. 1467, comma 2, cod. civ. L'alea normale rappresenta la vera novità del codice civile del 1942 in tema di sopravvenienze”.

¹⁴ E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 12 ss. Sottolinea A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 49, come “La frastagliata complessità della fattispecie disegnata dall'art. 1467 c.c.” non attribuisce rilevanza a qualsiasi sopravvenienza e dunque non consente di ritenere che “la disciplina dell'eccessiva onerosità della prestazione” abbia “codificato, nella sua interezza, il principio racchiuso nella clausola *rebus sic stantibus*, divenuto, per l'effetto, prevalente rispetto a quello dei *pacta sunt servanda*”.

¹⁵ F. MACARIO, *Coesistenza e complementarità delle clausole tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*, in *questionegiustizia.it.*, 1/2020, p. 89. Sottolinea M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, *cit.*, p. 53 ss. che «L'alea normale rappresenta la vera novità del codice del 1942, che testimonia la conoscenza e la riflessione degli estensori sul tema della ‘crisi’, dimostrando il legislatore piena consapevolezza “della distinzione concettuale che corre tra ‘pericolo’ e ‘rischio’»

delle condizioni per l'applicazione delle discipline richiamate¹⁶.

L'impianto complessivo della disciplina codicistica del 1942, legittima, già ad una prima lettura, qualche perplessità in ordine all'efficacia delle scelte effettuate. Se, da un lato, risulta comprensibile il meccanismo rimediabile previsto per l'assoluta impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁷, più arduo è giustificare il rimedio della risoluzione nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁸. Infatti, nonostante il rimedio di carattere risolutorio sia affiancato dalla possibilità di paralizzare l'azione di risoluzione da parte del contraente contro il quale essa è proposta, non è riconosciuta al contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente

¹⁶ In tal senso F. MACARIO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. M. ZACCHEO, *op. ult. cit.*, p. 57, secondo il quale la disciplina "merita di essere salvaguardata".

¹⁸ Ritieni M. ZACCHEO, *op. loc. ult. cit.*, che sia necessario svolgere una nuova riflessione in presenza di quelle ipotesi di sopravvenienza rispetto alle quali sia ancora possibile eseguire la prestazione, circostanza che richiede anche un ripensamento della "distinzione giuridica di rischio e pericolo".

¹⁹ D. SANTARPIA, *op. cit.*, p. 23, secondo la quale il ruolo residuale e secondario del rimedio volto alla conservazione del contratto denota la scelta "tendenzialmente caducatoria" influenzata dalla "concezione astratta del contratto in generale incentrata sullo scambio". Sul punto Cfr. M. ZACCHEO, *op. loc. ult. cit.*, il quale ritiene necessario rimeditare il sistema disegnato dal codice del '42 introducendo "la previsione della revisione del contratto come ipotesi generale" o l'attribuzione del potere al giudice di convertire la domanda di risoluzione in quella di revisione e viceversa, tenendo conto del rimedio che, in ragione "della natura del contratto, delle condizioni dei contraenti, della durata dell'evento etc...", risulti maggiormente coerente.

²⁰ Sottolinea M. ZACCHEO, *op. loc. ult. cit.*, che, secondo l'attuale disciplina, a fronte della possibilità di conservare il contratto, la parte che ha subito le conseguenze dell'eccessiva onerosità non avrà un rimedio adeguato a tutelare il suo interesse in quanto dovrà rimettersi alla scelta dell'altro contraente che sarà il solo a poter decidere se avvalersi o meno dell'azione di riduzione ad equità.

²¹ Sul punto v. A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 37 ss.

²² Nella prospettiva dell'indagine storica cfr. G. OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*,

onerosa la possibilità di agire per ottenere la riduzione del contratto ad equità¹⁹. L'ambito ridotto dell'offerta di riconduzione del contratto ad equità evidenzia la preferenza del legislatore per strumenti rimediali volti allo scioglimento del rapporto contrattuale. Esito non sempre corrispondente all'effettivo interesse delle parti²⁰.

È pur vero che, come ribadito in un recente articolo sulla clausola *rebus sic stantibus*²¹, in cui, tra l'altro, si ripercorre la genesi storica del principio²², la disciplina dettata dal codice del '42 per le sopravvenienze, nonostante alcune lacune disciplinari²³, rappresenta un indubbio passo avanti rispetto al codice del 1865²⁴, dove si ravvisava una netta prevalenza del principio "pacta sunt servanda",

1912, p. 1 ss. Analizza l'evoluzione storica della clausola R. CARDILLI, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, p. 1 ss., il quale sottolinea che "sembra potersi cogliere una linea di pensiero che dal *ius canonicum*, sviluppando idee proprie del pensiero stoico classico riflesse in alcuni passaggi di Cicerone (...) e di Seneca (...), porta ad una generalizzazione, anche nei commenti dei civilisti, di affermazioni circostanziate presenti nei testi legali, decontestualizzandole, così da renderle idonee ad una regola applicabile a tutti i contratti".

²³ Sottolinea E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 2 s., che "La lacunosità e la frammentarietà della disciplina positiva in tema di sopravvenienza contrattuale emerge anche riguardo ad una serie di questioni che il legislatore risolve con esclusivo riferimento ad una particolare figura di sopravvenienza, lasciando all'interprete l'onere di individuare soluzioni per le ipotesi in cui il problema si manifesti in riferimento a fattispecie diverse".

²⁴ Cfr. sul punto F. MACARIO, *Coesistenza e complementarità delle clausole tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali*, cit. p. 88, il quale sottolinea come il legislatore del '42, nell'introdurre una nuova fattispecie legislativa che attribuiva rilevanza giuridica alla sproporzione tra le prestazioni durante l'esecuzione del contratto, aveva operato una scelta "piuttosto anomala rispetto alla tradizione", e dunque "doveva procedere con cautela" garantendo attraverso il "ricorso a concetti elastici" la necessaria flessibilità della disciplina al fine di consentire al giudice di operare una valutazione, caso per caso, circa la sussistenza dei presupposti per la risoluzione o per la riconduzione del contratto ad equità.

espressione dell'efficacia vincolante del contratto, rispetto ad eventuali sopravvenienze successive alla sua conclusione. Il principio di certezza del diritto era dunque ritenuto centrale tanto da ridurre sensibilmente l'area di rilevanza delle sopravvenienze contrattuali. Infatti, nel codice del 1865 "l'art. 1226 c.c. assegnava rilevanza alla sola impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore". Analogamente secondo l'art. 1640 nell'appalto era escluso che si potesse "domandare alcun aumento del prezzo, né col pretesto che sia aumentato il prezzo della mano d'opera o dei materiali, né col pretesto che siensi fatte al disegno variazioni od aggiunte, se queste non sono state approvate in iscritto e non se ne è convenuto il prezzo col committente"²⁵.

Una maggiore attenzione alle sopravvenienze si coglie nella legislazione di emergenza emanata

²⁵ In tal senso A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 43.

²⁶ Infatti, nella norma richiamata, si detta la regola secondo cui «a tutti gli effetti dell'art. 1226 c.c. la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale. Sul punto cfr. A. GENOVESE, *op. loc. ult. cit.* Nell'art. 1 del D. It. Del 20 giugno 1915, n. 890, si precisa tuttavia che "Non sarà mai ammissibile una domanda di risoluzione di contratti fondata sulle condizioni create dallo stato di guerra quando i contratti stessi abbiano rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche. Tali contratti saranno in ogni caso osservati giusta le leggi e i capitoli relativi. È data facoltà alle pubbliche amministrazioni di sostituire, con apprezzamento insindacabile, altre clausole o pattuizioni a quelle che non sieno più eseguibili, per causa del suddetto stato di guerra". Sottolinea come "la crisi economica di fine secolo e gli effetti della I guerra mondiale sui prezzi e sulle difficoltà di approvvigionamento contribuirono in quegli anni ad un recupero giurisprudenziale della teoria della clausola *rebus sic stantibus*" R. CARDILLI, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, p. 18. Sulla rilevanza del primo conflitto mondiale nel riconoscimento di una possibile integrazione tacita del contratto con la c.d. clausola *rebus sic stantibus* e la conseguente esclusione della "possibilità per il contraente la cui prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa di invocare la *laesio*

nell'art. 1 del D. It del 27 maggio del 1915, n. 739, a seguito della prima guerra mondiale²⁶.

Tralasciando, in questo contesto, di considerare se la richiamata previsione fosse espressione di una regola eccezionale o, al contrario, di una linea evolutiva del sistema²⁷, certamente il dato, nella nostra prospettiva, è degno di essere evidenziato.

Con il codice del 1942, come si è detto, sembra riacquisire rilievo la clausola "*rebus sic stantibus*" sebbene dall'art. 1467 non emerga la rilevanza di ogni sopravvenienza e le questioni aperte fossero ancora consistenti e significative²⁸.

3. POSSIBILI SOLUZIONI DE IURE CON-DENDO

A fronte della disciplina sulla gestione delle sopravvenienze contrattuali dettata dal codice del

superveniens come fatto idoneo a giustificare lo scioglimento del rapporto" cfr. G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 887.

²⁷ Il tema della rilevanza da assegnare alla legislazione di emergenza fu sollevato da F. FERRARA *senior*, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Riv. dir. comm.*, XIII, p. 682 s. Sui dubbi circa la lettura del decreto del 27 maggio del 1915 come espressione di un principio generale cfr. G. SEGRÈ, *Sull'impossibilità e sull'eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 1 ss., Entrambi i lavori sono richiamati nel recente e approfondito saggio di G. Guizzi, *op. cit.*, p. 888 ss. che sintetizza le rispettive posizioni. Sul tema Cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 44 e le citazioni contenute alla nota 31. L'Autore richiama sinteticamente le tesi contrarie e favorevoli al riconoscimento di una rilevanza giuridica nel sistema della clausola *rebus sic stantibus*, sottolineando la contrapposizione presente in dottrina.

²⁸ Sul punto E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 10 ss.; G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 897, il quale sottolinea come, con il codice del 1942, sia prevalsa l'idea di considerare il problema delle sopravvenienze non più risolvibile "caso per caso in base all'accertamento della concreta volontà contrattuale delle parti, e del se abbiano inteso accogliere la clausola *rebus sic stantibus*". A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 49 s.; Evidenzia M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, cit., p. 56, come sia importante "nel quadro dipinto dal legislatore del 1942, (...) che la crisi, determinata dall'impossibilità o dall'eccessiva onerosità, sia superata e che la regolarità, che assicura certezza e sicurezza, venga ristabilita".

1942, l'esperienza della recente crisi pandemica²⁹ ha rivitalizzato il dibattito sulla sufficienza delle regole apprestate in sede di codificazione. Infatti, i meccanismi rimediali disponibili hanno dimostrato l'inadeguatezza sul campo, a fronte di sopravvenienze rispetto alle quali doveva ritenersi sussistente un interesse alla conservazione del contratto nonostante l'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale.

È evidente, dunque, la necessità di rivedere il sistema dei rimedi per renderlo più rispondente alle esigenze concretamente emerse, ma molto complessa risulta la scelta degli strumenti più efficaci per raggiungere il risultato auspicato.

Il dibattito involge inevitabilmente il tradizionale tema generale del rapporto tra autonomia privata, funzione legislativa e giudiziaria.

Il problema si pone, in primo luogo, con riferimento all'individuazione della fonte attributiva del potere di riequilibrio del contratto alterato nell'assetto originario, in secondo luogo attiene alle modalità tecniche idonee ad assicurarne l'attuazione

nonché all'individuazione dei soggetti a cui assegnare tale funzione (le parti, il giudice o la norma).

Secondo una prima posizione, un intervento normativo rappresenterebbe la scelta più adeguata. In questa prospettiva l'obiettivo di una maggiore flessibilità degli strumenti rimediali a fronte di sopravvenienze dovrebbe attuarsi mediante una riforma legislativa³⁰ che consenta alle parti di scegliere tra la proposizione dell'azione di risoluzione e quella di revisione del contratto ovvero attraverso l'introduzione di un generale obbligo di rinegoziazione.

In un'ulteriore prospettiva, si ritiene che potrebbe essere utile potenziare il ruolo del giudice per affrontare gli squilibri contrattuali dovuti a circostanze imprevedute³¹. Tale obiettivo, ancora una volta, potrebbe attuarsi attraverso una riforma legislativa che espressamente assegni al giudice i relativi poteri, determinandone l'ambito e l'estensione, ovvero, mediante un'interpretazione evolutiva della normativa vigente che consenta, in sede applicativa, di attuare il risultato perseguito grazie al

²⁹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 583, il quale evidenzia come, "a fronte dello sconvolgimento delle relazioni contrattuali" prevalga nettamente in dottrina l'idea che ci si debba muovere "lungo le direttrici della rinegoziazione e del mantenimento del contratto". Sul punto cfr. M. ZACCHEO, *op. ult. cit.*, p. 58 ss., il quale sottolinea la necessità di rivalutare la disciplina del codice del '42 in considerazione dei mutamenti socio-economici determinati dalla "globalizzazione e dall'affermazione significativa della tecnica". Secondo l'A., oltre a questi due "convitati" con i quali è inevitabile fare i conti, si riaffaccia un "terzo ospite, sin qui dimenticato perché apparentemente sopraffatto dalla ragione: proprio la pandemia risveglia la necessità di una nuova riflessione sulla natura". Infatti, la pandemia ha rivelato la debolezza della risposta globale e messo in dubbio il controllo umano sulla natura.

³⁰ Questa scelta sarebbe peraltro in linea con quella effettuata da altri paesi europei ed extraeuropei. Si rinvia sul punto alla nota 36. Sottolinea M. ZACCHEO, *op. ult. cit.*, p. 57 s., l'opportunità di una riflessione sulla gestione delle sopravvenienze che porti all'introduzione della revisione del contratto come ipotesi generale. Questo risultato potrebbe attuarsi solo con

una riforma legislativa che consenta di applicare il rimedio riparatorio non solo all'area del pericolo ma anche a quella del rischio.

³¹ Prospetta diverse soluzioni al fine di rendere più flessibile e rispondente alle esigenze concrete la disciplina sulle sopravvenienze M. ZACCHEO, *op. loc. ult. cit.*, il quale ipotizza di attribuire al giudice la possibilità di convertire la domanda di risoluzione in revisione e viceversa o di attribuire «al giudice (o ad un organo appositamente istituito) il potere di rivedere immediatamente il contenuto del contratto, magari affidando al medesimo anche una funzione di controllo successivo sull'esecuzione del rapporto *postsentenza*, ovvero consentendo al giudice stesso di pronunciare la sentenza risolutiva, se è questa la via intrapresa a seguito di un giudizio sommario che non sconti troppo il fattore "tempo"» Per un'analisi approfondita dell'evoluzione che, dall'inizio del XX secolo, ha portato ad attribuire una "generalizzata rilevanza" alle sopravvenienze giustificando l'intervento del giudice in funzione di una ridefinizione del rapporto atta a consentirne la conservazione cfr. G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 886.

ricorso al principio di buona fede³², ampiamente impiegato nella prassi giurisprudenziale. In mancanza di un intervento del legislatore, sarebbe comunque necessario procedere ad un'interpretazione della normativa vigente che consenta la conservazione del contratto³³, nei casi in cui tale conservazione sia necessaria, tenuto conto dell'interesse dei contraenti³⁴. Peraltro, nell'articolata varietà delle posizioni sul tema, non manca chi, riflettendo sulla possibile interpretazione della normativa vigente, ridimensiona la necessità di una revisione degli strumenti rimediali, ritenendo, per contro, già adeguatamente elastica la disciplina dettata dal codice, la quale sarebbe in grado, a prescindere da una sua revisione, di fornire gli strumenti idonei a superare le difficoltà determinate da situazioni sopravvenute, non previste e prevedibili dai contraenti³⁵.

³² Osserva P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 202, come “L'offensiva contro il principio di immodificabilità del contratto, sottostante le tradizionali soluzioni normative del problema delle sopravvenienze (...) almeno nei sistemi di *Civil Law*, finisce per invocare, più o meno appropriatamente, il principio di buona fede ed il dovere di solidarietà che esso implementerebbe”. Sul punto cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il giurista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 4 s.; che evidenzia, nella gestione della fase emergenziale, il ruolo centrale del principio di solidarietà, tradotto nella clausola generale di buona fede. Secondo l'A., tuttavia, “la gestione della crisi necessita di un approccio più articolato e multilivello, che non può esaurirsi nella concretizzazione solo da parte del giudice della clausola di buona fede, ma richiede il coinvolgimento oltre che del giudice anche del legislatore e del giurista teorico”.

³³ Sul punto cfr. E. BELLISARIO, *Covid-19, e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, p. 9 s., la quale ritiene che, nonostante la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità si ispiri ad una logica estintiva, si possa in via interpretativa superare la posizione di subalterità dei rimedi manutentivi.

³⁴ Sottolinea C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19.*, cit., p. 583 ss., che la promozione delle scelte finalizzate alla “rinegoziazione” e “adeguamento” a fronte di sopravvenienze si potrebbe

4. LA PROPOSTA DI RIFORMA AL CODICE CIVILE

La complessità del tema e la ricchezza delle soluzioni proposte sul piano dottrinario e applicativo rende necessario un confronto tra le posizioni richiamate ed il testo del disegno di legge sulla “delega al Governo per la revisione del codice civile” (DDL Senato 1151 del 2019), che a tali problematiche intende fornire risposta con la previsione contenuta nella lettera i). Nel progetto di riforma si stabilisce «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti»³⁶.

realizzare mediante tecniche diverse: oltre all'intervento del legislatore potrebbe attuarsi attraverso l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale degli istituti esistenti. L'A., svolgendo le riflessioni nella situazione dell'emergenza covid-19, ritiene che l'intervento del legislatore rappresenti la soluzione più efficiente (p. 585).

³⁵ Cfr. E. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 9 ss., la quale sviluppa il ragionamento con specifico riferimento alle misure da adottare nella fase della pandemia. L'A., ritiene possibile impiegare lo strumento della rinegoziazione in base alle norme vigenti esprimendo scetticismo sulla necessità di nuovi interventi legislativi specifici per affrontare la situazione di crisi. In caso di esito negativo della rinegoziazione l'A manifesta forti perplessità in ordine alla possibilità per il giudice di “procedere ad una rideterminazione eteronoma delle regole del rapporto” ritenendo più opportuno intervenire con misure incentivanti, volte a favorire il raggiungimento dell'accordo tra le parti. Sul tema cfr. G. PERLINGIERI, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 2021, I, p. 83, secondo cui l'interprete dovrebbe valorizzare le norme esistenti invece di proporre modifiche legislative, a volte inutili ed in alcuni casi, pericolose.

³⁶ Sottolinea F. MACARIO, *Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*, cit., p. 87 che “Nell'intento del legislatore sarebbe, pertanto, opportuno intervenire sulla disciplina delle

Come risulta chiaramente, la soluzione prospettata dalla legge si colloca nel solco già tracciato da altri paesi europei³⁷ e attribuisce rilevanza fondamentale alla rinegoziazione, assegnando un ruolo centrale all'autonomia privata delle parti e solo in un secondo momento, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, un ruolo suppletivo all'intervento giudiziario in funzione del ripristino della proporzionalità fra le prestazioni.

In dottrina si è evidenziato che questo disegno di legge, diretto ad incidere in modo sostanziale sulla disciplina delle sopravvenienze di cui agli artt. 1467 ss., impone di ripensare il rapporto tra “la fattispecie legislativamente tipizzata e le clausole generali”³⁸. Peraltro, nella proposta legislativa richiamata, il testo, nell'introdurre i rimedi manutentivi della rinegoziazione e/o l'adeguamento per via giudiziale, prende in considerazione come parametro di riferimento proprio il principio di buona fede sicché sarà inevitabile riflettere sul rapporto tra “la

sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c. c., quali norme “generali” (applicabili a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale), incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente”.

³⁷ R. ROSSI, *Obbligo di rinegoziazione e adeguamento giudiziale delle condizioni contrattuali*, in *Jus*, 2020, I, p. 187 ss.

Il richiamo è, in primo luogo, all'esperienza francese dove, in sede di riforma del *Code civil*, si è introdotto un modello legale di revisione delle sopravvenienze con l'art. 1195. In particolare, il sistema delineato prevede la possibilità di fare fronte ai mutamenti mediante un sistema articolato dove lo strumento della rinegoziazione si affianca alla possibilità di risoluzione o all'adeguamento del contratto ad opera del giudice. Sul punto cfr. D. SANTARPIA, *op. cit.*, p. 327 ss., la quale, nel dedicare il primo paragrafo del capitolo III della sua monografia alle novità introdotte in Francia sul tema delle sopravvenienze, perviene alla conclusione che le scelte effettuate pongano al centro l'autonomia privata assegnando un ruolo marginale all'attività del giudice.

Un intervento legislativo meno recente con cui si afferma la rilevanza espressa delle sopravvenienze è stato effettuato in Germania in sede di *Modernisierung des Schuldrechts* con l'introduzione nel 2002 del § 313 del BGB. Richiama queste riforme ed anche quelle adottate fuori dall'Europa D. SANTARPIA, *op. ult. cit.*, p. 346, nota 73. Sottolinea l'opportunità, nel caso di

(costruzione legislativa della) fattispecie e le (applicazioni giurisprudenziali delle) clausole generali”³⁹. Invero, l'auspicata riflessione ha preso avvio già in sede di prima lettura del progetto di riforma al codice civile ed ha condotto a divergenti interpretazioni. Da un lato, infatti, si è rilevato che l'ipotizzata modifica in tema di sopravvenienze, superando la logica rimediata basata sulle due fattispecie della risoluzione e dell'offerta di riduzione ad equità, apre la via “a mille possibili soluzioni, variamente costruibili secondo una logica che non è quella della fattispecie ma è all'opposto quella della clausola generale”⁴⁰. In senso contrario, con specifico riguardo alle disposizioni del progetto in ambito contrattuale, si è ritenuto riscontrare un filo conduttore unitario rappresentato dall'intento del legislatore di determinare un “passaggio da una disciplina per clausole generali a una disciplina per fattispecie tipizzate”⁴¹. Si è, inoltre, affermata la necessità di un'ulteriore riflessione in ordine al

una revisione del codice civile italiano, di “confrontarsi con la disciplina delineata dai più recenti progetti di *soft law* e dalle altre riforme nazionali” E. TUCCARI, *Riforma del codice civile e diritto privato europeo: verso un'armonizzazione in 'senso debole'?*, in *Dal 'Fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2019, p. 312 ss., che richiama le scelte operate in sede di riforma in Francia e Germania sul tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta

³⁸ Sottolinea F. MACARIO, *Coesistenza e complementarietà delle clausole tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*, cit., p. 87, come la concreta attuazione delle clausole generali sia rimessa alla funzione giurisdizionale.

³⁹ In tal senso F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 88.

⁴⁰ Così V. ROPPO, *Contrastare le disuguaglianze nelle relazioni contrattuali: fra diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato*, in *questionegiustizia.it*, 1/2020, p. 29, il quale, tuttavia, ritiene coerente la scelta in quanto la rilevata erosione della disciplina per fattispecie attiene alle aree “del diritto comune e non al diritto del mercato” (p. 32).

⁴¹ E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 59, secondo cui, in un'epoca segnata da crescenti disuguaglianze e disgregazione sociale, è opportuno moderare l'entusiasmo per la giurisdizione basata su clausole generali, attribuendole un ruolo più discreto: “Se il



rapporto tra parte generale e parte speciale del codice civile, in considerazione del fatto che proprio nella seconda “le vicende e i problemi dell’esecuzione del contratto”, tra cui rientrano quelli connessi alle sopravvenienze, “trovano (...) la loro prevalente e specifica disciplina”⁴².

La tematica delle sopravvenienze costituisce, dunque, una proficua occasione per affrontare il tema più generale del ruolo da assegnare alle clausole generali, tema aperto e dibattuto che è connesso inevitabilmente alla teoria delle fonti e all’individuazione delle regole per definire i reciproci rapporti di prevalenza. Peraltro, sullo sfondo rimane aperta la questione, anch’essa molto discussa e dibattuta, del rapporto tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, tenendo conto del fatto che la giurisprudenza interviene sempre più incisivamente nel “ridisegnare (...) il sistema del diritto privato”⁴³.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

diritto vuole marcare la propria autonomia rispetto ad una fattualità dominata dalle potenze sociali e guadagnare forza deontologica rispetto alla società, non può fare a meno della principale eredità dell’illuminismo giuridico, la legge generale e astratta”.

⁴² F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 88.

⁴³ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁴⁴ Osserva D. SANTARPIA, *op. cit.*, p. 348, che in ragione della situazione economico sociale determinata dalla pandemia “la riflessione sul tema della gestione delle sopravvenienze contrattuali (...) ha perso (...) ogni valenza speculativa in favore di un necessario pragmatismo”.

⁴⁵ Per un’analisi delle disposizioni dettate dal legislatore durante la fase dell’emergenza cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss., il quale tuttavia sottolinea come “il dovere principale di uno studioso del diritto” dovrebbe consistere nel “maneggiare gli strumenti dell’interpretazione e della costruzione del sistema con l’obiettivo della conservazione dell’ordine sociale e, in una fase emergenziale, del contenimento entro limiti accettabili delle soluzioni normative eccezionali, come tali non integrabili nel sistema delle norme, privilegiando gli esiti

Ad ogni modo, non soffermandoci su problemi di teoria generale che in questa sede si intende solo evocare e ribadita l’insufficienza dell’attuale regolamentazione delle sopravvenienze, diventa centrale la scelta in ordine all’individuazione delle soluzioni più idonee a garantire un ragionevole equilibrio tra autonomia privata ed esigenza, altrettanto avvertita, di ripristino delle condizioni di equilibrio contrattuale alterate da fatti sopravvenuti.

Come già evidenziato, l’esperienza della crisi determinata dalla pandemia e il suo riflesso sui contratti di durata ha imposto interventi immediati, per far fronte a situazioni concretamente insostenibili⁴⁴.

Al riguardo la mera osservazione del fenomeno determinato dall’epidemia consente di rilevare che il tentativo di una soluzione puramente giurisprudenziale del problema ha mostrato notevoli limiti tanto da indurre il legislatore ad introdurre norme di dettaglio volte a fronteggiare le criticità emerse in sede applicativa⁴⁵.

Del resto, sull’approccio metodologico che potremmo definire creativo della giurisprudenza⁴⁶,

applicativi che si rivelino, invece, plausibili sulla base del diritto generale e speciale”.

⁴⁶ Sul punto cfr. G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, inq.it, 1/2020, secondo cui “la giurisprudenza è fonte del diritto, in modo sostanziale; la creatività è necessaria perché supera le inadeguatezze del testo normativo obsoleto; i principi di diritto formulati dalla Suprema corte non prevalgono però sulla legge, né si può pensare che le leggi introdotte dal Parlamento e correttive di orientamenti giurisprudenziali, ancorché consolidati, possano essere aggirate con sottili argomentazioni formalistiche”. Sulla rilevanza dei principi cfr. le riflessioni di F. ADDIS, *Argomentazioni per «principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Jus brixiae et alibi*. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè, a cura di A.A. Cassi e E. Fusar Poli, Torino, 2022, p. 212, il quale evidenzia la crescente importanza dei principi del diritto nell’interpretazione delle norme, anche in assenza di lacune legislative. Ad avviso dell’A., oltre le rigide regole del positivismo giuridico, il ruolo assegnato ai principi dalla Costituzione e dal diritto comunitario ha legittimato gli interpreti a farne uso nell’analizzare la portata precettiva delle norme,



già ampiamente sperimentato in altri settori, si pensi all'ambito della responsabilità medica, sono state già sollevate perplessità⁴⁷. Tale approccio, seppure giustificato dall'inerzia del legislatore in certi settori, costituisce un elemento di incertezza del sistema⁴⁸, accentuando i rischi di significative difformità giurisprudenziali.

Si ritiene, pertanto, di condividere la posizione di coloro che propendono per un'esplicita ridefinizione della disciplina delle sopravvenienze ad opera del legislatore, pur riconoscendo che le esigenze di flessibilità, ampiamente evidenziate, non possono

consentendo ad essi di svolgere un ruolo attivo nella creazione del diritto.

⁴⁷ Cfr. A.M. SINISCALCHI, *La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Jus civ.*, 2022, p. 818 ss.

Osserva R. RODOLF, *Editoriale*, in *Il giudice e la legge*, in *Questionegiustizia.it*, 2016, IV, p. 4, che, al di là della valutazione che si intenda assegnare alla funzione creativa della giurisprudenza, il fenomeno costituisce un dato incontrovertibile riscontrabile “non solo in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), ma anche nelle sempre più frequenti situazioni in cui le esigenze di tutela giuridica espresse dal corpo sociale sopravanzano la capacità (o la volontà) del legislatore medesimo di farvi fronte, ponendo perciò stesso il giudice nella condizione di dover dare risposta a domande di giustizia per le quali l'ordinamento non ha approntato regole puntuali e specifiche. D'altronde, la necessità dell'interprete di confrontarsi con un universo giuridico plurale, costituzionale ed europeo, da cui emergono non solo e non tanto regole, quanto valori e principi, alla luce dei quali le medesime regole debbono esser lette, inevitabilmente comporta un esercizio interpretativo tutt'altro che meccanico e dall'esito sovente per nulla scontato”. Sul rapporto tra regole e principi cfr. G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 41 ss.

⁴⁸ E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 61 s., il quale evidenzia come “La questione della certezza del diritto accompagna in realtà da sempre il problema delle clausole generali”. Secondo l'A., tuttavia, “Le preoccupazioni in termini di certezza del diritto non colgono il senso del lavoro del giudice quando concretizza una clausola generale. Su un punto, però, possiamo condividere quelle preoccupazioni ed è quello dell'uso improprio che della buona fede possa fare il giudice quando, per risolvere la controversia, anziché attingere alla fattispecie legale che

che dar vita ad un sistema articolato nel quale, opportunamente, si riconosca un potere equitativo al giudice, sebbene entro precisi ambiti predeterminati dalla legge⁴⁹. In tale prospettiva risulta fondamentale indicare chiaramente l'ordine dei rimedi per evitare quelle incertezze applicative che sono già significativamente emerse nell'esperienza di altri paesi europei, determinando non poche difficoltà interpretative⁵⁰.

La scelta di ridefinire con un intervento normativo l'assetto regolamentare delle sopravvenienze, configurando un modello che prevede un

disciplina il caso, si orienti nella direzione della clausola generale. Lo spazio per la concretizzazione della clausola generale si apre quando manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale”. Sul tema, cfr. M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *questionegiustizia.it*, 1/2020, p. 67 ss., il quale mette in guardia dai “gravi rischi di una giurisprudenza orientata al caso”. Secondo l'A. “quando alla positività si sovrappone la pretesa “oggettività” dei valori e quando si ammette che possa esservi un diritto (positivo) che in realtà non è diritto si rischia davvero di cadere nell'abisso del soggettivismo più spinto e del più incontrollabile arbitrio etico-politico” (p. 71).

⁴⁹ Si è ribadito, di recente, D. SANTARPIA, *op. cit.*, p. 200 s., l'adozione di un approccio rimediario che si basa sul ragionamento per principi genera perplessità riguardo alla discrezionalità del giudice e all'espansione potenziale dei suoi poteri. Ad avviso dell'A., tuttavia, “la prospettiva rimediaria e quella della legge” non sono inconciliabili. Sul punto cfr. E. BELLISARIO, *op. cit.* p. 11 s., secondo cui una risposta chiara e decisa al dibattito sull'entità ed incisività dell'intervento giudiziario è fornita dal recente progetto di legge che propone modifiche al codice civile in tema di sopravvenienze. L'A., tuttavia, oltre allo scetticismo circa una revisione del codice in tempi rapidi, solleva il dubbio che la riforma ad opera del legislatore possa rappresentare la soluzione migliore.

⁵⁰ Il riferimento è alla riforma sulle sopravvenienze introdotta in Francia. Sul punto Cfr. D. SANTARPIA, *op. cit.*, p. 336, la quale sottolinea come la mancanza di una gerarchia tra i rimedi abbia dato luogo ad un acceso dibattito sulla determinazione dei poteri del giudice nei casi di fallimento della rinegoziazione. L'A. evidenzia come in assenza di “un ordine di priorità tra il rimedio manutentivo e quello caducatorio” l'unico vincolo per il giudice sarebbe rappresentato dal rispetto del principio della domanda.

intervento del giudice in funzione suppletiva dell'autonomia privata, consentirebbe di realizzare un punto di equilibrio tra l'avvertita esigenza di certezza del diritto⁵¹ e quella, altrettanto sentita, di assicurare una disciplina elastica in ragione della varietà delle situazioni concrete da disciplinare.

A conclusione di queste brevi riflessioni e nell'incertezza circa l'esito della modifica proposta

⁵¹ Ritiene N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41 ss.; che la giurisdizione per clausole generali comporti il pericolo di un soggettivismo giudiziario e pregiudichi la calcolabilità e la prevedibilità del diritto. In senso contrario cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 4, il quale sottolinea come la produzione del diritto sia in buona parte affidata alla "interpretazione giudiziale e dottrinale"., "Sul punto cfr. SCODITTI, *op. cit.*, p. 62, secondo cui la questione fondamentale della giurisdizione non è la certezza del diritto. L'uso esteso della buona fede serve a proteggere dagli abusi nei mercati, sia nella fase di formazione che di esecuzione del contratto, riflettendo la logica della legislazione comunitaria che mira a strutturare giuridicamente il mercato. Tuttavia, quando la questione si sposta dalla tutela nel mercato alla tutela dal mercato, è "la legge in forma di fattispecie generale ed astratta che entra in gioco". Per una analisi critica della ricostruzione appena richiamata cfr. G. D'AMICO, *L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione (qualche riflessione a partire da un saggio di Enrico Scoditti)*, in *questionegiustizia.it*, 1/2020, p. 33 ss. Ritiene F. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 213, spec. p. 217 ss., che le tesi a favore e contrarie rispetto al ricorso ai principi si basano sull'idea comune "di un contrasto tra principi e norme" che invece è opportuno sottoporre a riflessione critica. L'A. reputa di poter superare il contrasto attraverso la costruzione della "fattispecie a posteriori". A differenza della fattispecie "a priori", la fattispecie "a posteriori" non è predefinita in modo esplicito in una norma, ma viene costruita dall'interprete tenendo conto dei principi generali e dei valori dell'ordinamento, nonché del caso concreto. Questo processo enfatizza il ruolo attivo e creativo dell'interprete nell'adattare il diritto alle esigenze uniche del caso.

⁵² Sottolinea come la dottrina civilistica aveva rilevato l'insufficienza della normativa vigente rispetto alle conseguenze della crisi determinata dal Covid-19 sui contratti di durata D.M. MATERA, *Rinegoziazione e adeguamento una lettura in chiave di giustizia procedurale del nuovo art. 6-novies del d.l. 41/2021*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di R. Martino, A. Panzarola, M. Abbamonte, Milano, 2022, p. 268, cui si rinvia per le citazioni

al codice civile sul punto, il legislatore dell'emergenza ha sopperito alle carenze normative mediante l'introduzione di specifiche discipline relative a determinati rapporti contrattuali al fine di garantire un'adeguata allocazione del rischio contrattuale in funzione di riequilibrio del mutato assetto economico originario del contratto⁵². Gli strumenti impiegati sono stati prevalentemente di tipo

contenute nella nota 5. Nella stessa prospettiva cfr. C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 81. Cfr. sul tema G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 63, il quale, con riferimento alla sorte dei rapporti di durata gravemente incisi nell'equilibrio originario dalla crisi pandemica, auspicava un intervento legislativo che superasse l'incertezza determinata da soluzioni applicative non omogenee e costanti. Per una sintesi delle posizioni emerse in dottrina in ordine agli strumenti più idonei per la gestione della situazione eccezionale determinata dalla crisi cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid: quale ruolo per il civilista?*, cit., secondo cui. "l'affermazione della centralità del valore della solidarietà, e della buona fede, come tecnica di risposta all'emergenza in atto, non può essere esaustiva: potendosi effettivamente dubitare se non sia proprio l'eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore, piuttosto, e prima ancora, che essere affidata alla concretizzazione da parte del giudice nel singolo caso controverso".

Tra i principali interventi normativi dell'era della crisi cfr., in particolare l'art. 216, comma 2, del D.L. n. 34/2020, c.d. Decreto "Rilancio", che ha stabilito, con riferimento ai rapporti di concessione di impianti sportivi pubblici, la possibilità per le parti, ove il concessionario ne faccia richiesta, di procedere alla "revisione dei rapporti in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, comunque non superiore a ulteriori tre anni, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. La revisione del rapporto concessorio può essere concordata anche in ragione della necessità di fare fronte ai sopravvenuti maggiori costi per la predisposizione delle misure organizzative idonee a garantire condizioni di sicurezza tra gli utenti e ai minori ricavi dovuti alla riduzione del numero delle presenze all'interno degli impianti sportivi. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi



manutentivo, i quali hanno sopperito alle deficienze presenti nel sistema codicistico nei casi in cui le prestazioni ancora possibili avessero subito una significativa alterazione rispetto alla previsione iniziale. La strada imboccata, nella direzione di una maggiore valorizzazione degli strumenti manutentivi, appare la più idonea alla luce delle criticità emerse chiaramente negli ultimi anni e sembra realistico ipotizzare che tenderà sempre più a consolidarsi, rendendo improbabile, anche in base all'esperienza delle recenti crisi globali, una inversione di rotta.

trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto". Con riguardo ai contratti di locazione di immobili adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, in ragione del sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione, è previsto per il conduttore, nell'art. 216, comma 3, del medesimo D.L. n. 34/2020, il "diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito". Si veda, inoltre, la disciplina dettata sulla rinegoziazione dei contratti di locazione commerciali dal D.L. n. 41/2021, parzialmente modificata dall'art. 4-bis della L. n. 106/2021 che, in sede di conversione del D.L. n. 73/2021, ha innovato l'art. 6-novies (Percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni

commerciali) del D. L. n. 41/2021. Con riguardo alla materia dei titoli di viaggio e pacchetti turistici l'art. 28, comma 5, del D.L. n. 9/2020, ha disposto che "In caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, può procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'art. 41 del citato decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, oppure può emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante".

Con riguardo ai contratti per l'accesso a spettacoli di qualsiasi genere, nonché a musei o altri luoghi culturali si veda l'art. 88 del D.L. n. 18/2020, c.d. Decreto "Cura Italia", che ha previsto il rimborso del corrispettivo ovvero un *voucher*.

Si tratta di rimedi che arricchiscono il quadro normativo codicistico in materia di impossibilità sopravvenuta, attraverso la previsione di strumenti volti anche alla conservazione del rapporto contrattuale.



LA DISCIPLINA CIVILISTICA DELL'USURA ALLA LUCE DELLE SENTENZE NN. 24675/2017, 16303/2018 E 19597/2020 DELLE SEZIONI UNITE

di **Alessandro TAROZZI***

ABSTRACT

Il presente contributo mira ad analizzare nel dettaglio le problematiche – ancora parzialmente irrisolte – legate alla disciplina civilistica dell'usura risultante dal noto tritico di sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione.

SOMMARIO

1. L'usura: aspetti introduttivi.....	74
2. Brevi cenni alla normativa penale..	75
3. T.e.g.m, t.e.g. e principio di simmetria / omogeneità.....	76
4. La disciplina civilistica dell'usura..	78
5. L'usurarietà sopravvenuta.....	80
5.1. Il dibattito giurisprudenziale ante sezioni unite nr. 24675/2017.....	81
5.2. La sentenza delle sezioni unite nr. 24675 del 19 ottobre 2017	83
6. Usura ed interessi moratori: il dibattito giurisprudenziale ante sezioni unite nr. 19597/2020	85
6.1. La sentenza delle sezioni unite nr. 19597 del 18 settembre 2020	86

1. L'USURA: ASPETTI INTRODUTTIVI

* Dottore in giurisprudenza con lode, in possesso di diploma di specializzazione per le professioni legali (S.S.P.L.) e di attestato di alta formazione nelle materie di civile, penale e amministrativo.

Com'è noto, in virtù dell'autonomia privata di cui godono le parti di un contratto di finanziamento, quest'ultime sono libere di negoziare anche la misura degli interessi relativi a tale contratto, con l'unico limite che questi non risultino eccessivamente alti rispetto ai valori di mercato. La fattispecie dell'usura consiste proprio nel prestito di denaro o altra utilità a tassi di interessi illegali, tali da risultare pregiudizievole onerosi per il debitore. In altri termini, l'usura configura quella che la dottrina definisce una violenza alla libertà negoziale¹. Ciò soprattutto se si tiene a mente che, non di rado, l'obiettivo dell'usuraio è quello di ottenere illecitamente le garanzie date dal debitore in regione del prestito.

La materia di cui si tratta, oltre venticinque anni fa, è stata oggetto di un rilevantisimo intervento legislativo. Ci si riferisce alla legge 7 marzo 1996, n. 108 "Disposizioni in materia di usura", la quale, nel chiaro intento di contrastare ancora più fortemente tale pratica, ha ridisegnato gli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. L'odierno quadro normativo è poi completato dal D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, "Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108", convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2001, n. 24, dalle Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, emanate dalla Banca d'Italia² e dai Decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, attraverso i quali vengono pubblicati trimestralmente i T.E.G.M. rilevati dalla Banca d'Italia.

Sicuramente più vivace è stato il dibattito giurisprudenziale. Infatti, occorre qui anticipare che l'istituto in esame è stato oggetto di ben tre

¹ F. FIORUCCI, *Anatocismo, usura e Taeg/Isr nei mutui bancari*, Altalex Editore, 2019, p. 74.

² Le nuove Istruzioni, aggiornate al quarto trimestre 2016 (29 luglio 2016), sono pubblicate in Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 2016, n. 185 e sul sito www.bancaditalia.it.



pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione³, le quali, unitamente a quanto previsto *ex lege*, divengono fondamentali al fine di fotografare con precisione l'odierno volto della materia.

2. BREVI CENNI ALLA NORMATIVA PENALE

Il reato di usura, previsto all'art. 644 c.p., è costituito da categorie giuridiche extrapenali che, ponendo in relazione il testo della norma con elementi della realtà fattuale, assorbono il fatto tipico⁴. Come già accennato, la L. n. 108/1996 ha ridisegnato la fattispecie penale, ancorandola al dato oggettivo del superamento del tasso-soglia. Il comma 3 dell'art. 644 c.p. sancisce infatti che *“la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”*. Tale limite è individuato con decreto dal MEF il quale, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il T.E.G.M⁵.

Il legislatore del '96 ha così svincolato il reato di usura dallo stato di bisogno del soggetto passivo, elemento necessario nella disciplina previgente. Il citato comma 3, però, prevede anche che *“sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla*

prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”. Oltre all'usura conseguente al superamento del tasso-soglia (c.d. usura presunta), detto reato si configura allora pure nei casi in cui il reo, approfittandosi delle condizioni di difficoltà economiche o finanziarie⁶ del soggetto finanziato, ottenga un vantaggio sproporzionato (c.d. usura in concreto). La sproporzione *ex art.* 644, co. 3 c.p. non può essere desunta *sic et simpliciter* dalla misura elevata del tasso di interesse ma deve essere valutata in concreto dal giudice in base alle prove che l'attore ha l'onere di fornire.

Sempre con riguardo alla sua struttura, poi, la fattispecie usuraria è incentrata sulla rilevanza penale di due condotte, l'una destinata, di norma, ad assorbire l'altra. Il reato di usura è infatti un reato a schema duplice, posto che punisce tanto la promessa quanto la dazione in termini di progressività ma non di reciprocità, nel senso che, una volta compiutasi la dazione, scade la rilevanza giuridica della promessa. In ogni caso, quest'ultima, ai fini del perfezionamento del reato, è elemento sufficiente, non essendo necessario il completo adempimento del contratto usurario⁷.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo del reato, la giurisprudenza di merito e di legittimità è

³ Cass. SS.UU. 19 ottobre 2017, n. 24675; Cass. SS.UU. 20 giugno 2018, n. 16303; Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19597, in www.leggiditalia.it.

⁴ E. QUARTA, L. QUINTIERI, *La rilevanza usuraria degli interessi moratori dopo le Sezioni Unite n.19597/2020*, Revelino Editore, 2021, p. 73. Sulla relazione tra legge penale e diritto privato in relazione alla fattispecie di usura cfr. anche F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, Volume I, *Principi e legge penale*, *Diritto e Scienza*, 2010, p. 435.

⁵ La procedura amministrativa volta a rilevare in modo oggettivo il livello medio dei tassi di interesse praticati dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati è descritta all'art. 2 della L. n. 108/1996.

⁶ Tali condizioni devono essere distinte dallo stato di bisogno poiché meno gravi rispetto a quest'ultimo. Inoltre, le

stesse possono essere solo momentanee, a fronte di una situazione patrimoniale del prenditore complessivamente sana. Le stesse, però, devono essere valutate oggettivamente, sulla base di parametri desunti dal mercato, e non attraverso un opinabile accertamento *ex post* sulla base delle valutazioni personali della vittima. In tema di usura in concreto cfr. Cass. pen. 7 maggio 2014, n. 18778, in www.leggiditalia.it, e Trib. Milano 7 luglio 2016, in www.almaura.it.

⁷ Dando rilevanza penale anche alla sola promessa il legislatore ha inteso punire uno stadio prodromico all'eventuale produzione del danno, alimentando quella dottrina che sostiene che l'usura, differenziandosi dalla truffa contrattuale, sia un reato di pericolo di pura condotta. In tema, M. B. MARGRO, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 3, in www.penalecontemporaneo.it.



pacifica nell'identificare il dolo richiesto dalla norma come generico. Tale coefficiente psicologico, poi, viene di regola escluso⁸ sulla base di una valutazione congiunta di un insieme eterogeneo di elementi quali l'episodicità e la lieve entità del superamento del tasso-soglia, la presenza di normativa secondaria di settore non rivisitata dalla Banca d'Italia, la complessità delle clausole usurarie o la molteplicità dei soggetti che hanno partecipato alla loro redazione.

Da ultimo, posto che, a seguito della dazione, l'usura si configura come reato a condotta frazionata (o a consumazione prolungata), la Suprema Corte⁹ ha chiarito che, conseguentemente alla rateizzazione del *quantum debeatur*, il *tempus commissi delicti* si individua nella corresponsione dei singoli ratei e non nella pattuizione, divenuta ormai giuridicamente irrilevante. Ovviamente, da ciò consegue l'impossibilità di fissare la competenza territoriale del reato sulla base del luogo ove è avvenuta la stipulazione del contratto usurario, qualora alla promessa sia seguita la dazione della rata.

3. T.E.G.M, T.E.G. E PRINCIPIO DI SIMMETRIA / OMOGENEITÀ

Il tasso effettivo globale medio si riferisce agli interessi annuali praticati dalle banche e dagli

⁸ Cass. pen. 5 maggio 2003, n. 20148; Cass. pen. 26 marzo 2010, n. 12028; Cass. pen. 20 aprile 2016, n. 16372, tutte in www.leggiditalia.it. Cfr. anche Trib. Milano 5 maggio 2018, in www.expartecreditoris.it.

⁹ Cass. pen. 4 novembre 2009, n. 42322; Cass. pen. 8 ottobre 2015, n. 40380, in www.leggiditalia.it. Per un approfondimento sul momento consumativo del reato di durata cfr. G. MAINAS, *I reati di durata e il tempus commissi delicti*, in *Rivista Cammino Diritto*, 2017, 7.

¹⁰ Tale metodo di calcolo è stato introdotto dal D.L. n. 70/2011, il quale ha modificato l'art. 2, co. 4, L. n. 108/1996 che, nella sua versione previgente, determinava il T.S.U. aumentando il T.E.G.M. della metà.

¹¹ Ciò è espresso chiaramente dallo stesso comma 4 dell'art. 644 c.p., il quale sancisce che “per la determinazione del

intermediari finanziari per operazioni che, annualmente, vengono accorpate in categorie omogenee dal M.E.F. Il T.E.G.M. comprende le commissioni, le remunerazioni a qualunque titolo e le spese, escluse le imposte e le tasse. I rilievi del tasso in esame vengono effettuati ogni tre mesi dalla Banca d'Italia per conto del MEF e sono pubblicate anche in Gazzetta Ufficiale.

Il tasso-soglia, dal 2011¹⁰, è stabilito nel tasso effettivo globale medio risultante dall'ultima rilevazione, aumentato di un quarto, cui si devono aggiungere altri quattro punti percentuali di margine. In ogni caso, la differenza tra i due valori non può superare gli otto punti percentuali. Il superamento del T.S.U. non deve essere valutato con riferimento al tasso nominale ma occorre prendere come riferimento il T.E.G., ossia il tasso effettivo globale collegato al finanziamento¹¹.

All'interno del T.E.G. devono, dunque, essere ricompresi tutti i costi del finanziamento applicati dalla banca, a prescindere dalla loro denominazione, potendo essere esclusi solo i costi relativi a servizi liberamente scelti dal richiedente il credito¹². Premesso ciò, deve essere che, per pacifica e costante giurisprudenza¹³, concorrono alla rilevazione del T.E.G. pure le spese sostenute dal prestatore per assicurazioni o garanzie volte ad assicurare il parziale o totale rimborso del credito. Ciò

tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito”. Come evidenziato anche da F. FIORUCCI, *Anatocismo, usura e Taeg/Isr nei mutui bancari*, cit., p. 77, tale previsione si prefigge lo scopo di evitare un possibile aggiramento dell'intero istituto attraverso l'imputazione di somme a spese varie anziché a titolo di quota capitale o quota interessi.

¹² Cfr. commento a Trib. Palermo 11.02.2014 di A. LA LUMIA, *Usura: nel costo effettivo globale del finanziamento vanno compresi gli interessi di mora*, in www.dirittobancario.it, 13 Novembre 2014. Così anche Cass. 03 luglio 2014, n. 28928, in www.leggiditalia.it.

¹³ Cass. 26 novembre 2021, n. 37058, in www.leggiditalia.it; Trib. Roma 15.06.2017, Trib. Torino 03.10.2017 in www.ilcaso.it.



anche quando beneficiario sia un ente diverso dallo stesso ente creditore. La Cassazione¹⁴ ha poi chiarito che la prova del collegamento tra l'assicurazione e il contratto di credito, premesso che può essere fornita attraverso qualsiasi mezzo probatorio, risulta presunta se vi è contestualità tra l'erogazione del credito e la stipula della polizza.

In ordine alle regole predisposte al raffronto tra il concreto e specifico T.E.G. applicato con il T.E.G.M. rilevato con riferimento alla stessa tipologia di contratto, le Sezioni Unite, con sentenza n. 16303 del 20 giugno 2018¹⁵, hanno posto fine ad un tormentato contrasto tra giurisprudenza di legittimità penale e quella civile¹⁶. Più nel dettaglio, il problema consisteva nello stabilire se gli elementi utili al calcolo del T.E.G. possano/debbero essere solo quelli rilevati periodicamente dalla Banca d'Italia e poi utilizzati ai fini della determinazione del T.E.G.M., costituente la base per il calcolo del T.S.U.; oppure se nel calcolo del T.E.G. possano legittimamente ricomprendersi anche elementi non considerati ai fini della individuazione del predetto tasso medio¹⁷. Con riguardo alla *vexata quaestio* della rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini del calcolo del T.E.G. per il periodo antecedente al 1 gennaio 2010, le Sezioni Unite del 2018 hanno chiarito che, con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art.

2-bis D.L. n. 185/2008, inserito dalla legge di conversione n. 2/2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta come determinato in base alle disposizioni della L. n. 108/1996, va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (C.M.S.) eventualmente applicata – intesa quale commissione calcolata in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento – rispettivamente con il tasso soglia e con la "C.M.S. soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della C.M.S. media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta L. n. 108, compensandosi, poi, l'importo della eventuale eccedenza della C.M.S. in concreto praticata, rispetto a quello della C.M.S. rientrante nella soglia, con il "margine" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientranti nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati. In altri termini, è necessario svolgere una doppia comparazione, la prima tra il T.E.G. e il tasso soglia e la seconda tra la commissione di massimo scoperto concretamente applicata e quella "soglia"¹⁸. Come confermato dalle Sezioni Unite, dunque, il principio da seguire in materia è la c.d. regola di simmetria/omogeneità di confronto: il dato concreto del T.E.G. e quello astratto del T.E.G.M. devono

¹⁴ Cass. 4 aprile 2017, n. 8806; Cass. 16 aprile 2018, n. 9298, in www.leggiditalia.it. Sulla presunzione *iuris tantum* di collegamento cfr. anche Collegio di coordinamento ABF, decisioni nn. 249/2018 e 250/2018, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

¹⁵ Consultabile in www.leggiditalia.it.

¹⁶ Cass. 3 novembre 2016, n. 22270; Cass. 22 giugno 2016, n. 12965. Contra Cass. pen. 3 luglio 2014, n. 28928; Cass. pen. 14 maggio 2010, n. 28743; Cass. pen. 19 febbraio 2010, n. 12028, tutte in www.leggiditalia.it.

¹⁷ G. D'AMICO, "Principio di simmetria" e legge anti-usura, in *I Contratti*, 2017, 5, p. 501.

¹⁸ Un'ulteriore (ma non meno importante) considerazione che occorre ricordare è quella - comune alla tematica degli interessi moratori - relativa al carattere meramente eventuale della previsione contrattuale della C.M.S., con la conseguenza che, se la misura (media) di questa commissione fosse stata considerata nel calcolo del T.E.G.M., si sarebbe determinato un generalizzato aumento del valore del tasso-soglia usurario. Si sarebbe infatti consentito alle banche che non prevedevano nei loro contratti alcuna C.M.S. di disporre di margini maggiori per la fissazione degli interessi, in danno della generalità dei clienti. In arg. cfr. anche F. A. CHIAVES, *Le commissioni di massimo scoperto alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 16303 del 20 giugno 2018*, in www.dirittobancario.it, 27 giugno 2018.



essere raffrontati adoperando la medesima metodologia di calcolo e prendendo in considerazione i medesimi elementi¹⁹.

Anticipando, già in questa sede, che gli interessi moratori sono da considerarsi ai fini del sindacato in tema di usura, a quest'ultimi si applicano le medesime considerazioni vevoli in tema di C.M.S. in ordine al rispetto del principio di omogeneità. Ciò significa che, contrariamente a quanto sostenuto da un consistente orientamento dottrinale e giurisprudenziale²⁰, le Sezioni Unite, con la recente sentenza n. 19697 del 18 settembre 2020, aderendo alla prassi della Banca d'Italia²¹, hanno affermato che il principio di simmetria debba necessariamente essere soddisfatto mediante il richiamo a elementi oggettivi, quali le rilevazioni della Banca d'Italia sulla maggiorazione media a titolo di interesse moratori nei contratti finanziari, utili a fissare un autonomo tasso-soglia di mora. In particolare, a partire dal Decreto MEF del 21 dicembre 2017, il quale ha recepito la nuova rilevazione delle maggiorazioni medie di mora condotta dalla Banca d'Italia, l'ultrade-cennale²² e generica maggiorazione del 2,1% per i

¹⁹ Contrari al principio di simmetria/omogeneità G. D'AMICO, "Principio di simmetria" e legge anti-usura, cit., p. 501 e R. MARCELLI, *I dubbi ermeneutici della Cassazione nn. 12965/16 e 22270/16 e l'egemonia della Banca d'Italia*, in www.ilcaso.it, 22 marzo 2017.

²⁰ C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Utet, Milano, 2016, p. 529 ss.; F. FIORUCCI, *Anatocismo, usura e Taeg/Isr nei mutui bancari*, cit., p. 159; E. QUARTA, L. QUINTIERI, *La rilevanza usuraria degli interessi moratori dopo le Sezioni Unite n.19597/2020*, cit., pp. 42 ss. e 149 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. *ex multis*, Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in www.leggiditalia.com: "il riscontro dell'usurarietà degli interessi convenzionali moratori va compiuto confrontando puramente e semplicemente il saggio degli interessi pattuito nel contratto col tasso soglia calcolato con riferimento a quel tipo di contratto, senza alcuna maggiorazione od incremento: è infatti impossibile, in assenza di qualsiasi norma di legge in tal senso, pretendere che l'usurarietà degli interessi moratori vada accertata in base non al saggio rilevato ai sensi della L. n. 108 del 1996, art. 2, ma in base ad un fantomatico tasso talora definito nella prassi di "mora-soglia", ottenuto incrementando arbitrariamente di qualche punto percentuale

casi di ritardato pagamento è stata sostituita da altre maggiorazioni, aggiornate e parzialmente differenziate a seconda del tipo contrattuale. Ad oggi, infatti, i tassi di mora medi pattuiti presentano una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, una maggiorazione media pari a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e una maggiorazione media pari a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti²³.

4. LA DISCIPLINA CIVILISTICA DELL'USURA

Da un punto di vista squisitamente civilistico, la norma principe di riferimento è sicuramente l'art. 1815 c.c., il quale, al secondo comma, così come riformulato dall'art. 4 L. n. 108/1996, dispone espressamente che la clausola attraverso la quale si sono convenuti interessi usurari è nulla e non è dovuto alcun interesse²⁴.

La *ratio legis* di una disposizione così drastica è facilmente rinvenibile, da un lato, nella volontà del

il tasso soglia". Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Napoli 13 febbraio 2018; Trib. Siena 21 novembre 2017; Trib. Udine 14 novembre 2017; Trib. Como 11 ottobre 2017; Trib. Massa 23 marzo 2016; Trib. Treviso 12 novembre 2014, tutti in www.ilcaso.it, www.expartecreditoris.it, www.dirittobancario.it, secondo i quali il tasso-soglia di mora non può non coincidere con il T.E.G.M. relativo a quel tipo di operazione, non potendosi accettare la tesi che afferma la legittimità di un tasso-soglia superiore a quello previsto dai D.M. proprio nel momento in cui il debitore si trova in difficoltà ad estinguere il debito.

²¹ "Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura", 2013, consultabile in www.bancaditalia.it.

²² *Rectius* ventennale: tale rilevazione di Bankitalia risale al lontano 2002.

²³ In arg., cfr. P. L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative*, nota a Trib. Como, 13 luglio 2017, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2019, 1, p. 18 ss.

²⁴ Il previgente testo normativo prevedeva invece che, in ipotesi di clausola usuraria, fossero comunque dovuti gli interessi legali.

legislatore di sanzionare aspramente il fenomeno dell'usura anche in ambito civile e, dall'altro, nell'esigenza di preservare il contratto di credito. Deve infatti ricordarsi che, altrimenti, il cliente di un contratto di mutuo dovrebbe restituire integralmente quanto ricevuto dal soggetto finanziatore in un'unica soluzione.

Oggetto della norma in esame, si anticipa, sono gli interessi *ab origine* usurari e gli effetti della sanzione civile incidono sulla natura stessa del contratto, trasformandolo da oneroso a titolo gratuito. Fatto salvo quanto si evidenzierà in sede di commento a C. App. Brescia 6 settembre 2021, n. 1095 con riferimento ai rapporti di conto corrente ancora in essere, la nullità della clausola da diritto ad esperire, entro il termine prescrizione di dieci anni, l'azione di ripetizione *ex art.* 2033 c.c.²⁵.

Dibattuto è poi se, oltre agli interessi usurari, debbano essere restituiti anche tutti gli altri oneri collegati al contratto di credito, ossia le commissioni, remunerazioni e le altre spese richiamate nel già analizzato art. 644, co. 4 c.p.

L'orientamento più rigoroso²⁶, secondo il quale la declaratoria di nullità non deve essere limitata alla sola clausola che prevede interessi usurari, si fonda sulle seguenti ragioni. Viene innanzitutto rilevato che l'art. 1815, co. 2 c.c. è norma di protezione del contraente più debole e che, limitando la ripetizione ai soli interessi usurari, si rischierebbe di

eludere la volontà del legislatore. Inoltre, viene evidenziato il collegamento con gli artt. 121, co. 1, lett. e) e 125-*sexies*, co. 1 T.U.B., ove, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito. In quest'ottica, particolarmente interessante è la decisione n. 12830 del 8 giugno 2018 del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario. Quest'ultimo, preso atto dell'esistente contrasto interpretativo, mutuando alcune considerazioni fatte dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 24675 del 19 ottobre 2017²⁷, ha affermato che “*il riferimento esplicito all'art. 1815, secondo comma cod. civ. contenuto nell'art. 1 del D.L. n. 394/2000 e l'inciso “comunque convenuti, a qualsiasi titolo” manifestano in modo palese la volontà del legislatore di stabilire uno stretto collegamento tra la norma civile e quella penale e, quindi, di interpretare, nella configurabilità dell'usura, il concetto di interessi in maniera onnicomprensiva, includendovi – anche ai fini civilistici – tutti i costi elencati nel 4° comma dell'art. 644 cod. pen.*”. Per tali e tanti motivi, restano colpiti da nullità tutti gli oneri e le spese incluse nel calcolo del T.E.G., compresi i premi assicurativi ed escluse soltanto imposte e tasse²⁸.

L'orientamento meno rigoroso, invece, dando maggior rilievo al tenore letterale dell'art. 1815, co. 2 c.c., circoscrive la nullità alla clausola che prevede interessi usurari. Viene rilevato anche che la norma in esame ha un carattere sanzionatorio speciale che

²⁵ Cass. 30 agosto 2011, n. 17798, in *Massimario Giustizia Civile*, 2011, 9, p. 1254: il termine prescrizione, nel mutuo, decorre dalla scadenza dell'ultima rata, configurando il pagamento dei ratei del mutuo un'unica obbligazione.

²⁶ Collegio di coordinamento dell'A.B.F. n. 12830/2018, in www.arbitrobancariofinanziario.it; Trib. Udine 26 settembre 2014 e Trib. Massa 11 ottobre 2017, in www.ilcaso.it.

²⁷ “Una sanzione (che implica il divieto) dell'usura è contenuta, per l'esattezza, anche nell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. – pure oggetto dell'interpretazione autentica di cui si discute – il quale però presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla legge n. 108. Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come

usurario senza fare applicazione dell'art. 644 cod. pen.”, consultabile in www.leggiditalia.it.

²⁸ Il Collegio di coordinamento dell'A.B.F. citato richiama anche la sentenza 5 aprile 2017, n. 8806, della Prima Sezione della Corte Suprema, la quale aveva chiarito che “*ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644, comma 4, c.p., essendo, all'uopo, sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito. La sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo*”.

preclude una possibile interpretazione analogica. Da ultimo, confrontandosi anche con la previgente versione della norma, viene osservato che l'estensione della nullità anche agli altri oneri rischierebbe di legittimare un arricchimento ingiustificato del soggetto finanziato. In altri termini, Sul piano sistematico, si sottolinea che la natura affittiva che connota la nullità della clausola sugli interessi usurari induce a ritenere che l'art. 1815, co. 2 c.c. abbia natura di una norma, se non eccezionale, di stretta interpretazione, in quanto espressione di una volontà punitiva normalmente estranea alla funzione rimediabile della nullità.

La Cassazione, per orientamento ormai costante²⁹, ha affermato che l'art. 1815, co. 2 c.c., nel disporre che “*se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*”, intende per clausola la singola disposizione pattizia che prevede la corresponsione di interessi usurari, facendo così salve tutte quelle ulteriori pattuizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi legittimi.

5. L'USURARIETÀ SOPRAVVENUTA

Com'è noto, la L. n. 108/1996 non ha dettato alcun regime transitorio diretto a disciplinare le conseguenze della (all'epoca) nuova normativa antiusura sui contratti stipulati antecedentemente ad essa ma ancora in essere e destinati a produrre effetti anche successivamente. In tale incertezza giuridica, diverse pronunce della Cassazione³⁰ hanno

affermato la possibilità di estendere la normativa antiusura anche ai contratti pendenti, qualificando tali casi come un'ipotesi di usurarietà sopravvenuta e, conseguentemente, con la pregiudizievole applicazione del secondo comma del nuovo art. 1815 c.c.

Inoltre, numerose e differenziate tra loro erano le soluzioni che le corti di merito davano al medesimo problema³¹.

Per rimediare a tale incertezza e sopire l'aspro dibattito in materia, come già visto precedentemente, il legislatore è intervenuto con il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, “Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108”, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2001, n. 24. In sede di interpretazione autentica, quindi, è stato definitivamente chiarito che soltanto nei casi di pattuizioni di interessi *ab origine* usurari trovano applicazione gli artt. 1815, co. 2 c.c. e 644 c.p., così come ridisegnati dalla L. n. 108/1996. L'usura costituisce allora un vizio genetico, non configurabile *ex post* e verificabile esclusivamente al momento dell'insorgenza del vincolo contrattuale, con la conseguenza che, contrariamente alla citata Cassazione del 2000³², devono essere ritenuti non sanzionabili le riscossioni di interessi superiori al tasso-soglia effettuate in forza di contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge antiusura³³.

Contro il c.d. decreto “salva banche” sono state mosse forti critiche, sfociate in diverse ordinanze di rimessione³⁴ alla Corte Costituzionale, finanche

²⁹ Cass. 15 settembre 2017, n. 21470. Conf. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19597; Cass. 9 novembre 2020, n. 24992, tutte in www.leggiditalia.com.

³⁰ Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, con nota di F. DI MARZIO, in *Giustizia Civile*, 2000, 1, p. 3130; Cass. 22 aprile 2000, n. 5286 e Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126, in *Il Corriere Giuridico*, 2000, p. 878.

³¹ App. Milano 6 marzo 2002, in *I Contratti*, 2002, 7, p. 714: *validità della clausola usuraria ma con riduzione degli interessi sino al rispetto del T.S.U.*; Trib. Milano 13 novembre 1997, in *Il Corriere Giuridico*, 1998, p. 435: *nullità della clausola usuraria e conseguente*

applicazione del tasso legale. Deve poi essere segnalata un'altra soluzione data dalla stessa Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Il Corriere Giuridico*, 2000, p. 878: *nullità della clausola usuraria ma possibile sostituzione della stessa ex art. 1339 c.c. con la soglia massima consentita*.

³² V. nota 30.

³³ F. FIORUCCI, *Anatocismo, usura e Taeg/Isr nei mutui bancari*, *cit.*, p. 106.

³⁴ Trib. Benevento 4 maggio 2001, iscritta al n. 587 del registro delle ordinanze 2001; Trib. Taranto 27 giugno 2001, iscritta al n. 703 del registro delle ordinanze 2001; Trib.

nelle more della conversione dello stesso³⁵. L'art. 1, co. 1 del decreto era, infatti, considerato dai giudici a *quo* lesivo del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. perché, prevedendo quale *tempus commissi delicti* il momento della conclusione del contratto e non la riscossione del capitale e degli interessi, provocherebbe un'irragionevole disparità di trattamento nei confronti di coloro che hanno contratto mutui prima dell'entrata in vigore della L. n. 108/1996. Sarebbe, inoltre, riservato un ingiustificato e irragionevole trattamento di favore alle banche perché verrebbero sanati comportamenti altrimenti usurari ed in contrasto con la *ratio* della stessa legge³⁶. La Consulta ha giudicato costituzionalmente legittimo il decreto "salva banche" e la relativa legge di conversione perché la norma "*nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurari, impone – tra le tante astrattamente possibili – un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza*". È stato, invece, ritenuto parzialmente illegittimo l'art. 1, comma 2 nella parte in cui prevede che il tasso di sostituzione si applichi alle rate che scadono successivamente al 2 gennaio 2001 e non al 31 dicembre 2000. Il differimento dell'operatività del tasso di sostituzione si

Trento 18 marzo 2001, iscritta al n. 369 del registro delle ordinanze 2001.

³⁵ Trib. Benevento 30 dicembre 2000, iscritta al n. 153 del registro delle ordinanze del 2001.

³⁶ A. OLIVERIO, *La sentenza della Corte Costituzionale 29/2002 sui mutui usurari*, in *Diritto Bancario Tidona*, 16 settembre 2002

³⁷ Per una puntuale disamina degli indirizzi interpretativi che hanno animato il dibattito precedente a Cass. SS.UU. n. 24675/2017, cfr. G. SALVI, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 6, p. 795 e ss. All'interno del

rivelava, infatti, privo di ragionevolezza, così da porsi in contrasto con l'art. 3 Cost.

5.1. IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ANTE SEZIONI UNITE NR. 24675/2017

Prima della nota pronuncia delle Sezioni Unite in materia³⁷, nonostante l'intervenuta pronuncia della Corte Costituzionale, l'orientamento prevalente³⁸ era nel senso di qualificare le situazioni di superamento del T.S.U. durante il corso del contratto come ipotesi di usura sopravvenuta, sia esse dovute dalla stipula del contratto prima della legge antiusura, sia nel caso di variazioni al ribasso del tasso-soglia.

Rilevanti due pronunce³⁹ della Corte Suprema che, nella stessa composizione, ha operato una distinzione tra rapporti esauriti prima della legge antiusura e rapporti in corso. La Corte ha affermato, con riferimento a clausole contenute in contratti di conto corrente, che interessi superiori al tasso soglia trimestralmente rilevato, tanto corrispettivi quanto moratori, siano da considerarsi "*usurari e dunque automaticamente sostituiti anche ai sensi degli artt. 1419, secondo comma, e 1339 cod. civ. [...] in relazione ai diversi periodi dai tassi soglia*". Il riportato *decisum* non è stato peraltro supportato da alcun apparato motivazionale. Il Collegio di Napoli dell'Arbitro Bancario Finanziario, con Decisione del 3

citato contributo vengono esposti tutti i principali meccanismi rimediali proposti dalla dottrina favorevole all'usura sopravvenuta.

³⁸ Trib. Roma 16 settembre 2014, in www.ilcaso.it; ABF Roma nn. 4036/2013, 1137/2013, 62072012 e ABF Napoli n. 17150/2013, in www.arbitrobancariofinanziario.it; Trib. Bologna 19 giugno 2001, in *Il Corriere Giuridico*, 2001, p. 1347.

³⁹ Cass. 11 gennaio 2013, nn. 602 e 603, in www.leggiditalia.it. Per un approfondito commento alle citate sentenze cfr. G. CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, 1, p. 109 ss.



aprile 2013, n. 1796⁴⁰, chiamato nel successivo aprile a pronunciarsi sulla sorte di un contratto di finanziamento a utilizzo flessibile (c.d. *revolving*), il cui tasso effettivo globale medio aveva nel corso del rapporto superato in alcuni trimestri il tasso soglia, muovendo dal riportato nuovo indirizzo della Cassazione, ha precisato che la legge d'interpretazione autentica preclude rilievo all'usura sopravvenuta ai fini della declaratoria di nullità della clausola *ex* comma 2, art. 1815 c.c. ma non invece “*in quello di garantire l'efficacia nel corso del rapporto degli interessi divenuti nel tempo usurari*”. Tale soluzione, oltre a censurare la disparità di trattamento dei soggetti finanziati ravvisabile *ictu oculi*, evidenzia chiaramente come la condotta dei finanziatori che applicano tassi di interesse superiori al T.S.U. del relativo trimestre non può che configurarsi contraria a buona fede e non meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c.⁴¹. Inoltre, altre pronunce⁴² della Cassazione, sempre nell'ottica della configurabilità dell'usura sopravvenuta, hanno rilevato come il contratto di credito sia un contratto di durata e che, ai fini della sua validità, non può generare effetti vietati da una norma imperativa, con la conseguenza che, seppur non retroattiva, la disciplina antiusura dovrebbe comportare l'inefficacia *ex nunc* delle clausole usurarie. Non meno rilevanti, poi, quelle pronunce⁴³ che danno rilevanza, ai fini del giudizio di usurarietà, al momento della riscossione dei ratei usurari muovendo

da alcuni argomenti forniti dalla disciplina del delitto di usura. Come già osservato, per la configurabilità del reato di usura, appartenente alla categoria dei delitti a condotta frazionata (o a consumazione prolungata), sono rilevanti anche le successive condotte di riscossione dei ratei usurari. Inoltre, l'art. 644-*ter* c.p., al fine di agevolare la repressione del delitto di usura prevede, *expressis verbis*, che “*la prescrizione del reato di usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale*”, in deroga all'art. 158 c.p.

Come già accennato, un altro orientamento⁴⁴, invece, escludeva a vario titolo la configurabilità dell'usura sopravvenuta. Vi era infatti chi sosteneva che gli istituti di credito, in caso di sua configurabilità, sarebbero stati esposti ad un'ulteriore alea contrattuale, col rischio di non poter ottenere, in caso di riduzione del tasso-soglia, quanto legittimamente pattuito in sede contrattuale⁴⁵. Con riferimento ad un rapporto di conto corrente già esaurito prima dell'entrata in vigore della L. n. 108/1996, la Cassazione⁴⁶ ha affermato che “*il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 2001, n. 24, di interpretazione autentica della L. 7 marzo 1996, n. 108, secondo cui la natura usuraria dei tassi di interesse va determinata in riferimento al momento della convenzione e non a quello della dazione, non trova applicazione ai rapporti già esauriti prima della successiva entrata in vigore della suddetta L. n. 108 del 1996, senza che*

⁴⁰ Consultabile in www.arbitrobancariofinanziario.it. Sulla scorta di una diversa motivazione incentrata sulla violazione degli obblighi di buona fede, v. Collegio di Roma, 29 febbraio 2012, n. 620, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁴¹ A. A. DOLMETTA, *La Cass. n. 602/2013 e l'usura sopravvenuta*, in www.ilcaso.it, 13 gennaio 2013; U. MALVAGNA, *A commento della Comunicazione Banca d'Italia 3 luglio 2013: sull'usura sopravvenuta*, in www.ilcaso.it, 8 luglio 2013.

⁴² Cass. 17 agosto 2016, n. 17150; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899; Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126, tutte in www.leggiditalia.com.

⁴³ Cass. pen. 2 dicembre 2014, n. 50397; Cass. pen. 26 agosto 2010, n. 32362, in www.leggiditalia.com.

⁴⁴ Cass. 19 febbraio 2014, n. 3968; Cass. 18 ottobre 2012, n. 17903; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25182; Cass. 3 aprile 2009, n. 8138; Cass. 17 luglio 2008, n. 19698; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, tutte in www.leggiditalia.com. Trib. Savona 10 marzo 2016, in www.ilcaso.it.

⁴⁵ F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Rivista del notariato*, 2000, 6, p. 1450. In argomento cfr. G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2014, 1, p. 438

⁴⁶ Cass. 13 maggio 2010, n. 11632, in www.leggiditalia.com.



rilevi, in senso contrario, la pendenza successiva di una controversia sulle ragioni di credito di una delle parti”. Argomento forte di questa tesi era dato dalla lettera dell’art. 1, co. 1 L. n. 24/2001, secondo il quale, ai fini della valutazione dell’usurarietà, rileva il momento in cui detti interessi sono convenuti o promessi, indipendentemente dal titolo o dal momento della loro effettiva dazione. Da ultimo, lo stesso art. 1815, co. 2 c.c. si riferisce agli interessi “convenuti”.

5.2. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE NR. 24675 DEL 19 OTTOBRE 2017

Le Sezioni Unite, aderendo all’ultimo orientamento esposto, chiariscono definitivamente che il giudice è vincolato in maniera imprescindibile all’interpretazione autentica degli artt. 644 c.p. e 1815, co. 2 c.c. data dall’art. 1, co. 1 D. L. n. 394/2000, il quale, come visto, ha pure superato il vaglio di legittimità della Consulta.

Le Sezioni Unite ritengono priva di ogni fondamento la tesi della illiceità degli interessi divenuti *in executivis* usurari, fondata su una presunta violazione di una legge imperativa. Viene infatti sottolineato come l’art. 644, comma 3 c.p. sia l’unica norma che “contiene il divieto di farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o altra utilità”, posto che finanche la sanzione civile *ex art.* 1815, co. 2 c.c. “presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata da meccanismo previsto dalla l. 108”. In altri termini, la Corte evidenzia l’impossibilità di effettuare una valutazione di usurarietà di un tasso senza fare applicazione dell’art. 644 c.p.,

così come interpretato dal legislatore con la L. n. 24/2001.

Inoltre, nonostante non fosse stata richiamata dalla ricorrente, le Sezioni Unite, per la rilevanza che detta tesi aveva nel presente dibattito assunto, ha altresì ritenuto opportuno trattare, per ragioni di completezza, la prospettabile ipotesi di illiceità della pretesa argomentata “valorizzando, piuttosto che il meccanismo della sostituzione automatica di clausole ai sensi dell’art. 1339 c.c., e art. 1419 c.c., comma 2, il principio di buona fede oggettiva nell’esecuzione dei contratti, di cui all’art. 1375 c.c., per il quale sarebbe scorretto pretendere il pagamento di interessi a un tasso divenuto superiore alla soglia dell’usura come determinata al momento del pagamento stesso”. Secondo tale orientamento⁴⁷, dunque, il principio di solidarietà contrattuale, di cui al combinato disposto degli artt. 1375 c.c. e 2 Cost., conduce a ritenere che la condotta del creditore che riscuote interessi divenuti usurari non può ragionevolmente essere trattata alla stregua di un *post factum* non punibile. Ciò che questo filone mira a censurare è proprio il comportamento contrario a buona fede del finanziatore per l’esecuzione di una prestazione oggettivamente sproporzionata. Se così è, il debitore potrebbe allora paralizzare l’azione di adempimento avvalendosi dell’*exceptio doli generalis*, attraverso cui far vale un’inefficacia *ex bona fide* della pretesa illecita.

La Cassazione, contrariamente a quanto sostenuto dai fautori della poc’anzi esposta tesi, ha affermato che non è riscontrabile la violazione del canone di buona fede nell’esercizio, in sé considerato, dei diritti nascenti da un contratto legittimo, potendosi al massimo censurare i particolari modalità di esercizio in concreto di questi, che potrebbero qualificarsi scorrette in ragione di particolari

⁴⁷ Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vivente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1090; O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 98 e ss.; C.

ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, 2008, p. 135 e ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, p. 452.



circostanze⁴⁸. Con quest'ultimo passaggio motivazionale la Suprema Corte se da un lato esclude la possibilità di considerare scorretta la pretesa del creditore in sé, dall'altro non delegittima completamente la possibilità, per il debitore, di ricorrere ai meccanismi rimediali desumibili dal canone generale della buona fede nonché dal dovere di solidarietà economica e sociale *ex art. 2 Cost.*, in presenza però di particolari modalità o circostanze del caso.

Alla luce di quanto esposto, le Sezioni Unite hanno, da ultimo, enunciato il seguente principio di diritto: *"allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto"*.

Tale arresto, seppur successivamente seguito e confermato dagli stessi giudici di legittimità⁴⁹ e dal Collegio di coordinamento dell'A.B.F.⁵⁰, non è stato esente da aspre critiche, specie in sede

dottrinale. Autorevoli autori⁵¹ hanno così evidenziato come la normativa sull'usura non è una regolazione che si astraie dal sistema e scevra da una giustificazione assiologica, dovendo comunque essere interpretata alla luce dei valori costituzionali⁵². In altre parole, seguendo tale orientamento, se si volesse affermare che la pretesa di interessi divenuti superiori al T.S.U. *pro tempore* vigente non è illecito, ci si dovrebbe far carico del vaglio di conformità ai principi dell'ordinamento di tale risultato interpretativo, non potendosi escludere un perdurante controllo di meritevolezza e conformità agli obiettivi dell'ordinamento dell'atto privato oltre la fase genetica del rapporto⁵³.

Secondo altro filone dottrinale⁵⁴, favorevole alla pronuncia delle Sezioni Unite, tale soluzione, oltre ad essere rispettosa dei valori costituzionali, sarebbe pienamente coerente con la pronuncia della Consulta del 2002, lasciando impregiudicata la possibilità di individuare rimedi praticabili diversi dalla nullità della clausola in particolari situazioni. Infatti, è stato osservato che la scelta di ammettere il ricorso alla buona fede *in executivis* nelle sole ipotesi in cui rilevino particolari modalità o circostanze della dazione ha il pregio di riportare la stessa nei binari che le sono propri. Ciò poiché l'art. 1375 c.c. è regola di interpretazione e di esecuzione del contratto e non legittima alcun facile e incerto

⁴⁸ Contra Trib. Roma 2 settembre 2019, in www.ilcaso.it: *"l'interpretazione non è condivisibile atteso che non è vero che la titolarità di un diritto, soprattutto se di fonte contrattuale, non possa trovare una limitazione nella fase della sua esecuzione, laddove circostanze sopravvenute abbiano prodotto la violazione di norme di portata generale, sino a provocare una sorta di abuso "abuso del diritto"*. In arg. cfr. G. MORINI, *Il superamento del tasso soglia in executivis: un fenomeno che deve fare i conti con i limiti dell'autonomia contrattuale e l'abuso del diritto. Una possibile lettura della Cass. Sezioni Unite n. 24675/2017*, in www.ilcaso.it, 10 febbraio 2022.

⁴⁹ Cass. 19 aprile 2018, n. 9762; Cass. 30 gennaio 2018, n. 2311, in www.leggiditalia.it.

⁵⁰ Collegio di coordinamento dell'A.B.F. n. 7440/2018, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁵¹ In arg. cfr. G. SALVI, *L'irrelevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle sezioni unite*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 4, p. 517 e ss.

⁵² G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, 2002, p. 25; L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *I Contratti*, 2017, 6, p. 647; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, 12, p. 1500.

⁵³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 335 e ss.

⁵⁴ G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, 12, p. 1484 e ss.



intervento di ortopedia giudiziaria ispirato da finalità di giustizia sostanziale. Da ultimo, secondo tale orientamento, sono da respingersi le critiche mosse verso la presunta eccessiva genericità della sentenza, posto che la stessa non tipizza le particolari circostanze legittimanti il ricorso all'art. 1375 c.c. Le circostanze richiamate dalle Sezioni Unite sono facilmente identificabili in quelle modalità invasive, moleste e aggressive con cui gli enti di credito riscuotono i crediti, come individuate e sanzionate dall'AGCOM.

L'applicazione del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, però, è stata esclusa nei contratti di conto corrente che abbiano subito periodiche, seppur legittime, modifiche *ex art.* 118 T.U.B. in relazione ai tassi, configurandosi così una situazione di usura originaria⁵⁵.

6. USURA ED INTERESSI MORATORI: IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ANTE SEZIONI UNITE NR. 19597/2020

Prima del citato intervento delle Sezioni Unite, con riferimento ai rapporti tra la disciplina antiusura e gli interessi moratori, era nato un aspro contrasto dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalle perduranti incertezze dovute dall'esclusione degli interessi di mora dalla base di calcolo del T.E.G.M.

Secondo un primo e maggioritario orientamento⁵⁶, la normativa antiusura deve abbracciare

sia gli interessi corrispettivi che quelli di mora, autonomamente considerati. Molteplici sono gli argomenti a sostegno della predetta inclusione, a partire dalla stessa lettera dell'art. 1, co. 1 D.L. n. 394/2000 che, seppur introdotto nel tentativo di dirimere i contrasti circa la configurabilità dell'usura sopravvenuta, è stato anche qui richiamato per via dell'inciso secondo il quale “*si intendono usurari gli interessi [...] promessi o convenuti, a qualunque titolo*”. Tale interpretazione ermeneutica⁵⁷ è stata poi ulteriormente rafforzata dal richiamo alla relazione di accompagnamento alla novella del 2000, nella quale erano state comprese espressamente tutte le tipologie di interesse “*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*”. *Ad abundantiam*, si è osservato come la già citata Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 29 del 25 febbraio 2002, ha evidenziato come il riferimento agli interessi convenuti a qualunque titolo renderebbe plausibile l'assunto secondo il quale il tasso-soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori⁵⁸. Altro argomento è poi quello che, concentrandosi sul profilo funzionale, sottolinea come entrambi gli interessi costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente. Ancora, valorizzando la *ratio* della disciplina antiusura, si osserva che il criterio oggettivo previsto dalla Legge n. 108/1996 ha la duplice finalità di tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività

⁵⁵ App. Brescia 6 settembre 2021, n. 1095; Trib. Padova 23 gennaio 2018, in www.ilcaso.it.

⁵⁶ *Ex multis*, di legittimità: Cass. 4 ottobre 2017, n. 23192; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 11 gennaio 2013, nn. 602 e 603; Cass. 25 gennaio 2011, n. 1748, tutte in www.leggiditalia.it. *Ex multis*, di merito: Trib. Treviso 9 aprile 2018; Trib. Bari 2 febbraio 2018; Trib. Torino 27 aprile 2016; Trib. Benevento 11 maggio 2016; Trib. Pescara 30 aprile 2015, tutte in www.ilcaso.it, www.expartecreditoris.it, www.dirittobancario.it. In arg. cfr. A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, in *I Contratti*, 2020, 6, p. 648.

⁵⁷ C. CICERO, M. MAXIA, *La questione dei rapporti tra interessi di mora e usura, in attesa delle Sezioni Unite, nota a Cassazione civile, 22 ottobre 2019, n. 26946, sez. I, in Rivista del Notariato*, 2020, 1, p. 104 e ss.

⁵⁸ E. QUARTA, L. QUINTIERI, *La rilevanza usuraria degli interessi moratori dopo le Sezioni Unite n.19597/2020, cit.*, pp. 35 e 36; O. T. SCOZZAFAVA, *Interpretazione autentica della normativa in materia di usura e legittimità costituzionale - Il commento*, in *I Contratti*, 2002, 6, p. 545 e ss.

economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori. Con la paradossale conseguenza che, in caso contrario, il creditore potrebbe addirittura giovare dell'inadempimento e, di conseguenza, adottare pratiche fraudolente, quale il fissare termini di adempimento brevissimi per indurre facilmente la mora e lucrare gli interessi. Da ultimo, la circostanza che i decreti del M.E.F. non includano gli interessi moratori nella definizione del T.E.G.M. non rileva, essendo, anzi, conseguenziale alle stesse previsioni della L. n. 108/1996. Quest'ultima, infatti, costruirebbe il giudizio di usurarietà su di un unico tasso-soglia per ciascun tipo di finanziamento, distinguendo solo i diversi tipi contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito, posta la previsione di uno spread tra T.E.G.M. e tasso-soglia diretto proprio a consentire una modulazione dell'offerta di credito anche in misura ulteriore rispetto ai parametri di mercato⁵⁹.

L'orientamento minoritario⁶⁰ che esclude *tout court* gli interessi di mora dalla valutazione dell'usurarietà, si giova invece di una piana interpretazione degli artt. 1815, co. 2 c.c. e 644, co. 1 c.p., i quali, riferendosi ai soli interessi “*in corrispettivo di una prestazione di denaro*”, sembrerebbero richiamare la necessaria presenza del sinallagma. Collegandosi a quanto appena argomentato, con riferimento alla funzione degli interessi, è stato affermato che mentre quelli corrispettivi hanno funzione

esclusivamente remunerativa, quelli moratori, invece, hanno funzione risarcitoria *ex art.* 1224 c.c., essendo volti a ristorare il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria⁶¹. Ancora, l'esclusione è stata motivata sulla base dell'inquadrabilità dell'interesse di mora nell'art. 1382 c.c. che, se eccessivo, poteva essere ridotto d'ufficio dal giudice *ex art.* 1384 c.c., con conseguente inapplicabilità dell'art. 1815, co. 2 c.c. L'argomento più forte di questo filone interpretativo⁶², però, era rappresentato dal c.d. principio di simmetria, posto il mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso-soglia. In altri termini, posto che gli interessi moratori sono esclusi dalla base di calcolo del T.E.G.M., sorgerà un'insuperabile problematica circa il raffronto di questo dato con il T.E.G. del singolo rapporto proprio in virtù di quel principio di simmetria/omogeneità espresso dalle Sezioni Unite nel 2018 con riferimento alla commissione di massimo scoperto, onde nel T.E.G. del singolo rapporto gli interessi moratori non dovevano essere conteggiati.

6.1. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE NR. 19597 DEL 18 SETTEMBRE 2020

Le Sezioni Unite, dopo aver ripercorso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale come sintetizzato nel paragrafo precedente, alla luce della *ratio*

⁵⁹ A. STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, cit., p. 650.

⁶⁰ In chiave storica, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Cedam, 2011, p. 317, che nega l'omogeneità di disciplina e trattamento tra interessi moratori e corrispettivi. Anche l'A.B.F. (Collegio di coordinamento, n. 1875/2014, in www.arbitrobancariofinanziario.it) propendeva per questa tesi, come rilevato dalla stessa Cass. SS.UU. 18 settembre 2020 n. 19597, in www.leggiditalia.it: “*i fautori della tesi restrittiva [...] annoverano ampia giurisprudenza di merito, numerosa dottrina e l'Arbitro bancario e finanziario*”.

⁶¹ V. TAVORMINA, *Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato*, in *I Contratti*, 2014,1, p. 92.

⁶² Trib. Milano 2 marzo 2020; Trib. Milano 17 gennaio 2020; Trib. Milano 13 gennaio 2020; Trib. Bologna 6 marzo 2018; Trib. Roma 19 febbraio 2018; Trib. Milano 27 settembre 2017; Trib. Napoli 10 luglio 2017; Trib. Brescia 8 giugno 2017; Trib. Monza 19 giugno 2017, tutte in www.dirittobancario.it, www.dejure.it, www.expartecreditoris.it. Per un'analisi della giurisprudenza in tema di interessi moratori ed usura cfr. A. DI BIASE, *Profili civilistici dell'usura bancaria nell'elaborazione della giurisprudenza italiana*, in *I Contratti*, 2018, 3, p. 331 e ss.



propria della disciplina antiusura⁶³, hanno ritenuto che “*il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all’interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela*”.

Innanzitutto, il Collegio rileva l’impossibilità di affidare la delicata soluzione a tale problema al solo dato letterale, data la mancanza di univocità, *in primis*, degli indici storici, perché la disciplina è mutevole e il legislatore non è tenuto ad adottare soluzioni in continuità con le scelte pregresse. Ancora più importante è la considerata non univocità e irrilevanza della “*mancata rilevazione del tasso di mora nel T.E.G.M. (tasso effettivo globale medio) da parte dei decreti ministeriali, che costituisce un evento meramente accidentale privo di valenza ermeneutica*”.

La Suprema Corte ha poi affermato che l’applicazione del meccanismo di tutela *ex art. 1384 c.c.* rischierebbe di produrre una casistica difforme sul piano nazionale “*oltre che, verosimilmente, condurre al mero abbattimento dell’interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi*”.

Entrando più nello specifico, le Sezioni Unite argomentano la riconduzione degli interessi di mora all’interno della normativa antiusura attraverso la soluzione delle seguenti questioni.

Esse affermano che, nonostante la clausola che prevede gli interessi moratori possa venir inquadrata all’interno del *genus* delle clausole penali *ex art. 1382 c.c.*, incorporando l’*incertus an* e l’*incertus quando* del pagamento, la stessa deve comunque rispettare i limiti antiusura.

Con riferimento poi alla determinazione del tasso medio di mora, come già osservato in precedenza, aderendo alla prassi della Banca d’Italia, il Collegio ha affermato che il principio di simmetria deve necessariamente essere soddisfatto mediante il

richiamo a elementi oggettivi, quali le rilevazioni della Banca d’Italia sulla maggiorazione media a titolo di interesse moratori nei contratti finanziari, utili a fissare un autonomo tasso-soglia di mora. Se i decreti non recano neppure l’indicazione della maggiorazione media della mora, resta il termine di confronto del T.E.G.M. così come rilevato.

In caso di accertamento di avvenuto superamento della soglia antiusura da parte del tasso di mora, attraverso un’interpretazione ermeneutica che non è stata esente da forti critiche⁶⁴, la Corte ha sì ribadito l’applicazione dell’art. 1815, co. 2 c.c., ma in una lettura che preservi il prezzo del denaro. Essa sostiene che la norma citata debba trovare applicazione limitatamente alla clausola che prevede interessi superiori al tasso-soglia. Invero, ove l’interesse corrispettivo sia lecito e solo il calcolo degli interessi moratori comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti ai sensi dell’art. 1224, co. 1, c.c. La motivazione sottesa a tale soluzione muove dalla considerazione secondo cui “*la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all’interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente), con l’obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio generale all’intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all’art. 1375 c.c.*”.

Tale conclusione è poi confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col

⁶³ *Rectius*, “*pluralità di rationes legis, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario*”.

⁶⁴ E. QUARTA, L. QUINTIERI, *La rilevanza usuraria degli interessi moratori dopo le Sezioni Unite n.19597/2020*, cit., p. 160.



diritto eurounitario, come meglio specificato dalle operazioni di interpretazione della CGUE⁶⁵.

Quest'ultima, infatti, con riguardo alle direttive in materia di consumatori, ha ritenuto che siano dovuti gli interessi corrispettivi anche nei casi in cui venga meno la clausola attraverso il quale siano stati pattuiti i moratori⁶⁶. Quanto agli effetti concreti della risoluzione, tenuto conto che il contratto di mutuo, nel cui *genus* va ricondotto ogni finanziamento, è un contratto di durata ai sensi e agli effetti dell'art. 1458 c.c., caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute nella loro integrità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti. Ovviamente, per la produzione di tale effetto, il tasso pattuito in relazione agli interessi corrispettivi deve essere lecito.

Ulteriore questione è quella della rilevanza giuridica sia del tasso astratto, sia di quello in concreto applicato, a diversi effetti. In merito la Corte rileva che *“sovente il contratto prevede un tasso degli interessi moratori, sebbene, poi, al momento dell'inadempimento, la banca applichi, a tale titolo, un tasso di misura inferiore. Onde se, da un lato, non può essere disconosciuto l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. per la presenza attuale in contratto di una clausola degli interessi usurari, dall'altro lato sarà limitato l'effetto del giudicato di accertamento, non idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto, ma solo ad escludere che l'interesse pattuito sia dovuto”*. In altri termini, posto

che ciò che rileva in concreto in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato, se il finanziato agisca in accertamento in corso di regolare rapporto, ottenendo sentenza di nullità della clausola illecita, ciò non potrà permettergli di rendersi inadempiente, né di pretendere che nessun interesse gli sia applicato.

Da ultimo, in ordine agli oneri probatori che devono essere assolti dalle parti processuali nelle controversie sulla debenza degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., la Corte ha enunciato quanto segue: *“da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.E.G.M. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento. Dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro”*⁶⁷.

⁶⁵ In arg. Corte di giustizia 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporacion Bancaria SA e Bankia SA, punto 53; Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, punto 29; Corte di giustizia 17 luglio 2014, C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, punto 23; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslernè Rebai, punto 82; Corte di giustizia 30 maggio 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, punto 59, tutte in www.curia.europa.eu.

⁶⁶ V. Direttiva 93/13/CEE. Corte di giustizia 7 agosto 2018, cause riunite C 96/16, Banco Santander SA e C-94/17, Rafael Ramon Escobedo Cortes, in www.curia.europa.eu.

⁶⁷ Per un'attenta disamina dell'applicazione dei principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite del 2020 ad opera della giurisprudenza postuma a detta pronuncia, E. QUARTA, L. QUINTIERI, *La rilevanza usuraria degli interessi moratori dopo le Sezioni Unite n.19597/2020*, cit., p. 170 e ss.

RESPONSABILITÀ PENALE E REDDITO DI CITTADINANZA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E DELLA SISTEMATICA DEI REATI DI FALSO

di **Antonio MANDARA***

ABSTRACT

Per ottenere il beneficio del reddito di cittadinanza, il cittadino può autocertificare il possesso dei requisiti necessari, con l'eventualità che il privato dichiari il falso o ometta informazioni dovute, così rischiando di incorrere in responsabilità penale. Il presente contributo, dunque, prende spunto dal dibattito giurisprudenziale sorto in merito all'esatta perimetrazione delle sanzioni previste in materia ex art. 7 D.L. 4/2019 (risolto dalla Sezione Unite nell'udienza del 13 luglio 2023, ancora in attesa delle motivazioni) e affronta la più ampia tematica dei reati di falso alla luce del principio di offensività.

SOMMARIO

1. Introduzione e quadro normativo di riferimento	89
2. Il reato di cui all'art. 7 d.l. 4/2019 come species dei reati di falso: due orientamenti a confronto	91
3. Un'applicazione coerente del principio di offensività	95

* già tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso il Tribunale di Catania, ufficio Gip/Gup.

¹ Sulla storia dell'assistenza in Italia v. M. MAZZIOTTI, *Assistenza (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, pp. 749-753; G. GARANCINI, *Legislazione e mutamenti istituzionali nel campo dell'assistenza in Italia*, in *Welfare state, problemi e alternative*, (a cura di) Rossi G., Donati, Milano, 1985; A. SCALISI, *Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e passato*, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 1427; G. CORSO, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, p. 1981; U. COLOMBO, *Principi e ordinamento dell'assistenza sociale*, Milano, 1959.

² L'istituto, unitamente alle sanzioni, è stato abrogato a decorrere dal 2024, ponendo seri dubbi interpretativi, che non potranno essere oggetto di disamina in questa sede, e in particolare se la retroattività della legge più favorevole si produca da subito o solo dal 2024, con eventuale travolgimento delle

4. Conclusioni..... 99

1. INTRODUZIONE E QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

In un periodo di forte crisi economica, si è resa necessaria la predisposizione di sussidi pubblici volti a contenere situazioni di povertà e di esclusione sociale sempre più dilaganti.¹ Allineandosi anche alle legislazioni di altri stati, il Governo italiano ha introdotto il Decreto Legge n. 4 del 28 gennaio 2019, recante disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni, convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2019, n. 26, e successivamente modificato nel tempo fino alla sua graduale abrogazione.² Si tratta di una forma di reddito minimo garantito con somme mensili erogate direttamente dallo Stato in adesione ai principi costituzionali ed europei di inclusione e dignità della persona.³ Come emerge nitidamente anche

sentenze passate in giudicato. Ciò ha prospettato un paradossale incentivo a delinquere nel 2023 nella previsione, quantomeno dal 2024, dell'impunità retroattiva.

³ Art. 14 del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, approvato congiuntamente dal Parlamento Europeo, dalla Commissione e dal Consiglio: "Chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi. Per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro".

Sul punto: M. MAZZIOTTI, *Libera circolazione e prestazioni familiari e orfani nel diritto comunitario*, *Commento a CGCE 24.9.2002, C-47/1999*, Commissione, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2002, 844; ID., *Diritto a prestazioni sociali non contributive e divieto di discriminazioni dirette e indirette nel diritto europeo*, *Commento a CGCE 20.6.2002, C-287/2000*, Commissione, *ivi*, 2003, p. 454



dal preambolo del testo di legge, il fine precipuo è quello di “[...]prevedere una misura di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all’esclusione sociale volta a garantire il diritto al lavoro e a favorire il diritto all’informazione, all’istruzione, alla formazione, alla cultura mediante politiche finalizzate al sostegno economico e all’inserimento dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro e garantire così una misura utile ad assicurare un livello minimo di sussistenza, incentivando la crescita personale e sociale dell’individuo[...]”.

In ordine alle modalità di ottenimento del beneficio, per quanto qui di interesse, è necessario il possesso di alcuni requisiti che (in via approssimativa) è possibile individuare in quelli di cittadinanza, residenza e soggiorno (art. 2, comma 1 lett. a) D.L. cit.), in requisiti reddituali e patrimoniali (art. 2, comma 1 lett. b) D.L. cit.) e nel godimento di beni durevoli (art. 2, comma 1, lett. c) D.L. cit.). A questi si aggiungono diverse cause ostative o di decadenza (artt. 13, comma 3, e 7, comma D.L. cit.): si tratta principalmente di motivi legati alla commissione di reati particolarmente gravi da parte del beneficiario ovvero di un componente del nucleo familiare e di modifiche della situazione reddituale dell’istante.

Al fine di garantire una corretta gestione ed erogazione del reddito, il legislatore ha previsto una

serie di sanzioni volte a disincentivare richieste fraudolente ed indebite locupletazioni.

In particolare, l’attuale formulazione dell’art. 7 D.L. 4/2019 prevede al comma 1 la reclusione da due a sei anni nelle ipotesi in cui “[...]chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all’articolo 3, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute[...]” ovvero ancora, al comma 2, la reclusione da uno a tre anni per “[...]l’omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio [...]”.

In ordine alla qualificazione del reato e alla sua struttura, trattasi di reato di condotta, che può attuarsi tanto in forma attiva che omissiva, in quanto per la sua integrazione non è richiesto il verificarsi di un determinato effetto esteriore⁴, e di reato di pericolo, non essendo necessaria una distruzione, diminuzione o perdita del bene giuridico, ma bastandone una sua minaccia⁵, seppur con le precisazioni che nel prosieguo saranno svolte.

Sul versante dell’elemento psicologico⁶, invece, sembra preferibile la conclusione per cui ai fini dell’integrazione del reato sia necessario il dolo specifico, in quanto l’agente dovrà produrre le false dichiarazioni od omettere quelle dovute consapevolmente

⁴ Sulla tematica dell’evento nel diritto penale, si veda, a titolo esemplificativo: F. ANTOLISEI, *L’evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it.*, 1932, p. 18; ID., *La disputa sull’evento*, in *Riv. it.*, 1938, p. 3; F. GRISPIGNI, *L’evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali*, 1934, p. 857; L. SANTAMARIA, *Evento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 118 e ss.; F. STELLA, *La descrizione dell’evento*, Milano, 1970; N. MAZZACUVA, *Evento*, in *Dig. IV*, 1990, p. 445; I. CARACCIOLI, *Evento*, in *Enc. Giur.* XIII, 1989.

⁵ G. DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1731; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; V. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 175; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441; F. ANGIONI, *Il pericolo*

concreto come elemento della fattispecie penale, Milano, 1994; R. RIZ, *Pericolo, situazioni di pericolo, condotta pericolosa*, in *Indice penale*, 1983, p. 495; S. ALEO, *Il danno e il pericolo nel reato*, Catania, 1983; G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di attentato*, in *Riv. it.*, 1986, p. 689; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it.*, 1992, p. 451; S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enc. Giur.*, XXVI, 1991; T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it.* 1995, p. 637; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, p. 415; F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, Milano, 2012.

⁶ A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930.



della falsità e con il fine precipuo di conseguire un beneficio indebito.

Più nel dettaglio, è sorto un contrasto giurisprudenziale in merito all'esatta perimetrazione del delitto di cui all'art. 7, comma 1, D.L. citato. Si è, infatti, posto il problema della configurabilità del reato a fronte di qualsiasi dichiarazione falsa od omessa ovvero se la fattispecie punisca solo quelle condotte di falso che facciano percepire un beneficio non dovuto o spettante in misura inferiore.

2. IL REATO DI CUI ALL'ART. 7 D.L. 4/2019 COME SPECIES DEI REATI DI FALSO: DUE ORIENTAMENTI A CONFRONTO

Premessa concettuale indefettibile è quella dell'inquadramento del reato di cui all'art. 7 D.L. 4/2019 all'interno della più ampia categoria dei reati di falso.

Le criticità interpretative che caratterizzano questa categoria di reati⁷ e le conseguenti riflessioni dottrinali e giurisprudenziali, infatti, ben potrebbero aver fornito argomentazioni a sostegno della soluzione adottata dal massimo organo nomofilattico.

Già l'individuazione del bene giuridico tutelato nei reati di falso ha suscitato un vivace dibattito dottrinale, non ancora del tutto sopito, anche dovuto

alla tecnica normativa casistica adoperata dal legislatore⁸.

La prima enucleazione del bene giuridico tutelato dai delitti contro la fede pubblica, invero, è stata individuata, in un'ottica marcatamente soggettivistica, nella fiducia di cui godono determinati soggetti, rivestiti di un *munus* pubblico, da parte della collettività.⁹ Successivamente, il concetto di fede pubblica venne accostato alla fiducia che tutti i consociati ripongono nella forza probante che l'autorità attribuisce ad alcuni oggetti o segni o forme esteriori: tale è la concezione pubblicistico-normativa.¹⁰

Il codice del 1930¹¹ ha adottato una soluzione intermedia, in quanto la pubblica fede viene intesa come la fiducia che la società attribuisce a segni ed oggetti esteriori importanti per l'ordinamento ed ha abbandonato, dunque, il riferimento al valore probante¹².

La scelta, tuttavia, non è stata ritenuta appagante dai commentatori, con la conseguenza di far permanere opinioni contrastanti tra chi ritiene il concetto di pubblica fede una nozione autonoma e chi¹³ invece la ritiene una definizione vuota o, comunque, bisognosa degli opportuni correttivi.

Secondo quest'ultima interpretazione, infatti, i reati di falso tutelerebbero altri interessi, per cui la pubblica fede diventa oggetto di una protezione solo mediata. Tale ricostruzione ha il pregio di ricondurre ad unità i reati di falso, individuando il disvalore della condotta nel mezzo particolarmente

⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale pt.s.*, Milano, 2008, p. 56.

⁸ A. MALINVERNI, *Fede pubblica (dir. pen.)*, *Enc. Dir.*, p. 70; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Manuale di diritto penale pt.s.*, I, Bologna, p. 553; T. PADOVANI in *Padovani-Stortoni, Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, p. 53.

⁹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione del cittadino*, tomo V, Napoli, p. 300; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Pisa, 1899 v. VII; A. DE MARSICO, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari*, Napoli, 1937, p. 416.

¹⁰ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913, p. 599.

¹¹ I lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, parte II, 242.

¹² A. DE MARSICO, *op. cit.*, pp. 561 ss. Secondo l'autore, il falso è "la violazione dell'apparenza come manifestazione di una situazione rilevante nell'ambito dei rapporti giuridici, extragiudiziali o giuridiziali. La realtà che dovrebbe apparire da una cosa è sostituita da una rappresentazione non vera".

¹³ Tra tutti, F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, pp. 37 ss.

insidioso adoperato dall'agente¹⁴. In siffatta prospettiva, dunque, la fede pubblica assume una natura strumentale.

Non sono, tuttavia, mancate ulteriori specificazioni di quest'ultimo orientamento, ad opera di chi¹⁵ ha inquadrato i reati di falso tra i reati c.d. plurioffensivi, in quanto aventi un duplice oggetto giuridico: da un lato la pubblica fede, quale esigenza di certezza nei rapporti giuridici, e dall'altro il bene finale di volta in volta individuato dalla norma incriminatrice.

Tale ricostruzione non è andata esente da critiche ad opera di parte della dottrina¹⁶, la quale ha fatto notare come non sia possibile né opportuno individuare a priori il bene giuridico tutelato dalle norme e, soprattutto, riferirlo ad un concetto meta-individuale quale quello della fede pubblica.

Ad oggi, quindi, il concetto di fede pubblica continua ad assumere contorni sfumati e generici e, secondo alcuni autori¹⁷, in contrasto con lo stesso principio costituzionale di determinatezza. L'interprete sembrerebbe posto innanzi ad una alternativa secca: abbandonare il bene giuridico della pubblica

fede, diventato ormai vuoto simulacro di una tutela non più attuale, ovvero effettuarne un recupero attraverso un'opera di concretizzazione e specificazione¹⁸.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 46982 del 2007, sul punto, hanno affermato che “*i delitti contro la fede pubblica tutelano direttamente non solo l'interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello del soggetto privato sulla cui sfera giuridica l'atto sia destinato ad incidere concretamente*”, con ciò riprendendo la dicotomia già presente in dottrina tra tutela mediata e immediata.

A questo punto, dunque, è possibile compiere una prima operazione interpretativa circa l'esatta individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 7 D.L. 4/2019.

L'ordinanza di rimessione oggetto del contributo¹⁹ ben definisce i due orientamenti contrastanti.

Secondo una prima ricostruzione²⁰, il delitto in esame è integrato quando il beneficiario fornisce false indicazioni od omette informazioni dovute all'interno dell'autodichiarazione finalizzata

¹⁴ G. DELITALA, *Rivista italiana di diritto penale*, Milano, p. 249.

¹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale pt.s.*, Milano, 2008, p. 63.

¹⁶ N. PISANI, *I reati contro la fede pubblica*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, pp. 512 ss.

¹⁷ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 193 ss.

¹⁸ F. ANGIONI, *op. cit.*, pp. 194 ss.; F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale pt.g.*, Milano, 2020, p. 208; M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, pp. 140 ss.; G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del codice penale*, Padova, 2014, p. 63.

¹⁹ Con sentenza dell'11.1.2022 la Corte di Appello di Salerno ha confermato la condanna nei confronti E.G., ritenuto responsabile del reato di cui agli artt. 640, secondo comma cod. pen. e 7 d.l. 4/2019 per aver attestato nella dichiarazione ISEE un valore del proprio patrimonio immobiliare inferiore a quello reale, al fine di ottenere indebitamente il reddito di cittadinanza, così inducendo in errore l'INPS e procurandosi l'ingiusto profitto derivante dall'indebita percezione del

sussidio. In particolare, entrambi i giudici di merito hanno ritenuto il reato integrato ancorché i valori omessi non impedissero l'erogazione del beneficio, sul presupposto che il perfezionamento della fattispecie delittuosa si realizza per il sol fatto di aver portato all'attenzione dell'amministrazione erogatrice del reddito di cittadinanza dati non veritieri.

In sede di ricorso per Cassazione, l'imputato lamentava la mancanza dell'elemento soggettivo in quanto non vi era alcun elemento che consentisse di ritenere che l'intenzione dell'imputato fosse quella di ottenere attraverso la falsa dichiarazione un beneficio altrimenti non dovuto. Ed infatti, anche se avesse dichiarato il valore immobiliare omesso avrebbe avuto comunque diritto al sussidio. Deduce, infatti, che il reato ex art. 7 primo comma D.L. 4/2019 è di pura condotta, caratterizzato dal dolo specifico e invocando, in particolare, che la rilevanza penale della condotta, dovendosi informare al principio dell'offensività concreta, deve ritenersi sussistente nei soli casi in cui l'intenzione dell'agente sia quella di conseguire attraverso dichiarazioni false o incomplete un beneficio altrimenti non dovuto.

²⁰ Cassazione, Sez. 3, n. 5289 del 25/10/2019.

all'ottenimento del sussidio, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio. In particolare, questo orientamento fa applicazione del principio di leale collaborazione tra il cittadino e l'amministrazione che eroga una provvidenza a suo favore, richiamando analogicamente, a sostegno di tale affermazione, l'interpretazione giurisprudenziale sorta in materia di ammissione al patrocinio giudiziario a spese dello Stato di cui al d.P.R. n. 115 del 2002. In quest'ultima fattispecie, infatti, l'art. 95 d.P.R. citato sanziona le dichiarazioni false o inesatte indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti necessari per accedere al beneficio.

Si è affermato, in particolare, che la norma di cui all'art. 7 sarebbe espressione del generale principio antielusivo che si incardina sulla capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 della Costituzione²¹. Da questo inquadramento discenderebbe che la punibilità del reato dipende dal rispetto del dovere di trasparenza e leale cooperazione nei confronti delle istituzioni da parte del cittadino, cui non è lasciata la scelta tra cosa dichiarare e cosa omettere.

Corroborata l'anzidetta ricostruzione l'interpretazione sistematica dei successivi commi dell'art. 7, che disciplinano un'ampia casistica di fattispecie di revoca, decadenza e sanzioni amministrative ed

anche l'interpretazione letterale della locuzione "*al fine di ottenere indebitamente il beneficio*", da intendersi come diretta a qualificare i dati che sono in sé rilevanti ai fini del controllo, da parte della amministrazione erogante, della ricorrenza delle condizioni per il riconoscimento ed il mantenimento del beneficio.²²

Tale ricostruzione, tuttavia, non appare convincente per alcuni ordini di considerazioni.

Questo inquadramento, infatti, sembra non risolvere il problema dell'indeterminatezza del bene giuridico tutelato dall'art. 7 D.L. 4/2019. Ed invero, il generico riferimento ad un evanescente concetto di lealtà del cittadino sembra appartenere a concezioni storiche che mal si conciliano con il diritto punitivo come oggi concepito²³.

Il rischio che si corre, infatti, è quello di creare delle "pseudoggettività giuridiche" tramite l'introduzione di reati che sono irrimediabilmente privi di oggetto giuridico incorrendo nella fallace logica di identificare il bene giuridico con lo scopo della norma.²⁴ Il fine della norma, infatti, è garantire una erogazione del sussidio che spetti a coloro i quali ne hanno davvero bisogno, in ossequio al dettato costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

²¹ A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1952, p. 255; GIANNINI A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, I, Torino, 1956, p. 74; F. GRECO, *Capacità contributiva e progressività del sistema tributario con riferimento all'art. 53 della Costituzione della Repubblica*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, p. 338 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 370.

²² A tale pronuncia hanno fatto seguito altre decisioni non massimate (Sez. 2, n. 2402 del 5/11/2020, dep. 2021, Giudice; Sez. 3, n. 30302 del 15/9/2020, Colombo; Sez. 3, n. 33808 del 21/4/2021, Casà; Sez. 3, n. 5309 del 24/9/2021, Tuono; Sez. 3, n.1351 del 25.11.2021, Lacquaniti) che si pongono nello stesso solco interpretativo.

²³ F. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. Milano, 1962, p. 46; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*,

Torino, 1913; F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 52; F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939, pp. 3 e ss; ID. *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp.107 e ss; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, pp. 389 e ss; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XIX, 1973; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, pp. 51 e ss; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1987, pp. 231 e ss.

²⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, XI Ed. Milano, p. 211. Per una rivalutazione del bene giuridico, capace di contenere e rivalorizzare il concetto di "funzione": M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, in Donini-Castronuovo (a cura di) *La riforma dei reati contro la sicurezza pubblica*, Padova, 2007, p. 243.

nonché a quanto prevede l'art. 38 Cost.²⁵, il quale è espressione dello stato sociale e del principio di sicurezza sociale, che impongono di assicurare ai cittadini che versano in condizioni di bisogno un'esistenza dignitosa.

Anche le sanzioni in materia di reddito di cittadinanza, dunque, ove si aderisse all'anzidetta ricostruzione in ordine al bene giuridico, condividerebbero con i reati di falso la tutela di un bene giuridico vago e non identificabile nella sua reale consistenza.

Secondo un altro orientamento²⁶, integrano il reato in esame le false indicazioni riportate nell'autodichiarazione o le omissioni, anche parziali, di informazioni dovute, solo se strumentali al conseguimento del beneficio di cui altrimenti non si avrebbe diritto o se ne avrebbe in misura inferiore.

Muovendo proprio dal raffronto tra la disciplina in materia di gratuito patrocinio e la fattispecie di cui all'art. 7 D.L. 4/2019, secondo quest'ultima ricostruzione interpretativa, l'accento va posto sulla locuzione "*indebitamente*" contenuta nel testo della norma, in quanto attraverso tale avverbio il legislatore ha inteso fare riferimento non tanto ad una volontà dell'agente di accesso al beneficio in assenza degli elementi formali che ne avrebbero consentito l'erogazione, quanto ad una volontà diretta ad un conseguimento di esso in assenza degli elementi sostanziali per il suo riconoscimento.

In particolare, in base a questo orientamento, la norma in esame ha inteso tipizzare in termini di concretezza il pericolo che potrebbe derivare da dichiarazioni false od omesse, così da doversi ad esse attribuire rilevanza penale nei soli casi in cui

l'intenzione dell'agente era quella di un beneficio non dovuto.

Gli stessi principi sono stati ripresi e ulteriormente sviluppati da un successivo arresto in base al quale le condotte con cui si rappresenti una situazione difforme da quella reale, senza però incidere sul possesso effettivo dei requisiti richiesti per accedere alla misura di sostegno economico, non possono essere considerate dall'art. 7 D.L. 4/2019 passibili di sanzione penale²⁷.

In particolare, si è ritenuta più aderente una lettura della norma in termini di reato di pericolo concreto sulla scorta sia del dato letterale che descrive l'elemento soggettivo della fattispecie secondo lo standard proprio del dolo specifico ("*al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all'articolo 3*") sia in ossequio ad una concezione del principio di offensività coerente con i canoni costituzionali,

A rafforzamento dell'opzione ermeneutica seguita, concernente cioè la sussistenza di un nesso funzionale tra le condotte *lato sensu* fraudolente e l'effettiva indebita percezione del sussidio statale, si fa riferimento in termini testuali al sistema dei controlli e delle verifiche delle istanze di accesso alla misura. Ed infatti, l'obbligo di trasmissione all'autorità giudiziaria della documentazione amministrativa contenente i risultati delle verifiche condotte, posto a carico dei soggetti pubblici cui è affidata tale attività di vigilanza, viene previsto proprio per le ipotesi in cui dalle dichiarazioni mendaci sia derivato il "*conseguente accertato illegittimo godimento del Rdc*" (art. 7, comma 14, D.L. 4/2019, cit.).

Tramite un'informazione provvisoria diramata dalla Suprema Corte, all'esito della pubblica

²⁵ Per una ridotta panoramica della letteratura sul punto: M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, p. 163; M. PERSIANI, *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea di sicurezza sociale*, in *Riv. infurtuni*, 1973, pp. 419 ss; C. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1995, IV,

pp.113 ss.; M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 1803 ss.

²⁶ Cassazione, Sez. 3, Sentenza n. 44366 del 15/09/2021, Gulino, Rv. 282336 – 01

²⁷ Cassazione, Sez. 2 n.29910 dell'8.6.2022, Pollara, non mass.



udienza del 13 luglio 2023, le Sezioni unite hanno dato al quesito la seguente soluzione: «*Le omesse o false indicazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata all'ottenimento del reddito di cittadinanza integrano il delitto di cui all'art. 7 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26 solo se finalizzate ad ottenere un beneficio non spettante ovvero spettante in misura inferiore*».

Le Sezioni Unite aderiscono, dunque, al secondo degli orientamenti. La formulazione del principio di diritto, nonostante l'assenza di motivazioni, consente una previsione degli argomenti adottati dalla Corte.

L'oggetto di tutela potrebbe essere stato individuato, come d'altronde sembra emergere anche dal preambolo della legge, riprendendo la dicotomia tutela mediata-tutela immediata, nella fede pubblica in prima, mediata, battuta e nella volontà di evitare indebite locupletazioni da parte dei privati richiedenti, con conseguente assegnazione del sussidio a soggetti non in possesso dei requisiti. Ciò in quanto il sussidio di cui al D.L. 4/2019 è uno strumento deputato a garantire condizioni di vita idonee e non lesive della dignità umana.

Facendo ricorso alla cospicua letteratura dottrinale e all'interpretazione giurisprudenziale formatasi in ordine al bene giuridico nei reati di falso e alle refluenze su questo del principio di offensività si potrebbero fornire argomentazioni a sostegno della soluzione raggiunta.

3. UN'APPLICAZIONE COERENTE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

²⁸ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, pp. 209 e ss.; I. GIACONA, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, p. 7 e ss.

²⁹ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 211; N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, p. 29; G. VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto*

Il rischio che si corre ove si aderisse ad una tutela solo formalistica e indiscriminata della fede pubblica sarebbe quello di disapplicare sostanzialmente il requisito della necessaria offensività della condotta sanzionata dalla norma incriminatrice.²⁸ Nella dialettica, forse del tutto mai sopita, tra diritto penale oggettivo e soggettivo, tutt'oggi ritornano interpretazioni marcatamente soggettivistiche, erosive del principio di offensività, volte a spostare il baricentro dal disvalore dell'evento al disvalore dell'azione o, peggio, al disvalore della finalità²⁹. Dall'adesione a tali poli interpretativi discende una concezione formalistica del reato (il perno su cui ruota la concezione formale del reato è la fattispecie legale tipica) come fatto offensivo tipico, propria degli ordinamenti a legalità formale, ovvero una concezione sostanzialistica del reato come fatto socialmente pericoloso, propria invece degli ordinamenti a legalità sostanziale. Il nucleo non è più la condotta descritta dal legislatore ma il fatto storico nella sua contrarietà ai valori sociali.

La concezione del reato oggi maggiormente accreditata ed accolta anche dalla nostra Costituzione è quella formalistica-sostanziale. Come affermato da attenta dottrina, «*è reato il fatto previsto come tale dalla legge, irretroattivamente, in forma tassativa, materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore, offensivo di valori costituzionalmente significativi, causalmente e psicologicamente attribuibile al soggetto, sanzionato con pena proporzionata, astrattamente, innanzitutto alla rilevanza del valore tutelato e, concretamente, anche alla personalità dell'agente, umanizzata e tesa alla rieducazione del condannato; sempreché la pena sia necessaria per l'inadeguatezza delle sanzioni extrapenali a tutelare tali valori*»³⁰.

penale dell'evento nella recente legislazione, in *Rass. Giust. Mil.*, Quad. 2, 1986, p. 179; E. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it.* 1991, p. 796.

³⁰ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 22.

La nuova concezione, oggi assolutamente prevalente e accolta, realizza la perfetta sintesi tra le esigenze di legalità e di giustizia, considerando reato soltanto il fatto che non solo è previsto dalla legge come tale, ma che è costruito dalla medesima in modo da essere necessariamente offensivo del bene giuridico tutelato dalla norma.

L'offesa, quindi, è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie, in quanto rientra nello spettro della tipicità e, dunque, spettando al giudice l'obbligo di accertarne l'esistenza al fine di garantire al cittadino di non essere punito per una mera disubbidienza ovvero per condotte che sono pericolose solo per il comune sentire.

Diversamente, una concezione sostanzialistica, maggiormente diffusa in passato nei paesi comunisti europei ed asiatici³¹, non ritiene sufficiente che il fatto tipico offenda il bene giuridico ma richiede anche che esso sia ritenuto pericoloso in misura rilevante per la collettività, con il rischio di agganciare l'illiceità penale del fatto non alla legge ma ai valori sostanziali immanenti nella società che sono, per loro natura, mutevoli e passibili di una strumentalizzazione statutale. Si tratta, tuttavia, di ricostruzioni ormai superate.

Lungi dal voler affiancare il delitto di cui all'art. 7 D.L. 4/2019, e più in generale i reati di falso, ad interpretazioni sostanzialistiche del reato, non è, tuttavia, peregrina l'ipotesi che l'individuazione del bene giuridico nella tutela del dovere di lealtà del

cittadino verso la pubblica amministrazione, come prospettato da una parte della giurisprudenza e indicata nell'ordinanza di remissione, sia contaminato da ricostruzioni soggettivistiche del principio di offensività. Invero, il beneficio economico del reddito di cittadinanza, come è noto, non è stato unanimemente accolto dalla popolazione e dalle varie componenti politiche, in quanto ritenuto da molti uno strumento che non incentiva il beneficiario a trovare un'occupazione. Al di là delle valutazioni sociali e politiche, che mal si prestano a tale sede, è innegabile che vi sia un risentimento verso chi attesta il falso per ricevere qualsivoglia forma di sussidio da parte dello Stato.

Proprio i delitti contro la fede pubblica, dunque, per l'astrattezza e la genericità del bene giuridico tutelato, maggiormente si prestano ad un notevole divario tra tipicità della condotta e offensività³². Il perno su cui poggia un diritto penale dell'offesa, infatti, è l'oggetto giuridico-penale tutelato dalla norma incriminatrice.³³

Per affermare la non punibilità della falsità irrilevante, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ricorso, spesso, alle figure (non sempre ben delimitate tra loro) del falso grossolano, innocuo e inutile, esprimendo così l'assenza, nel caso concreto, di un'offesa penalmente rilevante al bene giuridico. Più nel dettaglio, il falso grossolano è quello immediatamente riconoscibile da non poter far cadere in errore alcuna persona³⁴; per converso, quindi, la potenzialità ingannatoria del falso

³¹ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; L. DURIGATO, *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976, p. 58.

³² G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 68; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 615 e ss; R. RAMPIONI, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in AA. VV., *Le falsità documentali* in F. Ramacci (a cura di), Padova, 2001, pp. 108 e ss.

³³ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; A. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948; G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it.*, 1959, p. 705; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, Napoli, 2006; M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv. it.*, 2008, p. 1546; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.

³⁴ I. LEONCINI, *Le figure di falso non punibile*, in Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Milano, 2013, pp. 90 e ss.

sussiste ogniqualvolta debba considerarsi possibile che un numero indefinito di persona possa essere ingannato.

La giurisprudenza³⁵ adotta, quale metro di paragone, al fine di affermare la grossolanità del falso (sempre con riferimento alla pubblica fede) l'art. 49, comma 2, c.p. e il reato impossibile, secondo diverse varianti prospettiche.³⁶ Il riferimento al reato impossibile adoperato dalla giurisprudenza, tuttavia, non è stato pacificamente accolto in dottrina³⁷, poiché non si verte in una ipotesi di inidoneità dell'azione ma di apparente conformità al tipo non dannosa per gli interessi tutelati dalla norma (e quindi difforme dal tipo legale).

Per falso innocuo, invece, si intende la concreta inidoneità dell'azione ad aggredire il bene giuridico³⁸, ossia nei casi in cui l'infedele attestazione (nel falso ideologico) o l'alterazione (nel falso materiale) siano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e non esplicano effetti sulla sua funzione documentale, per cui è necessario che l'innocuità sia valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto³⁹. Trattasi, evidentemente, di una applicazione della teoria della fede pubblica.

In giurisprudenza, Cassazione: Sez. 6, n. 18015 del 24/02/2015, Ambrosio, Rv. 263279; Sez. 2, n. 5687 del 06/12/2012, Rahman Ataur, Rv. 255680; Sez. 2, n. 36631 del 15/05/2013, Procopio, Rv. 257063).

³⁵ Cassazione: Sez. 5, n. 27310 del 11/02/2019, Ikechukwu Theedeos, Rv. 276639; Sez. 5, n. 3711 del 02/12/2011, dep. 2012, Baldin, Rv. 252946.

³⁶ Per un primo filone interpretativo, il giudizio sul falso dovrebbe essere compiuto *ex ante* in astratto, ossia riconoscibile da chiunque dotato di un minimo discernimento. Secondo altro orientamento, più ricorrente, il giudizio di idoneità andrebbe effettuato sempre *ex ante* ma in concreto, cioè sulla base delle circostanze conosciute dall'agente nel momento in cui viene posta in essere l'azione. In base ad un terzo orientamento, minoritario e più risalente, il giudizio andrebbe

Si verte in una ipotesi di falso inutile quando la falsità cade su un atto, o su una parte di esso assolutamente privo di valenza probatoria.⁴⁰

Ulteriore e problematica declinazione del principio di offensività in materia si ravvisa nella possibilità di applicare alle fattispecie di falso grossolano, innocuo o inutile la norma di cui all'art. 131-bis c.p., ossia la particolare tenuità del fatto⁴¹. La soluzione è negativa, dovendosi distinguere nettamente tra falso inoffensivo (e dunque atipico) e fatto tenue (e dunque solo minimamente offensivo).

Da un lato, si presuppone l'assenza di qualsivoglia nocimento al bene giuridico tutelato, dall'altro, invece, si dovranno tenere obbligatoriamente in conto ulteriori elementi esterni alla struttura del reato, quali l'abitudine del comportamento e il grado di colpevolezza, ma che presuppongono un delitto già perfettamente integrato nei suoi elementi strutturali.

Ciò non toglie, tuttavia, la possibilità di applicare la speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ove il beneficio indebito si discosti di poco da quello spettante. Sul punto, infatti, è possibile fare applicazione di quell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in merito all'applicabilità di tale istituto ai reati tributari ove siano previste soglie di punibilità.⁴²

compiuto *ex post*, quindi sul concreto inganno di cui è stata vittima il destinatario.

³⁷ I. LEONCINI, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

³⁸ In questi termini, Cassazione, Sez. 5 n. 8200 del 2018.

³⁹ Cassazione, Sez. 5, n. 38720 del 19/06/2008, Rocca, Rv. 241936; Sez. 5, n. 35076 del 21/04/2010, Immordino, Rv. 248395.

⁴⁰ Cassazione, Sez. 5, n. 11498 del 05/07/1990, Casarola, Rv. 185132

⁴¹ S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, pp. 2077 e ss.

⁴² La Corte, infatti, ha confermato la valutazione del giudice di secondo grado, considerando di minima offensività la condotta quando il fatto si sia attestato vicinissimo alle soglie di punibilità. In questo senso, Cass. Sez. 3, n. 3256 del 14

Le coordinate ermeneutiche appena richiamate consentono di offrire una soluzione appagante, che, molto probabilmente, sarà oggetto quantomeno di riflessione ad opera delle Sezioni Unite nelle motivazioni della sentenza in esame. Per poter affermare la non punibilità di false dichiarazioni che comunque non siano in grado di precludere un accesso già spettante, infatti, è possibile fare ricorso a questi istituti.

Il beneficio del reddito di cittadinanza è da inquadrare nel più ampio sistema di istituti assistenziali previsti dal legislatore per fronteggiare situazioni di povertà e disagio, destinato a dare attuazione al precetto costituzionale che, in base al comma secondo dell'art. 3 e 38⁴³ della Carta fondamentale, assegna alla Repubblica il compito di provvedere per la rimozione degli ostacoli di ordine economico che limitano il pieno sviluppo della persona umana, anche attraverso la predisposizione di appositi istituti assistenziali.

Da ciò discende che il bene giuridico tutelato non va ravvisato nel dovere di lealtà nei confronti della pubblica amministrazione né in una tutela solo formalistica della fede pubblica.

Appare maggiormente ragionevole e conforme sia ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame sia ai principi che

dicembre 2020 ma anche Sez. 3, n. 39835 del del 27 settembre 2022.

⁴³ M. MAZZIOTTI, *L'assistenza nella Costituzione*, in *Iustitia*, 1979, pp. 97-113. Una classificazione delle prestazioni assistenziali è contenuta in U. COLOMBO, *Assistenza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 753; A. AMORTH, *Il principio personalistico e il principio pluralistico: fondamenti costituzionali della libertà dell'assistenza*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1999, p. 2123; D. MONACELLI, *Per una riforma dello stato sociale: le politiche di assistenza*, in *Politica economica*, 1998, p. 97.

⁴⁴ Come ben noto, tradizionalmente i reati di pericolo si distinguono in reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto (o presunto). I reati di pericolo concreto si caratterizzano per la presenza del pericolo quale elemento espresso si fattispecie che, in quanto tale, deve essere oggetto di precipua verifica da parte del Giudice. Nei reati di pericolo astratto,

regolano la materia penale, individuare l'oggetto di tutela nella corretta erogazione del sussidio, trattandosi di misura assistenziale volta ad eliminare situazioni di disagio.

Argomentando diversamente, infatti, si porterebbe il giudice a comminare la più grave delle sanzioni che l'ordinamento conosce per una violazione priva di concreta offensività, stante la sussistenza di tutti i requisiti per ottenere il beneficio e senza alcun effettivo documento per l'ente erogatore (e di conseguenza alle casse dell'erario).

Tali conclusioni, inoltre, sono corroborate dalla qualificazione dei delitti di falso, e quindi anche del reato di cui all'art. 7 D.L. 4/2019, in termini di reati di pericolo, stante l'evidente anticipazione di tutela.⁴⁴ Ed invero, come sostenuto anche nell'ordinanza di rimessione, una applicazione coerente del principio di offensività con i canoni costituzionali, impone la lettura della fattispecie incriminatrice in termini di reato di pericolo concreto, per cui la condotta andrà valutata tenendo conto della capacità di attribuire all'agente il possesso di requisiti mancanti per fruire della misura in esame.

Del resto, si tratta di una valorizzazione che si pone in aderenza anche – ed innanzitutto – alla forte spinta operata dalla Corte Costituzionale che, pur non escludendo la compatibilità costituzionale

invece, il pericolo costituisce la ratio della norma, in quanto insito, implicito nella stessa condotta ritenuta per comune esperienza pericolosa, con la conseguenza che si rende superflua ogni indagine in merito alla sussistenza del pericolo medesimo. Ciò che conta è la conformità tra fatto concreto e fattispecie astratta. Secondo parte della Dottrina (Mantovani), alla bipartizione sopra ricordata deve essere contrapposta una teoria tripartita che si riconosce autonomia alla figura del reato di pericolo presunto, che viene così tenuto distinto dal reato di pericolo astratto, e nel quale il pericolo non è necessariamente insito nella condotta, ma è in ogni caso presunto in via assoluta, per cui non è neppure ammessa la prova contraria della sua inesistenza. Per una disamina approfondita, si veda: R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale parte generale*, Molfetta, 2021; V. M. D. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008.

dei reati di pericolo astratto e presunto, impone, anche in relazione a questi ultimi, una analitica verifica dell'offensività sia sul piano astratto che in relazione alla specificità del caso concreto.⁴⁵ In diverse occasioni la Corte ha, infatti, avuto cura di precisare come, per ritenere configurabile una fattispecie, sia sempre necessario, anche in concreto, che l'offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo nella singola condotta dell'agente⁴⁶.

Appare, pertanto, più in linea con i principi di ordine costituzionale in tema di necessaria offensività del reato il ritenere che il legislatore abbia inteso tipizzare in termini di concretezza il pericolo che potrebbe derivare da dichiarazioni false od omesse per il conseguimento del reddito di cittadinanza, nel senso che la loro rilevanza penale sarà sussistente nei soli casi in cui intenzione dell'agente era il conseguire, attraverso di esse, un beneficio non dovuto.

4. CONCLUSIONI

Quindi, alla luce della ricostruzione svolta è possibile ipotizzare diverse soluzioni, similmente a quanto già avviene con i reati di falso, al contrasto

interpretativo sorto in giurisprudenza e risolto dalle Sezioni Unite.

In primo luogo, potrebbe trovare applicazione l'istituto pretorio del falso innocuo, in quanto la condotta è inidonea a ledere il bene giuridico finale tutelato dalla norma di cui all'art. 7.

Potrebbe essere applicabile, altresì, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. ove si sia percepito un sussidio di poco superiore a quello spettante.

Una volta accolta la tesi per cui l'offensività è ricompresa nello spettro della tipicità del reato, inoltre, il giudice dovrà assolvere perché il fatto non sussiste in quanto, come affermato dalle Sezioni Unite, «*le omesse o false indicazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata all'ottenimento del reddito di cittadinanza integrano il delitto di cui all'art. 7 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26 solo se finalizzate ad ottenere un beneficio non spettante ovvero spettante in misura inferiore*».

A ciò si aggiunga, infine, la valorizzazione dell'elemento psicologico, ossia del dolo specifico⁴⁷, e non anche generico, necessario per integrare la fattispecie. Ove dunque, l'agente non abbia inteso conseguire un profitto indebito, andrà assolto con

⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 13 luglio 1995, n. 60 e Corte Costituzionale, sentenza del 11 luglio 1991, n. 333, ma altresì, tra le altre, Corte Costituzionale, sentenze del 18 luglio 1997, n. 247, del 6 luglio 2000, n. 263, del 11 novembre 2000, n. 519, del 25 giugno 2005, n. 265.

⁴⁶ Spetta, in particolare, alla Consulta – tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità – procedere alla verifica dell'offensività «in astratto», acclarando se la fattispecie delineata dal Legislatore esprima di per sé un reale contenuto offensivo. Ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa (offensività «in concreto») resta, poi, affidato al Giudice ordinario nell'esercizio del proprio potere ermeneutico, al fine di evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva. Ciò che preme evidenziare è come oggi si debba inevitabilmente apprezzare una sempre più netta e decisa presa di posizione della Corte Costituzionale da un lato e,

conseguentemente della Corte di Cassazione dall'altro, volta a valorizzare il requisito della necessaria offensività anche con riguardo ai reati di pericolo astratto o presunto.

⁴⁷ Per citare solo parte della vasta letteratura scientifica sul tema: A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930; M. GALLO, *Il dolo – Oggetto e accertamento*, Milano, 1953; ID. *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, p. 750; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960; L. SANTAMARIA, *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961; G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 764; D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, in *Riv. it.*, 2013, p. 43; C. F. GROSSO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XII, 1989; S. CANESTRARI, *L'elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*, in *St. iur.*, 2001, p. 533.



formula piena perché il fatto non costituisce reato. Nei reati di pericolo, quale è quello in esame, infatti, il dolo svolge una funzione restrittiva della punibilità, al fine di evitare una eccessiva anticipazione della tutela penale.

In definitiva, dunque, è altamente probabile che le Sezioni Unite, nella parte motiva della sentenza, terranno conto e faranno opportuna applicazione della copiosa letteratura scientifica e degli approdi giurisprudenziali sul tema della necessaria offensività nei reati di falso e, più in generale, di pericolo.



LA TUTELA DEI TERZI COMPROPRIETARI NEL PROCEDIMENTO SUCCESSIVO ALLA CONFISCA DI PREVENZIONE*

di **Eleonora TUMINO****

ABSTRACT

Il presente contributo si propone di evidenziare le caratteristiche della confisca preventiva e, analizzando specificatamente la sentenza del 17 maggio 2023, N. 21126 della Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione, cerca di comprendere, alla luce dello sviluppo giurisprudenziale e normativo -opzioni, la portata della tutela dei terzi di buona fede coinvolti nel procedimento di competenza dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati successivi alla confisca preventiva.

The present paper aims to highlight the characteristics of preventive confiscation and, specifically analyzing the ruling of May 17, 2023, N. 21126 by the Sixth Criminal Section of the Court of Cassation, seeks to understand, in light of jurisprudential and regulatory developments, the extent of protection for third parties in good faith involved in the proceedings falling under the jurisdiction of the National Agency for the Administration of Seized and Confiscated Assets subsequent to preventive confiscation.

SOMMARIO

1. **Il caso di specie..... 101**
2. **Evoluzione storico giuridica della confisca di prevenzione..... 101**
3. **La tutela dei terzi 106**
4. **Conclusioni 108**

1. IL CASO DI SPECIE

Il seguente elaborato prende in esame le dinamiche procedurali - previste all'art. 48 comma 7-ter del d.lgs. n.159 del 2011- successive all'applicazione del provvedimento di confisca di prevenzione che investe quote indivise dei beni di proprietà di più comunisti.

La vicenda trae origine dal decreto del Tribunale di Reggio Calabria -sezione misure di prevenzione- che su istanza dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati con il quale dispone la divisione dei terreni secondo

il progetto divisionale n.2 redatto dal CTU con annesso onere di conguaglio.

Invero, il Tribunale ritenendo il bene indivisibile rigetta le richieste di assegnazione esclusiva dell'immobile proposte dai ricorrenti per due ragioni, ovvero: la mancanza di accordo tra le parti e la circostanza che nessuno dei ricorrenti è titolare di una quota di maggioranza.

Avverso il decreto del Tribunale i comproprietari dei beni oggetto di confisca propongono ricorso in Cassazione adducendo che i motivi sulla base dei quali è stata rigettata la richiesta di assegnazione determinerebbero la violazione dell'd.lgs. n.159 del 2012, art. 48, comma 7-ter.

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso dei comproprietari ritenendo che il consenso dell'Agenzia Nazionale o la mancanza di una quota maggioritaria del bene non sono presupposti necessari previsti dalla legge ai fini dell'accoglimento dell'istanza di assegnazione dei beni indivisibili.

2. EVOLUZIONE STORICO GIURIDICA DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE

* Nota a sentenza Cass. pen. sez. VI, 17 maggio 2023, nr. 21126

** Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense.

La confisca di prevenzione è una misura ablatoria patrimoniale disciplinata attualmente dall'art. 26 del d.lgs. 159 del 2011.

Tale misura è applicata nei confronti di soggetti indiziati di gravi delitti o che si ritiene abbiano genericamente tenuto condotte delittuose.

Dunque, la confisca di prevenzione è applicata a prescindere da una sentenza di condanna per un determinato reato e ha ad oggetto beni che risultano essere frutto di attività illecita e che dimostrano uno squilibrio tra il reddito del proposto e l'attività svolta, ove l'interessato non riesca a dimostrare la provenienza dei beni¹. A seguito della confisca definitiva di prevenzione, i beni che formano oggetto della misura sono acquisiti al patrimonio dello Stato e gestiti, in collaborazione con l'autorità giudiziaria, dall' Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati.

La confisca di prevenzione come la conosciamo oggi è il risultato di un percorso normativo che ha avuto inizio la 1.13 settembre 1982, n. 646, c.d. legge Rognoni-La Torre introduce nel sistema italiano oltre al reato di associazione di tipo mafioso, come su detto le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Quest'ultimi hanno ad oggetto dei beni indiziariamente di provenienza illecita nella disponibilità, diretta o indiretta, degli indiziati di appartenenza alla mafia, soggetti cui si applicano le misure di prevenzione personali in forza della l. 575/1965².

Dunque, la nuova confisca ereditava il *nomen iuris* di "misura di prevenzione" qualificazione che, secondo parte della dottrina, era ed è coerente con la funzione attribuitale dal legislatore, ovvero, di recedere definitivamente il legame tra la persona e

quella parte del suo patrimonio che, in quanto di origine illecita non potrebbe che essere un incentivo per la prosecuzione della condotta criminosa. Diversamente, alla luce delle S.U. 3 luglio 1996, la giurisprudenza maggioritaria - confermata dalla S.U. Auddino nel 2007 - rifiutava espressamente di riconoscere alle misure di prevenzione patrimoniale funzione preventiva, ritenendole invece un "*tertium genus*" avente un carattere strettamente ablatorio³.

Dunque, secondo questa impostazione le misure di prevenzione potevano essere equiparate quanto al contenuto e agli effetti alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 comma secondo, c.p., con la conseguenza che sarebbero state sottoposte al principio del *tempus legit actum* fissato dall'art. 200 c.p., in quanto le stesse non presuppongono uno specifico fatto di reato, ma riguardano uno stato di pericolosità attuale cui la legge intende porre rimedio.

«La funzione essenziale di tali misure, secondo quanto precisato nella sentenza Simonelli delle Sezioni unite e ribadito nelle successive pronunce, consiste nella eliminazione dal circuito economico di beni di origine criminale, in quanto provenienti da attività collegato ad un soggetto pericoloso, intendendosi far riferimento ad un concetto di pericolosità "reale"»⁴.

Successivamente il legislatore è più volte intervenuto per ampliare la disciplina di tale misure e per estenderne la portata applicativa e l'efficacia.

In particolare, incisive modifiche sono state introdotte nel c.d. pacchetto sicurezza del 2008 e 2009, che ha introdotto, tra l'altro, la confisca di prevenzione per equivalenza, una disciplina per le ipotesi di intestazione fittizia dei beni, e cosa più

¹ A. MANNA, La natura della confisca di prevenzione: profili costituzionali e convenzionali, in AA. VV., *Lo statuto ancora incerto della confisca*, pp. 165 e ss., Milano, 2022.

² F. MENDITTO, *Confisca (misura di prevenzione)*, www.ilpenalista.it.

³ Cass., sez. un., 3 luglio 1996(dep. 17 luglio 1996, n.18), Simonelli, in De Jure.

⁴ A. BALSAMO e V. D'AGOSTINO, Inquadramento sistematico ed evoluzione storica delle misure di prevenzione, in AA. VV., pp. 501 e ss., *Misure di prevenzione personali e personali* a cura di F. FIORENT, Torino, 2018.

importante sancisce il principio dell'autonomia delle misure di prevenzione patrimoniale da quelle personali, prevedendone una applicazione disgiunta.

Invero, prima di quest'ultima modifica le due misure erano caratterizzate dalla regola generale della accessorialità delle misure patrimoniali al procedimento applicativo delle misure di prevenzione di natura personale.

Le due tipologie di misure costituivano un binomio tendenzialmente inscindibile, poiché il sequestro dei beni di provenienza illecita poteva essere disposto solo nell'ambito del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, oppure in un momento successivo all'applicazione, ma anteriormente alla cessazione della misura di prevenzione personale.

Dunque, la confisca presupponeva l'irrogazione (contemporanea o anteriore) della misura di prevenzione.

La finalità perseguita, dalla modifica normativa, era quella di concentrare l'attenzione sulla pericolosità insita in un bene di provenienza delittuosa allorché venga rimesso nel circuito economico, a prescindere dalla pericolosità del soggetto fautore dell'illecito⁵.

A seguito di tali modifiche si creò una crepa nella giurisprudenza del tempo: la V sezione della Corte di cassazione, nella sentenza Occhipinti del 2012, giunse alla conclusione per cui, con riferimento all'ipotesi in cui la misura risulti svincolata dall'accertamento di attuale pericolosità sociale del proposto, la confisca avrebbe assunto natura

oggettivamente sanzionatoria. A ribadire l'orientamento maggioritario, a distanza di pochi mesi, intervenne un'ulteriore pronuncia della I sezione della Cassazione, la sentenza Ferrara.

Le due interpretazioni divergenti portarono alla pronuncia delle Sezioni Unite, con la sentenza Spinelli del 2014⁶.

Specificatamente, la Suprema corte confermando la natura non sanzionatoria della confisca di prevenzione, ha evidenziato il tema della correlazione temporale fra acquisto dei beni e la pericolosità sociale del proposto, sottolineando come la finalità preventiva perseguita con il provvedimento ablatorio debba essere identificata nell'impedire che il sistema economico legale possa essere funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza⁷.

Invero, secondo la corte la pericolosità sociale del soggetto inciso dalla misura sia, anche nel nuovo assetto normativo, immancabile presupposto di applicabilità della misura reale, relativamente al quale è dato ora prescindere solo dalla verifica di attuale permanenza di quella stessa condizione. Infatti, se rispetto alla misura di prevenzione personale non può prescindersi dall'attualità della pericolosità, per l'evidente inutilità del ricorso a tale strumento nei confronti di un soggetto non più socialmente pericoloso, con riferimento alla confisca di prevenzione si può prescindere dall'attualità in quanto la pericolosità è insita nella cosa per via della sua illegittima acquisizione⁸.

In tal modo, viene esaltata la finalità della confisca di prevenire, attraverso la definitiva ablazione

⁵ Ibidem.

⁶ S. FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in AA. VV., pp.703 e ss., *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

⁷ A. OCCHIPINTI, *La confisca di prevenzione a quarant'anni dalla Legge Rognoni - La Torre*, *Giurisprudenza Penale Web*, 9, 2022, pp. 18.

⁸ Cass. sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli «quando alla misura patrimoniale, la connotazione di pericolosità è immanente alla res, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce "geneticamente", in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile. Ciò significa che presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale continua ad essere la pericolosità del soggetto inciso ossia la sua riconducibilità ad una delle ad una delle categorie soggettive previste dalla normativa di settore ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione».

dei beni illecitamente conseguiti, la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato.

Pertanto, la confisca di prevenzione non è basata sul rapporto *res-soggetto* bensì in ragione della qualità oggettiva che ricade sul bene, per il fatto di essere stato acquistato da persona socialmente pericolosa ed essere quindi, presumibile frutto di metodo di acquisizione illecita.

Di conseguenza, le Sezioni Unite continuano a riconoscere alla confisca di prevenzione finalità prettamente preventiva, in quanto strumento inteso a dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile.

Dunque, la finalità preventiva a cui è ancorata la confisca di prevenzione non sarebbe sussumibile nel classico modello delle misure *ante delictum*, ma da ricondurre ad esigenze di prevenzione dell'infiltrazione criminale nell'economia.

In effetti, l'obiettivo preventivo sopra menzionato implica, in termini di disciplina applicabile, l'esclusione del principio di irretroattività relativo alle sanzioni penali e allo stesso modo, genera implicazioni per quanto riguarda la prova della sproporzione e la questione della correlazione temporale tra arricchimenti indebito ed epoca di manifestazione della pericolosità sociale.

Quanto alla sproporzione, in mancanza di condanna e della necessità di un perdurante giudizio di pericolosità soggettiva attuale, assume una indubbia rilevanza il più elevato standard probatorio, in termini di certezza processuale, introdotto dalle riforme legislative susseguitesesi dal 2008 in poi. Lo stesso criterio della sproporzione va dunque inteso non come un elemento autosufficiente, ma come un importante dato indiziario che, unito ad altri (come i collegamenti del soggetto con circuiti criminali organizzati, la mancanza di ragionevoli

spiegazioni alternative offerte dall'interessato), consente di raggiungere una piena prova dell'effettiva anti-giuridicità dell'accumulazione patrimoniale riscontrata.

Con riferimento alla correlazione temporale tra pericolosità sociale e l'acquisto dei beni, si deve tener presente che detta relazione serve a supportare la "pericolosità reale" quale presupposto della confisca di beni che sono pericolosi per la loro origine illecita e la capacità, in quanto tali, di inquinare il mercato e l'economia lecita⁹.

In particolare, sul tema, si sono delineati, in giurisprudenza, orientamenti opposti: l'uno – più risalente- subordinava la misura patrimoniale al previo positivo accertamento della compatibilità temporale tra gli incrementi economici e\o patrimoniali e l'epoca di manifestazione della pericolosità¹⁰.

L'altro orientamento, più recente, prescindeva da tale accertamento, puntando sull'assimilazione della confisca di prevenzione alla confisca penale ex art. 12-*sexies*, d.l. n. 306/1992, conv. dalla legge n. 356/1992, sul dato testuale delle norme in tema di confisca, sulla mancanza di un termine per l'espletamento della pericolosità ad una data determinata e soprattutto, sulle finalità politico criminali perseguite dal sistema della prevenzione patrimoniale¹¹.

Invero, le Sezioni Unite Spinelli dirimono anche questo conflitto avvallando l'orientamento più risalente, nel cui ambito l'accertamento della correlazione temporale tra acquisti da sottoporre ad ablazione ed epoca di manifestazione delle pericolosità era richiesto, in modo rigoroso, nei casi di pericolosità generica, mentre, con riferimento alla figura dell'indiziato ad associazione mafiosa, si riteneva sufficiente accertare che i beni da sequestrare o da confiscare fossero entrati nella disponibilità del

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr: Cass., 11 dicembre 2012, n. 2634; Cass. 18 ottobre 2012 n. 10153; Cass. 23 marzo 2007, n. 18822.

¹¹ Cfr: Cass., 22 marzo 2013, n. 3538; Cass. 4 giugno 2009 n. 35175; Cass, 29 maggio 2009, n. 35466.

proposto successivamente od almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio.

La corte ha chiarito che la pericolosità sociale è sia presupposto per l'applicazione della misura che "misura temporale" del suo ambito applicativo. Pertanto, con riferimento alla pericolosità generica possono essere oggetto di confisca di prevenzione solo quei beni acquistati nell'arco temporale in cui si è manifestata la pericolosità sociale, mentre, con riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l'intero percorso del proposto o se sia individuabile un inizio ed un termine.

Invero, la corte osserva che nella realtà fenomenica è complesso perimetrare il periodo di pericolosità qualificata che non di rado investe l'intero percorso di vita del proposto. In tal caso, allora, si deve ritenere consentita l'ablazione di tutto il patrimonio presumibilmente di illecita provenienza, dei quali non risulti in alcun modo giustificato il legittimo possesso, salva la possibilità dell'interessato di fornire prova contraria e liberatoria. Diversamente, ove il giudice nel caso concreto riesca a definire il momento temporale in cui può dirsi provata la pericolosità sociale allora, devono giudicarsi suscettibili di apprensione coattiva solo gli acquisti ricadenti in tale arco temporale¹².

Pertanto, la ratio dell'attuale confisca di prevenzione è quella di tutelare il circuito economico dalla circolazione di beni, che per loro natura possono essere considerati pericolosi, in quanto acquisiti illegalmente, e che se lasciati nella disponibilità dei proposti potrebbero determinare la commissione di altri reati. Al fine di valutare quali beni sottoporre a confisca rileva la sproporzione tra i beni posseduti e il reddito legittimo di cui il proposto non riesce a dimostrare la provenienza, nel

periodo in cui la condotta del proposto è ritenuta pericolosa.

La misura, nonostante le critiche di parte degli interpreti che la reputano più una sanzione penale che una sanzione amministrativa, è stata accolta positivamente anche nel diritto dell'Unione Europea.

In particolare, la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato stabilisce all'art. 3, comma 2, lettera c), che ciascuno Stato membro «adotta le misure necessarie a consentire la confisca [...] perlomeno: quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, [...] oppure quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa». Il successivo comma 3 dell'art. 3 consente agli Stati membri di prevedere la «confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali (il proposto) ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo». L'art. 4 della decisione quadro citata precisa che «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie ad assicurare che le persone cui si applicano le disposizioni di cui agli articoli 2 e 3 dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti».

Queste disposizioni di portata generale si raccordano con quelle della successiva direttiva 2014/42 /UE del Parlamento europeo e del

¹² C. BRIGNONE, *L'Oggetto delle misure patrimoniali*, in AA. VV., pp.676 e ss., *Misure di prevenzione personali e personali* a cura di F. FIORENT, Torino, 2018.

Consiglio, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'unione europea.

Invero, questa direttiva ha lo scopo di modificare e ad ampliare le disposizioni della richiamata decisione quadro 2005/212/GAI, e nella precedente 2001/500/GAI così facendo tale direttiva sostituisce parzialmente dette decisioni nella linea della promozione del reciproco riconoscimento tra gli Stati dei provvedimenti di confisca, allo scopo di rafforzare la lotta alla criminalità del profitto e alla criminalità organizzata¹³.

Dunque, la confisca di prevenzione, anche nella visione europeista è uno strumento idoneo e legittimamente utilizzabile dal legislatore ai fini della lotta alla criminalità organizzata e alla corruzione. Da un lato, rappresenta una misura utile per contrastare il riciclaggio di denaro e l'accumulo di beni provenienti da attività illecite. Dall'altro, le divergenze interpretative sulla sua natura, se sanzionatoria o preventiva, evidenziano la complessità nel bilanciare l'applicazione di misure punitive con l'efficacia nel prevenire ulteriori attività criminali.

È cruciale trovare un equilibrio tra la protezione della legalità e dei diritti delle persone coinvolte, garantendo allo stesso tempo un uso efficace degli strumenti legali a disposizione per combattere il crimine organizzato. La chiarezza normativa e l'interpretazione uniforme da parte delle corti sicuramente sono da considerarsi fondamentali per garantire la coerenza e l'efficacia di tali misure nel contesto giuridico.

3. LA TUTELA DEI TERZI

Alla stregua di quanto evidenziato è evidente che la confisca determina, in primo luogo, la perdita del diritto vantato sul bene da parte del

precedente titolare, sia esso identificabile con lo stesso proposto ovvero con un terzo formale intestatario; in secondo luogo, determina effetti sulle posizioni giuridiche dei terzi titolari di diritti di credito nei confronti del soggetto interessato.

Orbene, la confisca determina in capo ai terzi interessi degli effetti indiretti ed è per tali ragioni che faremo riferimento all'ordinamento sovranazionale e nazionale per comprendere quali sono i mezzi di tutela ideati a preservarne gli interessi.

Con specifico riferimento al diritto europeo rilevano, ai fini della tutela della posizione dei terzi interessati i considerando n. 33 e n. 38 della Direttiva a 2014/42/UE.

Invero, nel primo si attesta che «La presente direttiva ha conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi che non sono coinvolti in un procedimento penale. È pertanto necessario prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso al fine di salvaguardare i loro diritti fondamentali nell'attuazione della presente direttiva».

Tale espressione concerne, in particolare, il «diritto di essere ascoltati per i terzi che sostengono di essere proprietari del bene in questione o di godere di altri diritti patrimoniali, quale il diritto di usufrutto».

Detto ciò, analizzeremo in breve evoluzione della disciplina interna con riguardo alla tutela del terzo nell'ambito delle misure di prevenzione.

In particolare, nel suo testo originario, l'art. 2-ter, comma 5, della legge 31 maggio 1965, n. 575 prevedeva nel procedimento di prevenzione un unico meccanismo di tutela a favore dei terzi ai quali risultassero appartenere i beni sequestrati. Ovvero, la legge riconosceva a quest'ultimi la facoltà di intervenire nel procedimento stesso, anche con l'assistenza del difensore, al fine di svolgere

¹³ F. FALATO, *La confisca nelle fonti dell'Unione Europea*, in AA. VV. *Lo statuto ancora incerto della confisca*, pp. 23 e ss., Milano, 2022.



deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

Successivamente con la legge n. 50 del 31 marzo del 2010 viene istituita l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata cui è attribuito il compito di accompagnare il bene dal momento del sequestro fino alla destinazione.

Altresì la medesima legge il legislatore riconosceva ai titolari di quote indivise sui beni immobili sequestrati, la capacità di intervenire nel procedimento di prevenzione, fornendo la prova della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nell'acquisizione dei già menzionati diritti.

L'ultima novità legislativa di rilievo con specifico riferimento ai beni indivisibili pone in evidenza il D.L. 4 ottobre 2018, n.113 convertito con l. 132\2018 che abroga i commi 7 e 8 dell'art. 48 del D.lgs. n. 159 del 2011 sostituendoli con il comma 7-ter.

In particolare, i commi abrogati prevedevano, «in favore di partecipanti in buona fede, la prelazione per l'acquisto della quota confiscata ovvero, nel caso di impossibilità della vendita, la corresponsione di una somma equivalente al valore delle rispettive quote»¹⁴.

Ad oggi, invece, la legge prevede che dei beni acquisiti "pro quota indivisa" al patrimonio dello Stato, l'Agenzia o il partecipante alla comunione possano promuovere incidente d'esecuzione ex art. 666 c.p.p. innanzi al giudice che ha discosto la confisca (c.d. divisione in sede esecutiva).

In particolare, secondo la normativa in vigore di cui all'art. 48 comma 7-ter del D.lgs. n.159 del 2011 allorché il bene immobile oggetto di confisca risulti indivisibile «...i partecipanti in buona fede possono chiedere l'assegnazione dell'immobile oggetto di divisione, previa corresponsione del

conguaglio dovuto in favore degli aventi diritto, in conformità al valore determinato dal perito nominato dal tribunale. Quando l'assegnazione è richiesta da più partecipanti alla comunione, si fa luogo alla stessa in favore del partecipante titolare della quota maggiore o anche in favore di più partecipanti, se questi la chiedono congiuntamente...».

Dunque, il legislatore introducendo il comma 7-ter equipara la sorte dei comproprietari a quella dei creditori in genere e come tale subordina la loro tutela alla dimostrazione della condizione di "buona fede".

Secondo giurisprudenza costante per buona fede deve intendersi la particolare condizioni giuridica e fattuale del terzo che abbia mantenuto rapporti con il soggetto "pericoloso" o con realtà imprenditoriali a lui direttamente o indirettamente riconducibili. Invero, è necessario che la buona fede sia verificata al momento in cui è sorta la comunione del bene e può essere ravvisata solo nel caso in cui risulti dimostrata l'estraneità a qualsiasi collusione o a qualunque compartecipazione all'attività criminosa, ovvero l'inconsapevolezza credibile in ordine alle attività svolte dal proposto, oppure, la prova di un errore scusabile sulla situazione apparente creata dello stesso¹⁵.

Invero, nel caso di specie come evidenziato dalla Suprema corte il Tribunale non ha posto alla base della propria decisione la mancanza di buona fede, elemento che è stato ritenuto implicitamente accertato.

Pertanto, secondo la corte di Cassazione "in tema di misure di confisca di prevenzione di quote di beni indivisibili, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di assegnazione formulata dal terzo comproprietario in buona fede, non è necessario che questo si titolare di una quota maggioritaria del

¹⁴ M. SESTIERI, *La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali* in AA. VV., pp.876 e ss., *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

¹⁵ F. BALATO, AA.VV., *Codice antimafia ragionato*, Nel diritto editore, 2019



bene né tantomeno l'accordo con l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati".

4. CONCLUSIONI

Alla luce dell'introduzione del nuovo comma 7-ter all'art. 48 del d.lgs. n. 159 del 2011 ad opera del D.L 4 ottobre 2018, n.113 convertito con l. 132\2018 è possibile evidenziare come il legislatore in conformità ai principi europei tutela il diritto di proprietà dei terzi comproprietari di un bene sottoposto a confisca preventiva definitiva.

In particolare, la norma prevede la possibilità per i comunisti in buona fede di richiedere l'assegnazione del bene indivisibile e ove l'assegnazione sia richiesta da più parti della comunione dispone che sia attribuita a chi ha la quota di maggioranza o in favore di più parti se vi è il loro consenso.

Invero, la norma pare individuare quale presupposto dell'assegnazione la sussistenza della sola buona fede, diversamente, come evidenziato dagli Ermellini il consenso delle parti o la sussistenza di una quota di maggioranza non possono essere ritenuti presupposti di legge sulla base dei quali escludere l'assegnazione.

L'interpretazione letterale della Corte di Cassazione si pone nell'ottica di tutelare gli interessi dei terzi coinvolti in un procedimento successivo alla confisca di prevenzione, che di per sé, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti è una misura ablatoria applicata in assenza di una sentenza di condanna che non può avere come effetto indiretto la limitazione del diritto di proprietà di terzi comproprietari estranei agli illeciti contestati al proposito in casi in cui sussista la buona fede degli stessi.



LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE E IL PROCESSO PENALE: PROFILI EMERGENTI A SEGUITO DEGLI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

di Chiara VALERI*

ABSTRACT

A seguito del susseguirsi degli interventi del legislatore negli ultimi anni, nel diritto tributario si è registrata una ingente proliferazione degli strumenti presuntivi nell'attività di accertamento fiscale condotto dalla amministrazione finanziaria. Pertanto, dopo una iniziale panoramica volta ad illustrare le principali presunzioni tributarie, si procede ad eseguire un'analisi della loro qualificazione giuridica nella materia fiscale ed a osservare il loro conseguente utilizzo nel relativo procedimento amministrativo-tributario, soprattutto a seguito della riforma prevista dalla L. 130/2022. Si prosegue la disamina della tematica attraverso un'analisi -inizialmente condotta in termini generali- dell'ammissibilità della presunzione tributaria nel procedimento penale, del quale ultimo vengono esaminate le principali regole vigenti nella fase probatoria. L'attualità della tematica impone uno sguardo alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, della quale si segnalano alcune recenti sentenze che, ad avviso di chi scrive, inquadrano lo stato dell'arte della questione, offrendo anche spunti ulteriori con riferimento alla specifica materia cautelare.

SOMMARIO

1. Le presunzioni ed il meccanismo operativo	109
2. Le presunzioni tributarie semplici	110
3. Le presunzioni legali tributarie	111
4. Meccanismo operativo e differenze tra presunzioni semplici e legali	114
5. Presunzioni giurisprudenziali in ambito tributario.....	114
6. Regime probatorio nel diritto tributario alla luce della l. 130/2022	115

7. Regime probatorio nel diritto processuale penale	117
8. Doppio binario sanzionatorio e regime probatorio delle presunzioni ...	119
9. Cassazione penale, 5 ottobre 2018, nr. 44562	121
10. Cassazione penale, 22 dicembre 2020, nr. 36915	121
11. Divergenza rispetto al regime di accertamento cautelare reale.....	122
12. Conclusioni.....	123

1. LE PRESUNZIONI ED IL MECCANISMO OPERATIVO

Le presunzioni sono definite, a norma dell'art. 2727 c.c., come le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto non noto.

Una simile definizione coglie l'essenza delle presunzioni, le quali, in quanto ricavate dalla legge o desunte mediante ragionamento e non percepite direttamente dal giudice, si distinguono evidentemente dai veri e propri mezzi di prova: mentre le presunzioni sono costituite da fatti tesi a dedurre il fatto da provare e non preordinate alla sua rappresentazione, di contro, le fonti di prova svolgono la funzione diretta a rappresentare fatti oggetto di prova.

Orbene, a fronte di questa distinzione comprovata ed approvata dalla maggior parte della dottrina, è condivisibile la posizione di quanti hanno

* Dottoressa in Legge.

annoverato la prova per presunzioni all'interno della categoria delle c.d. prove indirette, le quali necessitano di un'azione logica che consenta al giudice di risalire dalle stesse al fatto da provare.

2. LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE SEMPLICI

Quanto alla materia del diritto tributario, particolare attenzione deve riservarsi alle presunzioni c.d. semplici, le quali, di norma, di per sé sole non possono essere utilizzate dall'Amministrazione finanziaria per rettificare il reddito imponibile di un contribuente, ma necessitano di essere corroborate da ulteriori elementi indiziari della presunta evasione.

In base all'art. 2729 c.c. le presunzioni semplici sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi precise e concordanti.

Con riferimento al diritto tributario, dunque, per quanto concerne le presunzioni semplici, i fatti sui quali si fondano devono essere provati in giudizio ed il relativo onere grava sull'Amministrazione finanziaria, la quale è tenuta a dimostrare che gli elementi presuntivi posti a base della pretesa impositiva abbiano i caratteri di gravità, precisione e concordanza.

Orbene, con riferimento alle presunzioni semplici, si ritiene utile approfondire quanto previsto in

relazione all'attività di accertamento della Amministrazione finanziaria condotta mediante studi di settore.

Gli studi di settore costituiscono mezzi di accertamento parziale ricadenti nella previsione di cui all'art 39 comma 1, lett. d) d.P.R 600/1973¹ ed appartengono al novero dei metodi di rettifica di specifiche poste reddituali previsti al fine di correggere -in aumento- i valori dichiarati dei ricavi e dei compensi. Ai sensi della suddetta norma, in presenza di scritture regolarmente tenute, l'esistenza di attività non dichiarate, così come l'inesistenza di passività, può essere desunta sulla base di presunzioni semplici con l'accortezza che queste siano gravi, precise e concordanti. Gli studi di settore, da soli, dunque, non possono costituire motivo sufficiente per sostenere un accertamento perché debbono sottostare al regime delle prove presuntive².

Sul punto, la giurisprudenza di merito e di legittimità -costantemente- ha avuto modo di affermare che perché sia legittima l'adozione del criterio induttivo di cui all'art 39 d.P.R 600/1973 da parte dell'amministrazione finanziaria -ai fini dell'accertamento del maggior reddito di impresa- non basta il solo rilievo dell'applicazione da parte del contribuente di una percentuale di ricarico diversa da quella risultante dallo studio di settore, ma occorre che risulti qualche elemento ulteriore incidente sulla attendibilità complessiva della dichiarazione³.

¹ Ai sensi art 39, comma 1, lett. d) per i redditi di impresa, l'ufficio procede alla rettifica se l'incompletezza, la falsità o l'inesattezza degli elementi indicati nella dichiarazione e nei relativi allegati risulta dall'ispezione delle scritture contabili e dalle altre verifiche di cui all'art. 33 ovvero dal controllo della completezza, esattezza e veridicità delle registrazioni contabili sulla scorta delle fatture e degli altri atti e documenti relativi all'impresa nonché dei dati e delle notizie raccolti dall'ufficio nei modi previsti da art. 32. L'esistenza di attività non dichiarate o la inesistenza di passività dichiarate è desumibile anche sulla base di presunzioni semplici purchè queste siano gravi precise e concordanti.

² In sintesi, gli studi di settore possono fondare l'accertamento se: 1) lo studio di settore è stato elaborato con validati criteri statistici, applicabili al settore produttivo di appartenenza del contribuente, da lui stesso conoscibili; 2) gli scostamenti tra i ricavi dichiarati e i ricavi risultanti dallo studio di settore sono supportati da prove documentali o comunque presunzioni aventi i requisiti di gravità, precisione e concordanza di cui gli studi sono privi; 3) lo studio di settore deve essere rappresentativo dell'attività concretamente svolta dal contribuente.

³ Cassazione civile 11.09.2009, n. 19632

Ancora, recentemente la Suprema Corte ha rammentato che la procedura di accertamento tributario standardizzato condotto mediante l'applicazione di studi di settore costituisce un sistema di presunzioni semplici la cui gravità precisione e concordanza non è *ex lege* determinata dallo sconfinamento del reddito dichiarato rispetto agli *standards* in sé considerati, ma nasce solo a seguito ed in esito del contraddittorio con il contribuente da attivare obbligatoriamente, pena la nullità dell'accertamento stesso⁴.

Inoltre, la stessa giurisprudenza ha evidenziato che in tema di accertamento standardizzato mediante studi di settore il contraddittorio con il contribuente rappresenta un elemento imprescindibile ed essenziale del giusto procedimento che legittima l'azione amministrativa, specialmente quando si faccia riferimento ad una elaborazione statistica rispetto alla quale sia necessario un adeguamento alla concreta realtà economica e reddituale⁵.

Se ne ricava che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la motivazione dell'atto di accertamento non possa esaurirsi nel mero rilievo dello scostamento dai parametri individuati ma debba essere integrata -anche sotto il profilo probatorio- con le ragioni per le quali siano state disattese le contestazioni sollevate dal contribuente in sede di contraddittorio, in quanto solo in tal modo emerge la gravità, precisione e concordanza attribuibile alla presunzione, nonché la possibilità per il contribuente di reagire mediante prova contraria.

Pertanto, quanto all'onere probatorio in tale ambito, proprio in sede di contraddittorio tra ufficio procedente e contribuente, quest'ultimo ha la facoltà di contestare l'applicazione dei parametri

provando le circostanze concrete che giustificano lo scostamento della propria posizione reddituale, con ciò costringendo l'ufficio procedente -ove ritenga non attendibili le allegazioni di parte- ad integrare la motivazione dell'atto impositivo, indicando le ragioni del suo convincimento.

Tuttavia, ogniqualvolta il contraddittorio sia stato regolarmente attivato, ed il contribuente ometta di parteciparvi, ovvero si astenga dal compiere qualsiasi attività di allegazione, secondo la Suprema di Cassazione l'Ufficio non è tenuto ad offrire alcuna ulteriore dimostrazione della pretesa esercitata, in ragione del semplice disallineamento del reddito dichiarato rispetto ai menzionati parametri⁶.

3. LE PRESUNZIONI LEGALI TRIBUTARIE

Diversamente da quanto testè evidenziato, le presunzioni c.d. legali sono quelle il cui valore probatorio è riconosciuto dalla legge e da sole sono sufficienti a legittimare la rettifica del reddito imponibile e, negli ultimi anni, la proliferazione di tale categoria giuridica in ambito tributario ha assunto dimensioni significative al fine di ampliare la platea dei contribuenti. Pertanto, il legislatore ha introdotto in favore dell'Amministrazione finanziaria meccanismi presuntivi in cui l'inversione dell'onere probatorio ha l'immediato effetto di potenziarne i poteri di accertamento.

All'interno della categoria delle presunzioni legali, come noto, si suole distinguere tra presunzioni assolute -per le quali non è ammessa prova contraria- e relative -per le quali è consentito al

⁴ Cassazione civile, ord., 28.09.2022, n. 35203

⁵ Cassazione civile ord. 18.12.2017, n. 30370; ord. 4.10.2022, n. 28742

⁶ Cassazione civile ord. 11.07.2023, n. 19748 in forza della quale se il contribuente non partecipa al contraddittorio regolarmente costituito, la rilevazione dello scostamento da

parte dell'amministrazione finanziaria, in assenza di elementi con cui il contribuente ne spieghi la sussistenza, assume la dignità di indizio grave, preciso, e concordante idoneo, pur se unico, a supportare la dimostrazione del fatto ancora sconosciuto, ai sensi art 2729 c.c.

contribuente dimostrare l'insussistenza della pretesa impositiva.

Nell'ambito delle presunzioni legali assolute rientrano, ad esempio, alcune delle disposizioni in materia di residenza fiscale⁷ contenute nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Rispetto a tali forme di presunzioni, il contribuente non può in alcun modo dimostrare il contrario, anche se la Corte di Cassazione, in due ordinanze, ha superato la presunzione assoluta attraverso una diversa valutazione, ad opera dei giudici tributari, dei fatti individuati dall'Ufficio procedente come costitutivi della presunzione legale stessa⁸.

Tra gli esempi di presunzioni legali tributarie relative si menziona, in materia di accertamenti bancari, in tema di imposte dirette, la presunzione di redditività delle movimentazioni bancarie ex art 32, comma 1, n. 2) d.P.R. n. 600/1973 la quale prevede che *“i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati rispettivamente a norma del numero 7) e dell'art 33, secondo e terzo comma, o acquisiti ai sensi art 18, comma 3, lett b), del D.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 38,39, 40 e 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine; alle stesse condizioni sono altresì posti come ricavi o compensi a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e sempreché*

⁷ Si veda in tal senso all'art. 2, comma 2, TUIR che per le persone fisiche sancisce che *“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”*; ancora, art. 73, co. 3, TUIR che per le persone giuridiche prevede che *“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello stato”*.

⁸ Nella specie, l'affidamento dei figli è stato ritenuto non idoneo ad individuare il domicilio in Italia non richiedendosi

non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti o operazioni”.

Circa la prova contraria, occorre dare atto di un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità in forza del quale alla presunzione legale relativa basata sui prelievi e i versamenti bancari va contrapposta una prova e non una presunzione semplice o una mera affermazione di carattere generale⁹.

Va segnalata, poi, la presunzione di evasione per gli investimenti stranieri non dichiarati di cui all'art. 12 del d.l. 78/2009. Tale norma ha stabilito che, ai soli fini fiscali, gli investimenti e le attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato in violazione degli obblighi di dichiarazione previsti dalla normativa sul monitoraggio fiscale, si presumono costituiti mediante redditi sottratti a tassazione, salvo prova contraria fornita dal contribuente.

Infine, all'interno della categoria delle presunzioni legali, merita un approfondimento la questione attinente al redditometro di cui all'art. 38 d.P.R. 600/1973.

Sul punto, a seguito delle elaborazioni giurisprudenziali, sembra essere convincente l'interpretazione volta ad assimilare tale metodo di accertamento agli studi di settore, conferendogli in tal modo valore di presunzione semplice e non di presunzione legale, come invece sostenuto da parte

per l'esercizio della potestà genitoriale una presenza costante sul territorio italiano -cfr. Cass. Sez. Trib. Ord. n. 23249 e 23250 del 17 novembre 2010-.

⁹ cfr. Cass. Sent. 9.08.2005 n. 18016; cfr. Cass. Sent. 13.06.2007 n. 13818 e Cass. Sent. 26.01.2007 n. 1739 ove si dà atto che la prova che il contribuente è tenuto a dare circa la non riferibilità ad operazioni imponibili deve essere specifica e riguardare analiticamente i singoli movimenti bancari in modo da dimostrare che ciascuna delle operazioni effettuate è estranea a fatti imponibili; Cass. Sez. Trib. 16.04.2010 n. 9146 nella quale si legge che a fronte della presunzione di maggiori ricavi prevista dalla norma il contribuente non può offrire come prova contraria un'altra presunzione.

dell'amministrazione finanziaria e della più consistente giurisprudenza di merito e di legittimità.

Si distingue, in tal senso, la sentenza della Corte di Cassazione n. 23554/2012 con la quale è stato chiarito che lo strumento del redditometro integra una presunzione semplice, attraverso la quale si perviene alla determinazione del reddito complessivo presunto del contribuente mediante gli elementi indicativi della capacità contributiva.

In precedenza, la stessa Suprema Corte, seppur in maniera indiretta, equiparando il redditometro agli studi di settore, aveva stabilito che anche il primo, come i secondi, è assistito da una presunzione semplice, di cui più ampia motivazione era stata fornita dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 26635/2009.

Pertanto, anche al redditometro risultavano applicabili i principi sanciti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, in particolar modo quelli previsti in materia di onere probatorio.

Se, dunque, si condivide la natura di presunzione semplice del redditometro, l'ufficio procedente è tenuto ad integrare la propria pretesa con ulteriori elementi di supporto, a pena di nullità; diversamente, se si accoglie la ricostruzione in termini di presunzione legale -relativa- è sufficiente il riscontro degli elementi indicativi della capacità contributiva per legittimare l'accertamento.

I giudici di legittimità, nella sentenza poc'anzi richiamata, hanno stabilito che *“l'accertamento sintetico disciplinato da art 38 d. P. R. n. 600/1973, già nella formulazione anteriore a quella successivamente modificata da art 22 del d.l. 78/2010 [...] tende a determinare, attraverso presunzioni semplici, il reddito complessivo presunto del contribuente”*.

¹⁰ Le versioni di tale articolo prima e dopo l'intervento del legislatore nel 2010 risultano differenti: quella precedente, in particolare, poteva indurre a ritenere la sussistenza di una presunzione legale relativa a favore dell'amministrazione finanziaria procedente in quanto consentiva l'accertamento

Tanto evidenziato, se ne ricava che non solo lo strumento presuntivo risultante dal nuovo testo post d.l. 78/2010 integra una presunzione, ma che la medesima natura doveva riconoscersi anche sotto la vigenza del vecchio testo normati art. 38 d.P.R. 600/1973¹⁰.

In conclusione, si evidenzia come, con specifico riferimento allo strumento di cui all'art 38 d.P.R. 600/1973, la giurisprudenza da ultimo considerata, ritenga che sia annoverabile all'interno della categoria delle presunzioni semplici, necessitando, in quanto tale, di ulteriori elementi probatori per poter assicurare a quel livello di qualificazione tale da renderla utilizzabile nell'ambito dell'attività di accertamento.

Da ultimo, si segnala la presunzione di indebitabilità dell'IVA da parte dell'acquirente di beni e servizi in presenza di una violazione delle obbligazioni tributarie da parte del venditore o del committente: dunque, nell'ipotesi in cui l'amministrazione finanziaria sospetti che il contribuente abbia intrattenuto rapporti commerciali con un soggetto che non ha versato l'IVA, o che sia implicato nella c.d. frode carosello di portata transnazionale, sarà il primo a dover dimostrare la propria estraneità al meccanismo evasivo e la relativa buona fede.

A fronte quindi dell'elencazione nei termini sopra indicati, è possibile affermare che la peculiarità di alcune presunzioni legali nel processo tributario emerge dal fatto che esse, pur non essendo volte al convincimento del giudice, come quelle semplici, possono essere poste a base della decisione se il

presuntivo sulla base di elementi e circostanze di fatto certi e per l'accertamento da incrementi patrimoniali la norma riportava l'espressione 'si presume'. Invece, nel testo post riforma del 2010 non vi è alcun riferimento agli elementi certi e precisi, né si fa espresso richiamo alle presunzioni.



contribuente non fornisce una controprova -talvolta specificamente indicata dal legislatore stesso¹¹-.

4. MECCANISMO OPERATIVO E DIFFERENZE TRA PRESUNZIONI SEMPLICI E LEGALI

Quanto all'operatività delle presunzioni semplici e legali in ambito tributario¹², occorre prendere atto che, in concreto, la differenza tra le suddette presunzioni rileva in termini di ripartizione dell'onere della prova: nel primo caso -ovvero presunzioni semplici- l'amministrazione finanziaria dovrà dimostrare che la presunzione soddisfa i requisiti della gravità, precisione e concordanza, e, quindi, la sussistenza dei fatti costitutivi della pretesa impositiva; nel secondo caso -ovvero le presunzioni legali relative- le presunzioni assurgono a fatti costitutivi della pretesa tributaria senza ulteriori oneri a carico dell'Ufficio procedente, il quale pertanto potrà fondare l'avviso di accertamento sulla base delle sole presunzioni, con inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, chiamato a dimostrare l'inefficacia della ricostruzione reddituale presuntiva sulla base di fatti modificativi o estintivi.

Per cui, in sede processuale, in caso di presunzioni semplici il giudice può valutare gli elementi presuntivi secondo il suo libero apprezzamento *ex art. 116 c.p.c.*, salvo che sia la legge stessa a disporre diversamente e nei limiti di ammissibilità delle stesse secondo quanto disposto dall'*art. 2729 c.c.*¹³; nelle ipotesi -invece- di presunzioni legali al giudice

non è consentito modificare il valore probatorio attribuito dalla legge ai fatti costituenti la presunzione, ma solo di valutare la prova contraria offerta dal contribuente in termini di idoneità a superare la prova legale.

Occorre, in aggiunta, dare atto che nella normativa tributaria esistono due deroghe -con riferimento alla materia delle imposte dirette- ai principi sin qui analizzati e stabiliti dal codice civile.

In particolare, in presenza di violazioni particolarmente gravi, le disposizioni di cui agli artt. 39, comma 2, del d.P.R. 600/1973, per gli accertamenti c.d. induttivi, e 41, comma 2, del medesimo d.P.R., per ipotesi di omessa dichiarazione, consentono all'Amministrazione finanziaria di effettuare la rettifica sulla base di presunzioni semplici, che siano anche prive dei caratteri della gravità, precisione e concordanza.

Preme, comunque, evidenziare che in quanto eccezioni, devono essere espressamente stabilite per legge e non incidono sulla considerazione circa il fatto che le presunzioni semplici richiedono, come regola e di norma, che il ragionamento presuntivo porti ad un'elevata probabilità del fatto presunto.

5. PRESUNZIONI GIURISPRUDENZIALI IN AMBITO TRIBUTARIO

Negli ultimi decenni in giurisprudenza si è sviluppata la categoria delle c.d. presunzioni giurisprudenziali quale ipotetica terza via tra le presunzioni semplici e quelle legali.

Secondo la più attenta dottrina, le presunzioni giurisprudenziali corrisponderebbero a quegli

¹¹ Si veda F. Amatucci, Criteri di valutazione e utilizzo della prova nel processo tributario, in *Giustizia Tributaria* n. 2/2008, 214

¹² Si veda per una più ampia disamina della questione, A. MARCHESELLI, *Le presunzioni tributarie: dalle stime agli studi di settore*, Torino, Giappichelli editore, 2008

¹³ Le presunzioni semplici non possono ammettersi nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni: in materia contrattuale, pertanto, le presunzioni non saranno ammesse se il valore dell'oggetto del contratto considerato eccede gli euro 2,58, salvo che l'autorità giudiziaria consenta l'ammissibilità delle stesse tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza a norma art. 115 c.p.c.

orientamenti consolidati della giurisprudenza relativi al giudizio di fatto i quali ritengono accertata una determinata fattispecie in presenza di qualche elemento o fatto diverso ma indiziario. La peculiarità consiste nel fatto che a tali presunzioni negli ultimi anni si è attribuito un ampio effetto che consiste nell'inversione dell'onere della prova in ambito tributario, similmente a quanto accade per le presunzioni legali.

Come evidenziato poco sopra, nel rapporto tributario l'onere della prova compete all'Amministrazione finanziaria in base alla regola di cui all'art 2697 c.c.; tuttavia, in presenza delle presunzioni legali, l'onere della prova risulta invertito spettando, dunque, al contribuente l'onere di fornire prova idonea a vincere la presunzione.

Orbene, un simile meccanismo opererebbe anche laddove venga impiegato lo strumento delle presunzioni giurisprudenziali: pertanto, mediante l'applicazione delle stesse, di fatto la giurisprudenza inverte la regola generale in materia di distribuzione dell'onere della prova stabilendo che, pur non essendo in presenza di una presunzione legale -relativa ex art 2728 c.c.- sia il contribuente a dover fornire prova idonea a vincere la presunzione.

Tra le più comuni si annovera la presunzione giurisprudenziale secondo cui nelle società di capitali a ristretta base azionaria si presume che i maggiori utili 'in nero' conseguiti dalla società medesima si intendano percepiti dai soci. Infatti nella giurisprudenza di legittimità si è sviluppato un orientamento che associa la rideterminazione del reddito societario accertato dalla amministrazione

finanziaria con l'attribuzione dello stesso *pro quota* ai soci. Tuttavia, prima della riforma in ambito tributario attraverso la L. 130/2022, era ammessa la possibilità di superare la presunzione sia da parte del socio -il quale poteva provare la sua totale estraneità alla gestione di impresa- sia da parte della società stessa -la quale poteva provare che l'extraprofitto fosse stato accantonato o reinvestito¹⁴.

Ancora, rientra nel novero delle presunzioni giurisprudenziali quella secondo cui per le componenti negative di reddito di impresa, l'onere probatorio competerebbe al contribuente. Si evidenzia che la giurisprudenza della Suprema Corte -con un consolidato orientamento- ha sostenuto che nella determinazione del reddito di impresa, l'onere di provare la sussistenza delle componenti del reddito e dei requisiti di certezza e determinabilità delle stesse incombe -per quelle positive- sulla Amministrazione finanziaria e -per quelle negative¹⁵- sul contribuente.

6. **REGIME PROBATORIO NEL DIRITTO TRIBUTARIO ALLA LUCE DELLA L. 130/2022**

Preso atto di quanto sopra anticipato, preme soffermarsi sul regime probatorio e sull'operatività delle presunzioni nell'ambito del diritto processuale tributario.

Occorre rilevare che la materia tributaria, prima dell'introduzione del nuovo comma 5-*bis* all'art. 7 d.lgs. 546/1992 per mezzo della riforma

¹⁴ In particolare, Cassazione 32959/2018; Cassazione 37193/2019. Si segnala come la giurisprudenza della Suprema Corte abbia affermato che nel caso di società a ristretta base azionaria è legittima la presunzione di distribuzione ai soci di eventuali utili extracontabili accertati, rimanendo salva la possibilità del contribuente di offrire la prova del fatto che i maggiori ricavi non siano stati fatti oggetto di distribuzione ma, viceversa, siano stati accantonati dalla società o dalla stessa reinvestita -in questi termini Cassazione, ord. 21.02.2022, n. 5575.

¹⁵ Per cui, in tema di ripartizione dell'onere della prova, nel caso di accertamento di maggiori ricavi o compensi, spetta all'amministrazione finanziaria l'onere della prova dei componenti positive del reddito; al contrario, nel caso in cui l'amministrazione finanziaria contesti costi indeducibili, l'onere si sposta in capo al contribuente -in questi termini, cfr. Cassazione, ord. 5.11.2019, n. 28322; ord. 2.11.2022, n. 3227.

apportata con l. 130/2022, era sprovvista di una norma specifica in tema di onere della prova.

Pertanto, in ambito tributario, ha trovato applicazione l'art. 2697 c.c. in base al quale nel rapporto tributario l'Amministrazione finanziaria - che vanta un credito nei confronti del contribuente - è tenuta a fornire la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa.

In applicazione dello stesso principio, specularmente nelle liti in materia di rimborso¹⁶, spetta al contribuente la prova del fatto costitutivo.

Quanto evidenziato rappresenta la regola generale che, tuttavia, come chiarito in precedenza, risulta soggetta a deroghe quando risulti applicabile la disciplina delle presunzioni con conseguente inversione dell'onere probatorio.

Tale quadro risulta innovato con l'introduzione del comma 5-bis, art. 7 d.lgs. 546/1992

¹⁶ Sul punto, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, "è *ius receptum* nella giurisprudenza di questa Corte che, anche nel processo tributario, vale la regola generale in tema di distribuzione dell'onere della prova dettata da art. 2697 c.c., e che, pertanto, in applicazione della stessa, l'amministrazione finanziaria che vanta un credito nei confronti del contribuente, è tenuta a favorire la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa". Cfr. Cassazione, 25.10.2021, n. 29856

¹⁷ Il nuovo comma così dispone: "L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato, e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati".

¹⁸ Preme soffermarsi sull'apparente contrasto di disciplina tra la ripartizione dell'onere probatorio in tema di obbligazione tributaria - a seguito del nuovo art. 7, comma 5bis - e quella presente in tema di adempimento dell'obbligazione contrattuale, cristallizzata, come noto, nella sentenza delle SSUU 30 ottobre 2001, n. 13533. Le SSUU hanno stabilito che il creditore civilistico non sia tenuto a provare l'inadempimento del debitore come pure l'inesatto adempimento; e ciò sia che intenda far valere l'inadempimento sia che intenda

mediante art. 6 L. 130/2022 in vigore dal 16.09.2022¹⁷.

Al fine di una migliore interpretazione della disposizione, secondo i commentatori di tale norma occorre evidenziare come il primo periodo della novella legislativa preveda che l'amministrazione finanziaria debba provare i presupposti di fatto e di diritto della pretesa erariale, fornendo dunque la prova dell'*an* e del *quantum* dei fatti costitutivi dell'obbligazione tributaria.

Spetta, invece, al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati: il contribuente deve provare i fatti che comportano una riduzione del carico fiscale ovvero i fatti posti a fondamento della richiesta di rimborso¹⁸.

chiedere la risoluzione contrattuale o il risarcimento del danno. In aggiunta, la Suprema Corte rileva conforme alla esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento - senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore convenuto - fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova e -pertanto- afferma che "il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto o costitutivo dell'avvenuto adempimento".

Tutt'altra la disciplina del comma 5bis che attribuisce al creditore tributario l'onere della prova prevedendo la conseguente sanzione della pronuncia di annullamento in caso di difetto di prova. Orbene, secondo la dottrina più recente, tale severità nei confronti del creditore tributario risulta coerente con il principio di vicinanza della prova, dal momento che l'Amministrazione finanziaria è fornita di poteri invasivi - estranei al creditore privato - finalizzati ad acquisire la prova dell'accusa. Ne consegue che -in coerenza con i poteri che la legge riconosce all'Amministrazione finanziaria- la legge tributaria imponga alla stessa l'onere di provare in giudizio a pena di annullamento la fondatezza dell'atto impositivo.

Per cui le differenze tra le due discipline sono solo apparentemente vistose poiché in entrambi i casi, nella ripartizione dell'onere della prova, risulta applicato il principio di vicinanza alla prova. Sul punto, cfr. Muleo S., Riflessioni su onere

Si evidenzia come -invece- il secondo periodo attenga al potere di annullamento del giudice tributario ed individui i criteri di valutazione che il giudice è chiamato ad adottare nella valutazione delle prove¹⁹.

Per cui, ai sensi della novella, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria non assolva il proprio onere probatorio, il giudice non può acquisire d'ufficio le prove, supplendo alla mancanza di fondatezza o ad una prova insufficiente o contraddittoria: in tale circostanza ha il dovere di annullare l'atto.

Ne consegue, allora, che l'onere probatorio risulterà non assolto non solo quando la prova sia manchevole o contraddittoria ma anche nel caso in cui sia insufficiente a dimostrare in modo circostanziato e puntuale le ragioni poste a fondamento della pretesa impositiva e della irrogazione della sanzione.

Per quel che concerne la tematica in esame, ovvero il regime delle presunzioni in ambito processuale, occorre precisare quanto segue.

In primo luogo, la nuova normativa non modifica in alcun modo il meccanismo operativo delle presunzioni legali che, dunque, continuano a mantenere la loro validità e rispetto alle quali opera l'inversione dell'onere della prova²⁰.

della prova nel processo tributario in Riv. trim. dir. trib. 2021, 3, 603 ss.

¹⁹ Si è posto il problema di stabilire che tipo di grado di sufficienza probatoria sia richiesto affinché il giudice possa essere tenuto ad integrare le prove emerse in giudizio. Sul punto, con orientamento pressochè costante, la giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che il potere del giudice di disporre d'ufficio l'acquisizione di mezzi di prova possa essere utilizzato solo in regime di oggettiva incertezza al fine di integrare gli elementi istruttori in atti già forniti dalle parti e sempre che la parte su cui ricade onere della prova non abbia essa stessa la possibilità di integrare la prova già fornita ma questa risulti piuttosto ostacolata dall'essere i documenti in possesso dell'altra parte o di terzi. Sul punto, cfr. *ex multis*, Cassazione 11 maggio 2021, n. 12383

Inoltre, la nuova normativa lascia invariata anche l'applicabilità delle presunzioni semplici per le quali -come in precedenza sottolineato- una volta assolto da parte dell'Amministrazione finanziaria l'onere probatorio mediante uso di indizi gravi precisi e concordanti spetterà al contribuente fornire prova contraria.

La nuova normativa, invece, incide sulla portata applicativa delle c.d. presunzioni giurisprudenziali le quali, secondo la dottrina, consistono in una sorta di *manipolazione giurisprudenziale della distribuzione degli oneri probatori*.

Con questo modello, il giudice inverte la regola generale in materia di onere della prova attribuendo al contribuente il relativo gravame che si caratterizza per la particolarità di fornire la prova -negativa- idonea a vincere la presunzione, pur non essendo in presenza di una copertura normativa che ciò espressamente autorizzi²¹.

Ne consegue, allora, che la novella in esame produce i suoi principali effetti proprio sull'operatività delle presunzioni giurisprudenziali, limitandone l'impiego.

7. **REGIME PROBATORIO NEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE**

²⁰ Sul punto, Cassazione ord. 27.10.2022 n. 31878 con la quale i giudici di legittimità hanno chiarito che la nuova disposizione di cui al co. 5bis art 7 d.lgs. 546/1992 introdotto con L. 130/2022 ha ribadito in maniera circostanziata l'onere probatorio gravante in giudizio sull'amministrazione finanziaria in ordine alle violazioni contestate al contribuente per le quali non vi siano presunzioni legali che comportino inversione dell'onere probatorio.

²¹ Può citarsi come esempio di presunzione giurisprudenziale quella secondo la quale una volta provata l'evasione della società si presume l'evasione del socio. In tal caso, la prova che il socio di una società a ristretta base azionaria deve fornire per vincere la presunzione rappresenterebbe una c.d. *probatio diabolica*: solo i fatti positivi possono formare oggetto di prova.

Ciò posto, occorre affrontare, seppur brevemente, il tema del regime probatorio nel processo penale che è governato da regole ricavabili dagli artt. 187 c.p.p. e seguenti, quali il diritto alla prova ed il relativo onere a carico delle parti del processo, secondo il principio dispositivo; il principio di libertà morale della persona; l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite; il principio del libero convincimento del giudice e l'obbligo di motivazione; la valenza probatoria degli indizi gravi, precisi e concordanti²².

Tanto ricordato, si evince come si è inteso escludere, nell'ambito del processo penale, una regola analoga a quella di cui all'art. 2727 c.c. per il diritto civile: tale decisione è volta a confermare che nel processo penale non si può presumere, ad eccezione della c.d. presunzione di innocenza, di matrice costituzionale, in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva (art. 27, co.2 Cost.).

Nel processo penale, pertanto, incombe integralmente sul Pubblico ministero la dimostrazione della responsabilità penale dell'imputato.

Occorre, poi, aggiungere quanto previsto dall'art 193 c.p.p.²³, il quale introduce il principio

di inosservanza dei limiti probatori stabiliti da '*leggi civili*': sebbene l'espresso riferimento testuale sia ricondotto alle leggi civili, risulta pacifica l'applicazione alle leggi extrapenali, ed, in modo particolare, alle leggi amministrative e tributarie in relazione alle quali, secondo autorevole dottrina, si pongono le questioni più rilevanti e delicate.

Infatti, gli aspetti più critici si sono rinvenuti con riguardo sia al valore, in sede penale, dei c.d. accertamenti basati su presunzioni previste da leggi fiscali, sia, in sede tributaria, delle prove penali assunte con il regime probatorio delineato dal codice di rito.

Tanto considerato, dal momento che nel processo penale la valutazione delle prove è imperniata sul principio del libero convincimento del giudice, appare del tutto evidente che una prova per presunzione, in quanto preconstituita, sia inconciliabile.

La questione che preme affrontare, sia pur brevemente, attiene al rapporto, in ambito del diritto processuale penale, tra la possibilità di impiegare indizi - purché '*gravi, precisi e concordanti*' come esPLICITATO da art 192, co. 2, c.p.p.²⁴- con la necessità che il giudice pronunci sentenza di condanna quando

²² Preme evidenziare come tutta la funzione probatoria nel processo penale sia retta dal principio di legalità, in forza del quale, in linea di principio, non è consentito che si ricorra a mezzi probatori non previsti o difformi dal catalogo legale. Nel processo a struttura accusatoria, ossia di parti, sono ammessi solo atti probatori previsti dalla legge. È la condizione prima e preliminare perché la funzione probatoria, in quanto concepita come attività delle parti condotta mediante metodo dialettico, sia proficuamente esercitata. Si ricorda, pertanto, come autorevole dottrina ha più volte sottolineato, che un contraddittorio effettivo esige il rispetto del principio di legalità della prova e del principio di legalità della decisione. Si veda sul punto O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove in Procedura Penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2019.

²³ Art. 193 c.p.p.: 'Nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza'

²⁴ Le prime due connotazioni danno vigenza giuridica a regole che già sono proprie delle strutture generali della conoscenza. La precisione attiene alla premessa del ragionamento inferenziale: essa deve consistere in un dato di pratica certezza, non vago, non ambiguo nella sua consistenza storica. La gravità attiene alla conclusione del ragionamento giudiziale, che sulla base di una promessa precisa deve approdare a enunciare un fatto in termini ragionevolmente non controvertibili. La terza connotazione, concordanza, stabilisce una regola di solo fondamento legale: per fare in modo che sia assicurata la ragionevole certezza del fatto ricavato dall'operazione inferenziale, occorre che questo sia asserito grazie a una pluralità di dati indizianti tra loro concordanti nel far pervenire alla medesima conclusione. A tal proposito, rileva quanto affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione secondo la quale è possibile che nella logica della conoscenza, un singolo indizio sia sufficiente a determinare una conclusione attendibile, ma ciò non basta alla conoscenza giudiziaria -cfr.

l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli oltre ogni ragionevole dubbio a norma dell'art. 533, comma 1, c.p.p.

A fronte del sistema c.d. parzialmente dispositivo adottato dal codice di rito, è noto che il giudice penale possa pervenire ad una declaratoria di responsabilità penale dell'imputato solo in presenza di un pieno accertamento del fatto storico contestato dalla Pubblica accusa.

Tale accertamento avviene attraverso un coerente ragionamento giuridico che, dopo aver considerato i singoli elementi di prova, verifichi compiutamente se i singoli fatti storici posti a fondamento della asserita responsabilità penale dell'imputato consentano di attingere alla verità processuale, ossia alla verità limitata, umanamente accertabile e umanamente accettabile del caso di specie.

Alla luce di ciò, l'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p. aggiunge che la motivazione della sentenza deve contenere l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo all'accertamento dei fatti che si riferiscono all'imputazione, alla determinazione della pena, alla responsabilità civile derivante da reato e all'accertamento dei fatti da cui dipende l'applicazione delle norme processuali.

Ne consegue, allora, che l'accertamento della responsabilità penale deve essere basato su prove, la cui valutazione deve essere condotta secondo regole che ne assicurino la razionalità. E di ciò si deve dar conto nella motivazione del provvedimento ai sensi art. 192, co.1, c.p.p.

A tal proposito si ricorda che vi sono due ordini di regole: del primo ordine sono le regole logiche, scientifico-tecniche ed afferenti al senso comune, alle quali il giudice è vincolato in linea di razionalità; del secondo ordine sono le regole con cui la legge detta i criteri per i ragionamenti inferenziali

da svolgere in particolari situazioni probatorie, in base a quanto previsto da art. 192, co. 2,3,4, c.p.p.

Dall'analisi del dato normativo, si riscontra, in conclusione, la diffidenza del legislatore nel riconoscere generalizzata cittadinanza alle presunzioni probatorie e si può comprendere l'impiego limitato della prova indiziaria, la quale è ammessa solo in presenza dei tre requisiti di gravità, precisione e concordanza.

8. DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E REGIME PROBATORIO DELLE PRESUNZIONI

Espunta la possibilità, almeno in linea di principio, di ingresso nel processo penale di presunzioni legali, sia assolute che relative, sia di matrice penale che di matrice extrapenale, occorre a questo punto analizzare dapprima il rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo tributario, per poi cogliere la posizione della giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione in merito alla rilevanza delle presunzioni tributarie nel processo penale.

A tal proposito, uno dei pilastri centrali e diretti da evidenziare è costituito dal principio del doppio binario tra processo amministrativo tributario e processo penale.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 74/2000, i rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario trovano una compiuta disciplina agli artt. 20 e 25 del sopraindicato decreto: nello specifico, mentre l'art. 20 vieta la sospensione del procedimento tributario in pendenza di un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti, ovvero i fatti dal cui accertamento dipende la definizione della vicenda tributaria, l'art. 25 ha eliminato il principio in base al quale la sentenza penale irrevocabile assume autorità di cosa giudicata nel

Cass. Sez. Un., 12.07.2005, Mannino; ID, Sez. Un., 26.06.2014, n. 42979-.

processo tributario in relazione ai fatti materiali oggetto del giudizio penale, escludendo qualsiasi rapporto di pregiudizialità tra i due procedimenti²⁵.

Rinviando ad altra sede un'eventuale trattazione più approfondita del doppio binario tra giudizio tributario e giudizio penale²⁶, si segnala che il sistema dell'istruzione probatoria è sensibilmente differente nei due giudizi.

Nel processo tributario non è ammesso il giuramento né la prova testimoniale tipica²⁷; in aggiunta, gli Uffici tributari possono legittimamente avvalersi in alcuni casi delle presunzioni, anche quando non connotate dai requisiti di gravità, precisione e concordanza.

Diversamente, con riferimento al processo penale, gli indizi dai quali si desume l'esistenza di un fatto, devono essere gravi, precisi e concordanti in accordo con quanto previsto da art. 192 c.p.p.

Al fine di evidenziare proprio il diverso atteggiarsi della prova presuntiva nei due procedimenti, il cui rapporto, come testé ribadito, è governato dal principio del doppio binario, si evidenzia che, se nel procedimento innanzi al giudice tributario non si pongono problematiche di alcun tipo, stante la previsione di presunzioni legali tributarie e

l'operatività dell'art. 2727 c.c., tutt'altra questione si pone nel procedimento penale, soprattutto in merito all'utilizzabilità delle presunzioni tributarie dinnanzi al giudice penale, poste alla base del relativo procedimento tributario.

Costante e granitica giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione ha affermato che le presunzioni tributarie, in qualunque forma possano atteggiarsi, sono inutilizzabili nel procedimento innanzi al giudice penale.

In particolare, le presunzioni legali previste dalle norme tributarie, pur potendo avere valore indiziario, non possono costituire di per sé fonti di prova relativamente alla commissione dell'illecito, assumendo il valore di mero dato di fatto, valutabili liberamente dal giudice unitamente ad elementi di riscontro che diano certezza dell'esistenza della condotta criminosa.

Quanto detto vale in modo particolare con riferimento alla determinazione della soglia di punibilità di cui all'art. 5 d.lgs. 74/2000.

Tanto evidenziato, va affermato il principio, ribadito dalla maggioritaria giurisprudenza, secondo il quale il giudice non potrà utilizzare, ai fini della prova del fatto oggetto del procedimento, il

²⁵ A riguardo, un consolidato orientamento della Suprema Corte, pur non riconoscendo autorità di cosa giudicata alla sentenza penale, afferma che il giudice tributario, nell'esercizio dei propri poteri di valutazione ex art. 116 c.p.c. è legittimato a valutare il materiale probatorio proveniente dal procedimento penale per verificarne la rilevanza ai fini fiscali e possono altresì valere anche presunzioni inidonee a supportare una pronuncia penale di condanna: sicchè un provvedimento penale favorevole al contribuente non impedisce al giudice tributario di valutare i fatti conformemente alla tesi dell'Amministrazione finanziaria procedente. Tale orientamento consolidato rileva nell'ottica di sottolineare nuovamente che il giudice tributario ha sempre la possibilità di valutare autonomamente i fatti occorsi, secondo le regole proprie della distribuzione dell'onere probatorio nel giudizio tributario, e di valutare anche gli elementi probatori acquisiti nel processo penale, qualora ritenga di fondare il proprio convincimento su di questi.

²⁶ E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli Editore, 2016.

²⁷ Il novellato art. 7, al comma 4 -a seguito della riforma L. 130/2022- dispone che '*Non è ammesso il giuramento. La corte di giustizia tributaria, ove lo ritenga necessario ai fini della decisione e anche senza l'accordo delle parti, può ammettere la prova testimoniale, assunta con le forme di cui all'art. 257bis del codice di procedura civile. Nei casi in cui la pretesa tributaria sia fondata su verbali o altri atti facenti fede fino a querela di falso, la prova è ammessa soltanto su circostanze di fatto diverse da quelle attestate dal pubblico ufficiale*'. Ne consegue che la novità, introdotta con la l. 130/2022, consiste nell'ammissibilità, previa valutazione di rilevanza della prova in oggetto, della prova testimoniale avente forma scritta. Infatti, l'art. 257bis c.p.p. prevede un modello di testimonianza che, rispetto alla disciplina ordinaria, deroga al carattere dell'oralità.

meccanismo della mancata prova contraria per poter accertare il fatto fiscale posto alla base della imputazione a carico del contribuente-imputato.

Per cui, pare evidente che la giurisprudenza della Suprema Corte, con orientamento pressoché stabile e costante, abbia confermato che il giudice penale non possa ritenere provato un fatto di reato fiscale sulla base dell'automatismo presuntivo vigente in materia tributaria.

A questo punto pare opportuno segnalare il regime probatorio effettivo di tali presunzioni nel procedimento penale.

L'orientamento più recente e maggioritario²⁸ ritiene che l'unico regime probatorio delle presunzioni legali tributarie sia individuabile nella disciplina della prova indiziaria *ex art.* 192, co.2 c.p.p.

Trattandosi di prove indirette, in tema di criteri di valutazione, il giudice, sebbene abbia come unico criterio decisionale il principio del libero convincimento ai sensi art. 192, comma 1 c.p.p., è sottoposto al limite legale individuato, nel caso specifico, da art. 192, comma 2, c.p.p. ai sensi del quale si escludono dal novero degli elementi utilizzabili dall'organo giudicante, quelli di natura indiziaria, salvo che essi siano gravi, precisi e concordanti.

Tale previsione legislativa, in concreto, si traduce non solo in un onere motivazionale aggiuntivo al libero convincimento raggiunto, ma impone al giudicante una selezione di quegli elementi di

²⁸ cfr. *ex multis*, Cass. 13 maggio 2014, n. 19595, in lex 24; Cass sez II, 23 gennaio 2013, n. 7078 ove è stato stabilito che per l'accertamento del reato di omessa dichiarazione *ex art.* 5 d.lgs. 74/2000 non è sufficiente ritenere provata la condotta di omessa dichiarazione sulla base della sussistenza della presunzione *ex art.* 32 d.P.R. 600/1973 relativa alla presunzione di imputazione a ricavo degli accreditati operati sul conto corrente dell'impresa.

²⁹ cfr. Cass., sez. III, 5 ottobre 2018, n. 44562, nella quale la questione di fatto prendeva avvio dalle vicende fiscali portate all'attenzione del tribunale del riesame di Locri chiamato a giudicare la legittimità di un provvedimento di sequestro preventivo emesso dal G.i.p. presso il medesimo Tribunale in relazione a plurime contestazioni *ex artt.* 2 e 4 d.lgs. 74/2000. Il

natura indiziaria, di per sé esclusi, che, tuttavia, abbiano le tre caratteristiche della gravità, della precisione e della concordanza.

9. CASSAZIONE PENALE, 5 OTTOBRE 2018, NR. 44562

Quanto evidenziato è stato oggetto di attenzione da parte di una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione²⁹ ove la questione di diritto controversa atteneva al regime probatorio da riconoscere alle presunzioni tributarie.

Con la decisione in esame i giudici di legittimità hanno ribadito che le presunzioni legali tributarie possono assumere il valore di mero elemento indiziario -di per sé escluso dal novero di elementi utilizzabili dal giudice per formare il proprio libero convincimento oltre ogni ragionevole dubbio a norma dell'art 192, comma 2, c.p.p.-.

Tuttavia, tali presunzioni, in quanto elementi indiziari, possono essere assurte a prova del fatto di reato nei limiti della prova indiretta, sottostando ai relativi criteri di valutazione della precisione, gravità e concordanza.

10. CASSAZIONE PENALE, 22 DICEMBRE 2020, NR. 36915

procuratore della Repubblica presso il tribunale di Locri proponeva ricorso per cassazione in quanto riteneva non corretto l'orientamento del medesimo giudice che aveva accolto, sia pur parzialmente, l'impugnazione dell'indagato in relazione alla non applicabilità delle presunzioni legali tributarie relative ai versamenti sui conti correnti dell'imprenditore a norma art. 32 d.P.R. 600/1973. In tal caso, si richiama il principio posto a base del decreto applicativo del sequestro, in forza del quale le presunzioni legali previste dalle norme tributarie hanno un valore indiziario sufficiente, in mancanza di elementi di segno contrario a giustificare l'applicazione della misura cautelare reale. Si lamentava pertanto la mancata applicazione da parte del tribunale della presunzione relativa *ex art.* 32 d.P.R. 600/1973.

Ancora più di recente³⁰, la Corte di Cassazione ha ribadito che le presunzioni tributarie possono costituire solo elementi sui quali il giudice penale può formare il libero convincimento, non potendo costituire prova del fatto contestato: è dunque necessario, per una sentenza di condanna, che le stesse trovino riscontro in altri elementi probatori.

Nella sentenza in esame, attinente alla fattispecie della c.d. frode carosello, la Suprema Corte ha avuto modo di analizzare, in via generale, la questione della ripartizione della prova, puntualizzando che è l'Agenzia delle Entrate a provare tutti gli elementi posti a fondamento dell'ipotesi accusatoria³¹, adempiendovi anche ricorrendo alle presunzioni semplici, purché siano dotate di gravità, precisione e concordanza: ove ciò accada, è il contribuente a dover fornire la prova contraria, il cui oggetto verterà tanto sulla esistenza della prestazione quanto sulla propria buona fede³².

Ciò posto, la Corte di Cassazione ha poi nuovamente sottolineato, in linea con il costante orientamento tenuto in materia, che nel processo penale le presunzioni tributarie non possono costituire

fonte di prova della commissione dell'illecito, pur potendo avere valore indiziario: in sede penale, infatti, non si mira ad accertare il *quantum* evaso, ma l'attribuibilità o meno all'imputato della condotta illecita oltre ogni ragionevole dubbio³³.

11. DIVERGENZA RISPETTO AL REGIME DI ACCERTAMENTO CAUTELARE REALE

Quanto sin qui evidenziato in merito al regime probatorio degli elementi presuntivi tributari, nei corrispondenti procedimenti penali, non trova rilevanza in ambito cautelare reale.

La giurisprudenza del Supremo Consesso di legittimità³⁴ aveva già avuto modo di rilevare che, in ragione della natura indiziaria, le presunzioni legali tributarie possono essere poste a fondamento di un provvedimento cautelare reale³⁵.

Ancora più di recente la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione con sentenza del 14.10.2020, depositata in data 13.01.2021, n. 1083 ha chiarito che sebbene il giudice penale non possa,

sapeva o avrebbe saputo, impiegando l'ordinaria diligenza, dell'esistenza della frode: è sufficiente, pertanto, la sola colpa cosciente in capo al contribuente.

³³ Appurato che gli elementi raccolti dalla Amministrazione finanziaria hanno valore di meri indizi per il giudice penale, il quale potrà e dovrà valutarli autonomamente, insieme al restante materiale probatorio, nel caso di specie i giudici di merito, secondo il Supremo Consesso, si erano attenuti ai suindicati principi, valutando attentamente gli elementi emersi in sede di istruttoria -quali ad esempio l'assenza di dipendenti, di dichiarazioni di redditi, di scritture contabili; presenza della sede in una regione diversa rispetto a quella della S.r.l.; indicazione generica delle prestazioni effettuati; costo della fattura sproporzionato per i servizi in essa indicati.

³⁴ cfr. Cass. sez. III 23 giugno 2015, n. 308990, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., Giuffrè Ed., Milano, fasc. 1, 2015 pag 395.

³⁵ Si ricorda che per l'applicazione della misura cautelare reale non occorre che il compendio indiziario sia grave *ex art.* 273 c.p.p., ma è sufficiente l'esistenza del c.d. *fumus commissi delicti* da accertarsi in concreto.

³⁰ cfr. Cass., 22 dicembre 2020, n. 36915 ove l'imputato ricorrente -per mezzo del difensore di fiducia-, per quel che interessa in questa sede, ripercorrendo le censure sollevate con l'atto di appello, sosteneva [...] che i giudici di appello non avrebbero applicato correttamente i canoni di valutazione imposti dall'art. 192 c.p.p. con particolare riferimento alla sussistenza o meno di una piena consapevolezza e partecipazione dell'imputato all'asserita frode, nella specie dolo specifico di evasione, che avrebbe dato origine alla notizia di reato; sosteneva infine che non sarebbe consentito nel processo penale l'applicazione di mere presunzioni tipiche del processo tributario per ciò che attiene all'elemento costitutivo della consapevolezza della frode che non potrebbe essere dato per presunto.

³¹ Nel caso di specie, è l'Ufficio procedente a dover provare gli elementi di fatto costitutivi la frode, la natura di cartiera del cedente -come ad es. l'assenza di una struttura, di operatività, della costante omissione del pagamento delle imposte-, la connivenza del cessionario

³² Preme evidenziare che in simili fattispecie di reato la giurisprudenza di legittimità e comunitaria ha precisato che l'ufficio procedente è tenuto a dimostrare che il contribuente

in generale, fare ricorso in sede di giudizio alle presunzioni tributarie semplici che, comportando l'inversione dell'onere della prova, sovvertono alla radice il principio della presunzione di innocenza dell'imputato, tuttavia, ai fini della cautela reale è sufficiente la oggettiva sussistenza indiziaria del reato, a prescindere da qualsiasi profilo che riguardi la colpevolezza del suo autore, legittimando il ricorso alle presunzioni tributarie anche la radicale diversità del criterio di giudizio.

Pertanto, sul punto, è pacifica la giurisprudenza orientata nel ritenere integrato l'elemento costitutivo del provvedimento cautelare ablativo solamente dalla semplice sussistenza dell'elemento presuntivo tributario come indizio del fatto di reato.

Ne consegue, dunque, che la presunzione legale tributaria, pur non potendo assurgere ad elemento di prova del fatto di reato, può operare quale elemento sufficiente per corroborare la sussistenza del *fumus commissi delicti* necessario per supportare il provvedimento cautelare reale.

12. CONCLUSIONI

A conclusione di quanto esaminato, si può ritenere che le presunzioni legali tributarie svolgono, in ambito penale, un ruolo di sicura, quanto decisiva, rilevanza, soprattutto per quanto concerne la materia cautelare.

Per quanto riguarda, invece, la rilevanza delle presunzioni tributarie in relazione ai rapporti tra processo penale e accertamenti fiscali, si segnala la recente sentenza della Corte di Cassazione 3.11.2023 n. 44170 con la quale i giudici di legittimità -ribadendo il costante orientamento- hanno indicato i limiti di utilizzabilità delle presunzioni

legali previste dalle norme tributarie all'interno del processo penale.

Secondo la Corte, per l'accertamento dell'*an* e del *quantum* dell'imposta dovuta è necessario far riferimento alla legislazione fiscale, la quale si avvale anche di presunzioni.

In questa delicata operazione di ricostruzione, il giudice penale deve utilizzare gli strumenti posti a sua disposizione dal codice di rito ed adottare il criterio del 'giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio' - corollario della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2 Cost.

Di conseguenza, il giudice non può far ricorso alle presunzioni tributarie semplici che, comportando una inversione dell'onere della prova, sovvertono il principio di presunzione di innocenza dell'imputato.

Il giudice penale può utilizzare le informazioni ed i dati acquisiti dagli uffici finanziari nell'ambito dell'attività di cui al d.P.R n. 600/1970 artt. 31-*bis*, 32, e 33, ma non può anche avvalersi degli stessi criteri di giudizio previsti per l'accertamento presuntivo dell'imposta dovuta che, sul piano fiscale, risultano giustificati dal comportamento non collaborativo del contribuente³⁶.

Ne consegue che non v'è spazio -in ambito penale- per l'ingresso di presunzioni, ma solo di indizi, valorizzabili a fini di prova nei limiti e modi indicati da art 192 c.p.p., co. 2 in quanto nel processo penale vale uno statuto probatorio necessariamente strumentale al tendenziale accertamento della corrispondenza al vero del fatto contestato nel capo di imputazione.

Dunque, le presunzioni tributarie non possono costituire *ex se* fonte di prova della commissione dell'illecito, ma assumono valore di dati liberamente valutabili dal giudice penale, unitamente ad

³⁶ In merito ai rapporti tra diritto al silenzio e gli accertamenti fiscali si segnala quanto affermato dalla Corte Costituzionale n. 84/2021 e rinviando inoltre a quanto evidenziato da

A. Marcheselli in Il diritto al silenzio tra diritti fondamentale e doveri fondamentali in materia tributaria in Consulta Online Fascicolo II 2021.



elementi di riscontro che diano certezza della sussistenza della condotta criminosa.



LA DURATA DELLE INDAGINI PRELIMINARI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI DIRITTI E AI DOVERI DELLE PARTI*

di **Alessandro RAMUNDO****

ABSTRACT

L'articolo si propone di analizzare le principali novità introdotte dalla riforma Cartabia in materia di indagini preliminari, con particolare attenzione ai diritti e doveri delle parti coinvolte nel procedimento penale. In particolare, si focalizza sulle modifiche apportate agli articoli 405, 406 e 407 del codice di procedura penale, che riguardano i termini di durata delle indagini, i criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, i presupposti per l'esercizio dell'azione penale e le modalità di proroga e riapertura delle indagini. L'articolo valuta criticamente l'impatto di tali riforme sull'efficienza e sulla qualità del processo penale, evidenziando i possibili benefici e i rischi connessi alla nuova disciplina. Tra gli aspetti più rilevanti, si analizza il delicato equilibrio tra la necessità di garantire indagini efficaci e tempestive e la tutela dei diritti individuali delle persone sottoposte a indagine, delle persone offese e delle altre parti processuali. Infine, si sottolinea l'importanza di prevenire e contrastare eventuali abusi o irregolarità nelle indagini preliminari, promuovendo trasparenza, equità e responsabilità nel sistema giudiziario.

SOMMARIO

1. Riforma cartabia: analisi sulla tempistica delle indagini preliminari e il presupposto per l'esercizio dell'azione penale 125

2. I principi per stabilire l'ordine di importanza per la trattazione delle notizie di reato 127

3. I termini delle indagini 129

4. I termini per le determinazioni.... 131

5. L'archiviazione..... 135

6. La riapertura delle indagini 137

1. RIFORMA CARTABIA: ANALISI SULLA TEMPISTICA DELLE INDAGINI PRELIMINARI E IL PRESUPPOSTO PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE

La riforma Cartabia si concentra sulla procedura penale, con particolare attenzione alla durata delle indagini preliminari e ai requisiti per avviare l'azione penale. Questi aspetti sono cruciali nel contesto giuridico, influenzando la tempestività della giustizia e il rispetto dei diritti delle parti coinvolte nel processo¹. La riforma affronta inizialmente la questione della durata delle indagini preliminari, cercando un equilibrio tra rapidità ed efficacia. L'obiettivo è ottimizzare questo equilibrio per garantire un'indagine efficiente senza compromettere la qualità dell'accertamento dei fatti. Il secondo punto chiave riguarda le condizioni per avviare azioni penali, cercando di rendere più chiare e precise le circostanze in cui l'autorità giudiziaria può procedere dopo le indagini preliminari. La riforma potrebbe anche introdurre meccanismi per valutare la proporzione tra la complessità del caso e la durata delle indagini, evitando prolungamenti eccessivi. La

* Questo articolo si focalizza sulla riforma Cartabia nel contesto delle indagini preliminari del sistema giudiziario italiano, esaminando in particolare come le modifiche legislative influenzino la durata delle indagini preliminari.

** Dottore magistrale in Giurisprudenza, già abilitato alla professione forense.

¹ GIOVANNINI, FRANCESCO. "Riforma Cartabia, focus su durata delle indagini preliminari e presupposto dell'esercizio dell'azione penale". *NT+ Diritto*, 09 Marzo 2023, pp. 1-3.

legge Cartabia, nota come D.L.vo n. 150 del 10.10.22, rappresenta una significativa riforma nel sistema penale, mirando a accelerare i procedimenti in risposta alle esigenze del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Sebbene il miglioramento del sistema giudiziario richieda interventi strutturali, come un aumento delle risorse umane e materiali, alcune innovazioni introdotte, come il nuovo regime di durata delle indagini preliminari e le regole sull'esercizio dell'azione penale, possono essere considerate utili per raggiungere l'obiettivo.

La riforma dell'art. 405, comma 2, del codice di procedura penale stabilisce nuovi limiti temporali per le indagini condotte dal Pubblico Ministero una volta che il nome dell'indagato è registrato nel registro delle notizie di reato. Il periodo è fissato a sei mesi per i reati contravvenzionali e a un anno per i delitti, salvo quelli di maggiore gravità o rilevanza, per i quali il termine iniziale è esteso a un anno e mezzo secondo l'art. 407, comma 2, c.p.p. La riforma mira a cambiare il regime delle proroghe di indagine, che precedentemente consentiva al Pubblico Ministero di richiederle, a volte in modo ingiustificato, contribuendo così alla prolungata durata delle indagini. In particolare, la pratica delle proroghe motivate da formule di stile era diffusa nel sistema precedente, con la convinzione che il periodo a disposizione per le indagini si estendesse fino ai massimi consentiti dalle proroghe, anche quando non giustificate dalla complessità delle indagini o da altre ragioni oggettive.

L'articolo 406, commi 1 e 2, del codice di procedura penale stabilisce che il Pubblico Ministero può richiedere una sola proroga, non superiore a sei mesi, motivata dalla reale complessità delle indagini anziché da una generica "giusta causa". È responsabilità dei Giudici per le indagini preliminari verificare che le indagini siano effettivamente complesse per giustificare una proroga oltre il termine ordinario indicato dall'art. 405 c.p.p.

L'articolo 407-*bis* c.p.p. introduce una disposizione significativa, fissando una durata precisa per il "termine di riflessione" del Pubblico Ministero al termine delle indagini. Questa novità colma una lacuna nel sistema precedente, in cui mancava un termine massimo entro il quale il Pubblico Ministero doveva prendere una decisione sull'esito del procedimento, esercitando l'azione penale o chiedendo l'archiviazione.

La norma stabilisce che la decisione del Pubblico Ministero, sia a favore dell'esercizio dell'azione penale che per l'archiviazione, deve intervenire entro tre mesi. Questo termine è considerato "ordinatorio", senza sanzioni processuali per il mancato rispetto. Tuttavia, l'articolo 415-*ter* del codice di procedura penale prevede la possibilità per l'indagato e la persona offesa di intraprendere iniziative per affrontare l'eventuale inerzia del Pubblico Ministero.

La modifica più significativa nel codice di procedura penale riguarda il primo comma dell'articolo 408. Secondo la modifica, il Pubblico Ministero deve richiedere l'archiviazione del procedimento se, al termine delle indagini, constata che "gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna" per l'indagato. Questa innovazione introduce un criterio di selezione mirato a evitare procedimenti penali privi di sufficiente fondamento probatorio. A differenza della pratica precedente, che richiedeva l'archiviazione solo se gli elementi acquisiti non erano "idonei a sostenere l'accusa in giudizio", il nuovo testo si focalizza su una previsione di condanna ragionevole, considerando la qualità e la rilevanza delle prove. Questo approccio mira a prevenire procedimenti senza un fondamento probatorio sufficiente, concentrando le risorse giudiziarie su casi più solidi.

La recente modifica legislativa impone al Pubblico Ministero di richiedere l'archiviazione se non può formulare una "ragionevole previsione di



condanna" dell'indagato, alzando il livello di esigenza rispetto al precedente criterio basato sulla possibilità di "sostenere l'accusa in giudizio". Questo nuovo standard mira a garantire che i procedimenti penali siano avviati solo quando esiste una solida base probatoria. L'approccio rafforzato richiede una valutazione più approfondita e precisa delle prove raccolte durante le indagini, con l'obiettivo di razionalizzare l'azione penale e evitare procedimenti carenti di fondamento probatorio. La revisione normativa dovrebbe condurre a una selezione più accurata e severa dei casi che avanzano alla fase dibattimentale, eliminando procedimenti chiaramente infondati e anche quelli incerti difficili da prevedere in termini di condanna basata sugli elementi raccolti durante le indagini.

Il cambiamento implica che il Pubblico Ministero non può più contare sul processo per correggere prove incerte o incomplete. La richiesta di una prognosi di condanna è ora più rigorosa, enfatizzando l'importanza di un fondamento probatorio solido fin dall'inizio del procedimento penale. L'obiettivo è prevenire procedimenti senza basi solide, contribuendo a razionalizzare l'azione penale.

La sfida principale è ridurre il numero dei processi per alleviare il carico del sistema giudiziario e abbreviare i tempi processuali. Concentrare risorse sui casi meritevoli è essenziale. L'efficacia di questa innovazione dipenderà dalla volontà e capacità della magistratura di adottarla concretamente. La nuova normativa promuove una valutazione approfondita della solidità delle prove sin dalle fasi investigative, mirando a eliminare procedimenti con carenze di basi solide per una selezione più precisa dei casi in tribunale.

L'adozione efficace di questo approccio non solo semplificherebbe la gestione dei procedimenti, ma assicurerebbe anche una giustizia più veloce ed

equa. Tuttavia, come accade per qualsiasi riforma, il suo successo sarà determinato dalla concreta implementazione e adozione nell'ambito giudiziario².

2. I PRINCIPI PER STABILIRE L'ORDINE DI IMPORTANZA PER LA TRATTAZIONE DELLE NOTIZIE DI REATO

La riforma introduce "criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato e per l'esercizio dell'azione penale" (art. 3 disp. att. c.p.p. e art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 106/2006), rappresentando un intervento culturalmente significativo. Questa innovazione influisce sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, mantenendo l'obbligo di indagare, ma modulando l'esecuzione di tali doveri³. Le notizie di reato con specifiche caratteristiche, identificate dai criteri di priorità, devono essere trattate con precedenza nelle indagini e nelle decisioni sull'azione, sollevando interrogativi sulla compatibilità con l'art. 112 della Costituzione, in un contesto in cui l'obbligatorietà dell'azione penale è un pilastro del principio di legalità e uguaglianza nel processo.

Il funzionamento del sistema di priorità sembra dipendere strettamente dall'approvazione della legge parlamentare sui criteri generali (ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 106/2006). Tuttavia, la lentezza del legislatore suscita il timore di un prolungato periodo di attesa per la definizione di tali criteri. La riforma del processo penale, inizialmente motivata dalle esigenze europee e dal finanziamento del PNRR, suggerisce che l'impulso all'adeguamento potrebbe perdurare. Di conseguenza, sorge la legittima domanda su come procedere in attesa dell'intervento legislativo, considerando che la disciplina precedente non affrontava questo

² GIOVANNINI, FRANCESCO. "Riforma Cartabia, focus su durata delle indagini preliminari e presupposto dell'esercizio dell'azione penale". *op. cit.*, pp. 1-3.

³ VALENTINI, CRISTIANA. "Dall'azione penale apparente al processo della verità apparente". In *Archivio Penale*, 2017, pp. 687.

aspetto. Tecnicamente, non si pone un problema di "ultrattività" del vecchio sistema normativo, ma piuttosto di "applicabilità sospesa" della nuova disciplina (ossia degli artt. 3 e 127-*bis* disp. att. c.p.p. e dell'art. 1, comma 1, lett. b) d.lgs. 106/2006) in attesa dell'intervento normativo.

Per quanto riguarda le priorità nelle indagini preliminari, il vecchio sistema potrebbe continuare ad essere applicato, poiché i progetti organizzativi hanno la facoltà di mantenere le priorità secondo le indicazioni del C.S.M., pur non essendovi obbligati. Le procure già integrano disposizioni sulle priorità nelle loro organizzazioni. Tuttavia, sorgono interrogativi sull'impatto attuale e futuro di tali priorità sulle indagini preliminari. Due aspetti chiave richiedono attenzione: la gestione dei reati non prioritari nel rispetto del principio di obbligatorietà e l'assicurazione di un trattamento effettivamente prioritario.

Per i reati non prioritari, è essenziale valutare le implicazioni in termini di registrazione, tempistiche delle indagini, proroghe e decisioni sull'azione penale. L'opzione di sospendere l'iscrizione nei registri delle notizie di reato per tali casi dovrebbe essere esclusa, in conformità con l'articolo 112 della Costituzione.

Come alternativa, sembra ragionevole inserire le informazioni relative ai reati non prioritari nei documenti 21 o 44. È possibile che le indagini possano continuare anche dopo l'iscrizione, ma sarà fondamentale prendere decisioni chiare riguardo all'azione penale entro i termini stabiliti, specialmente se la notizia è già registrata nell'archivio delle persone note. Il concetto di "priorità" implica la necessità di dare "precedenza" in modo rigoroso nei tempi stabiliti. La riforma si propone di abbandonare l'approccio consolidato che permetteva di trascurare i reati non prioritari fino alla prescrizione, aprendo la possibilità di archiviazione per estinzione del reato. Anche per i reati non prioritari, la nuova normativa richiede decisioni entro i

termini stabiliti, garantendo il diritto di presentare contestazioni.

Per valutare l'efficacia delle priorità, è essenziale considerare l'impatto delle novità della riforma 2022 una volta completamente implementate. Sorge la questione di possibili sanzioni nel caso in cui non venga rispettato l'ordine di priorità nell'avvio delle indagini e nell'esercizio dell'azione penale. È importante notare che la violazione delle disposizioni sulle priorità si verifica solo se si dà precedenza al trattamento di una notizia di reato non prioritaria, non viceversa, come specificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b) del decreto legislativo n. 106/2006, che stabilisce che le notizie di reato prioritarie devono essere esaminate prima di altre. La violazione delle priorità si riferisce esclusivamente al trattamento successivo di un reato prioritario. L'ipotesi inversa, considerata al massimo come segnale di trasgressione, comporterebbe la trascuranza di un reato prioritario, potenzialmente invalidando l'azione solo in questo specifico caso.

A prima vista, sembra una violazione legata all'iniziativa del Pubblico Ministero durante l'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, è importante notare che questa presunta violazione non rientra nella nullità generale prevista dall'articolo 178, comma 1, lettera b) del codice di procedura penale, che riguarda azioni non intraprese dal Pubblico Ministero, non la semplice inattività.

Anche se si considerasse la questione legata all'iniziativa del Pubblico Ministero, strutturalmente non c'è alcun atto da annullare e successivamente riproporre in accordo con le normative vigenti. Pertanto, la dichiarazione di nullità e il sistema di risposta derivante da essa perderebbero la loro giustificazione in questa situazione.

Affrontando la gestione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale, è essenziale coordinare questo aspetto con il nuovo sistema legislativo introdotto. Quando il Pubblico Ministero non prende decisioni nei tempi stabiliti dal nuovo articolo 407-

bis, comma 2, del codice di procedura penale, si attiva un sistema di "avviso formale"⁴.

Il sistema giuridico delineato prevede che accusato e parte lesa possano chiedere al gip di ordinare al Pubblico Ministero di prendere decisioni in conformità con il codice di procedura penale. Questo mira a garantire il rispetto delle priorità e la tempestiva adozione di decisioni necessarie. Nel caso di assenza di azione investigativa su reati prioritari, si attua il processo di archiviazione. La presentazione di obiezioni da parte della parte lesa durante l'udienza di archiviazione è fondamentale per sollevare questioni di negligenza investigativa. L'articolo 412 del codice di procedura penale gioca un ruolo chiave nella tutela delle priorità, con la regolamentazione dell'avocazione che può essere richiesta in diverse situazioni, contribuendo all'efficacia delle priorità stabilite dalla riforma del 2022. L'avocazione si rivela utile nelle violazioni delle priorità investigative, consentendo al Procuratore generale di sostituire il pubblico ministero durante l'udienza di archiviazione e sottolineando l'importanza di indagini su reati considerati prioritari.

Il legislatore ha introdotto i criteri di priorità nell'avocazione tramite l'articolo 127-*bis* delle disposizioni attuative del codice di procedura penale. Questo articolo stabilisce una supervisione gerarchica opzionale e sostitutiva sui criteri di priorità, obbligando l'avocazione dei reati prioritari prima di quelli non prioritari. Tuttavia, questa innovazione potrebbe generare questioni costituzionali, con il rischio di conflitti tra esigenze operative e principi fondamentali del sistema giuridico, inclusa l'obbligatorietà costituzionale dell'azione penale e l'articolo 3 della Costituzione. Esaminare la validità costituzionale potrebbe implicare il deferimento di ogni questione alla Corte costituzionale.

⁴ MANNA, ADELMO. "Rapporti tra diritto penale sostantivo e processo penale a trent'anni dal Codice Vassalli". *Archivio penale: rivista quadrimestrale di diritto, procedura e legislazione penale speciale, europea e comparata*: LXXI, 3, 2019, pp. 709–724.

Tuttavia, questo approccio potrebbe non essere valido, poiché in tali contesti la questione risulterebbe irrilevante, dato che le norme in vigore non contemplano i criteri di priorità.

3. I TERMINI DELLE INDAGINI

La più recente modifica legislativa ha ridefinito la durata delle indagini preliminari tramite la revisione degli articoli 405, 406 e 407 del codice di procedura penale. Questa modifica ha introdotto una struttura differenziata per la disciplina, categorizzando i reati in tre gruppi con termini di indagine progressivamente estesi: sei mesi per le contravvenzioni, diciotto mesi per alcuni delitti specifici e dodici mesi per gli altri reati. È stata prevista un'unica proroga di sei mesi, giustificata dalla complessità delle indagini⁵.

Nel corso di questa fase, durante la quale le parti sono coinvolte in un confronto, il processo operativo della procedura rimane immutato. L'indagato conserva il diritto di sollevare l'eccezione di retrodatazione ai sensi dell'articolo 335-ter c.p.p. per contestare il rifiuto della proroga dovuto al completamento dei tempi investigativi. Inoltre, il giudice per le indagini preliminari (g.i.p.) potrebbe, di propria iniziativa, disporre nuove iscrizioni soggettive in conformità all'articolo 335-*bis* c.p.p., nel caso in cui emergano nuovi indiziati del reato dai documenti acquisiti.

Potrebbe essere stato opportuno eliminare il riferimento all'ordine di provvedere, ancora presente nel settimo comma dell'articolo 406 c.p.p., nel caso in cui venga respinta la richiesta di proroga. In generale, sembra ragionevole ritenere che l'unica circostanza in cui la proroga può essere concessa sia quella delineata nell'articolo 407, secondo comma,

⁵ Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 1304, in C.E.D. Cass., n. 233197.

Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 1295, in C.E.D. Cass., n. 223588.



lettere b), c) e d) del codice di procedura penale, che identificano situazioni generalmente attribuibili al concetto di "complessità investigativa". Questo consente di qualificare in modo simile anche altre circostanze fattuali.

Il dilemma riguarda la possibilità di concedere una proroga in caso di inerzia investigativa, motivata dalla impossibilità pratica di dedicarsi completamente all'indagine a causa dell'alto numero di procedimenti in corso. È essenziale valutare se l'inerzia derivante da un carico di lavoro eccessivo possa essere assimilata alla complessità investigativa e, di conseguenza, giustificare la richiesta di prolungamento dei tempi. Questa incertezza potrebbe richiedere ulteriori chiarimenti o una revisione normativa aggiuntiva.

La riforma attuale solleva una prospettiva nuova sulla questione già dibattuta in precedenza. Il legislatore mira a velocizzare l'adozione delle decisioni conclusive delle indagini e a ridurre i processi pendenti. Per raggiungere tale obiettivo, ha affrontato direttamente le inerzie procedurali, abolendo le ragioni di giusta causa di proroga delle indagini e introducendo criteri di priorità. In situazioni di reati non considerati prioritari, sembra giustificata l'inerzia investigativa, come nel contesto delle indagini svolte nei confronti di ignoti. Dopo i nuovi termini stabiliti dall'articolo 405 c.p.p., la richiesta di archiviazione dovrebbe essere presentata direttamente, senza possibilità di chiedere una proroga, poiché mancano sia la "complessità" che giustificerebbe la proroga, sia i presupposti per intraprendere un'azione nel caso in cui le indagini non siano state avviate.

Indipendentemente dal fatto che i crimini dovrebbero essere già chiusi durante l'indagine contro persone sconosciute, se si registra una segnalazione di reato soggettivo su di essi, la conclusione rimane invariata: la fase successiva di determinazione dovrebbe essere avviata senza indugi. Per i reati non prioritari, la sospensione dovrebbe evitare l'inerzia

investigativa, limitando le richieste di proroga alle situazioni in cui un'indagine è effettivamente in corso e valutando la complessità di quest'ultima. Se l'indagine non è complessa, la fase di determinazione dovrebbe iniziare immediatamente al termine dei tempi iniziali delle indagini. Questo principio si applica anche se non è stata avviata alcuna indagine, nonostante la priorità. L'analisi della ragionevolezza di un sistema strutturato così evidenzia la complessità delle dinamiche investigative e dei criteri nel tempo, con la modulazione dei termini investigativi introdotta nel 1989 che ha rappresentato una svolta importante nella definizione chiara degli ambiti di indagine.

La decisione di sottoporre a termini le indagini è stata giustificata dalla Corte costituzionale, che ha ritenuto tale approccio compatibile con il principio di obbligatorietà. Questa scelta mira a bilanciare il diritto della persona indagata, garantendo la chiusura della sua posizione in un determinato momento e sottolineando la necessità di conciliare l'esigenza di indagare con il rispetto per i diritti individuali.

L'inclusione dei criteri di priorità aggiunge un ulteriore livello di complessità al sistema investigativo. La trasparenza, la predeterminazione e l'uniformità di tali criteri sono fondamentali per assicurare un'applicazione equa e coerente delle risorse investigative. La Corte costituzionale sembra riconoscere la validità di questa scelta, ancorando la protezione del diritto individuale anche alla coerenza e alla trasparenza nell'assegnazione delle priorità investigative.

Interessante è il fatto che la tutela del diritto della persona indagata viene considerata valida anche nel caso in cui non si proceda con l'indagine, che sia per una scelta deliberata, per negligenza o in virtù dei criteri di priorità. Ciò sottolinea l'importanza di evitare abusi e garantire che il sistema non venga utilizzato in modo discriminatorio o arbitrario.

In definitiva, la ragionevolezza di un sistema organizzato in tal modo si basa sulla ricerca di un equilibrio tra l'obbligo di indagare e la tutela dei diritti individuali, con la trasparenza e la coerenza dei parametri di priorità a svolgere un ruolo cruciale nella sua validità e accettabilità⁶.

4. I TERMINI PER LE DETERMINAZIONI

L'articolo 407-*bis* del codice di procedura penale rappresenta un notevole progresso nell'organizzazione del processo penale attraverso l'introduzione dei "termini per le determinazioni"⁷. Questi limiti temporali obbligano il pubblico ministero a prendere decisioni entro periodi definiti, tra cui la richiesta di archiviazione o l'avvio dell'azione penale. La novità non si limita semplicemente a fissare scadenze, ma include anche una disciplina dettagliata per gli adempimenti entro tali termini, come specificato negli articoli 415-*ter* e 415-*bis* del codice di procedura penale. Questa regolamentazione contribuisce a istituire una fase procedimentale dedicata all'attività di delibazione, la quale riveste importanza cruciale. Tale fase offre al pubblico ministero il tempo necessario per riflettere attentamente sulle decisioni di grande rilevanza. La pratica della "delibazione" mira a fornire uno spazio temporale mirato per una ponderata riflessione sulle opzioni disponibili e sulle loro conseguenze.

La normativa cerca un equilibrio tra l'efficienza nel procedimento penale e il diritto del pubblico ministero di fare scelte ponderate. Gli obblighi rigidi dei termini dell'articolo 407-*bis* sottolineano l'importanza della tempestività nelle decisioni, garantendo al contempo un processo equo e ponderato. In un contesto di pressioni e carichi di lavoro significativi, i termini non mirano principalmente a consentire riflessioni approfondite su ogni

singolo fascicolo, ma a facilitare la gestione complessiva di tutti i fascicoli. Questi termini fungono da strumento pratico per organizzare in modo più efficiente il lavoro del pubblico ministero, considerando la vastità delle attività e dei fascicoli da gestire. La previsione di tali termini agisce come un meccanismo di razionalizzazione, consentendo al pubblico ministero di pianificare strategicamente e dedicare il tempo necessario a un esame accurato senza il vincolo immediato della scadenza. Ciò favorisce una gestione oculata delle risorse e una valutazione ponderata delle decisioni, preservando l'integrità del processo decisionale anche in un contesto di complessità e pressione elevata.

L'introduzione dei termini per le determinazioni non implica una limitazione della qualità delle decisioni, ma rappresenta uno sforzo per conciliare l'efficienza del sistema giuridico con la gestione adeguata della complessità delle indagini e dei procedimenti legali. La normativa affronta l'inesigibilità di gestire tutti i procedimenti assegnati a ciascun pubblico ministero, mirando a contrastare la pratica diffusa di accantonare automaticamente i casi in attesa che scadano i termini di prescrizione. L'obiettivo principale è porre fine a questa prassi inefficace, accelerando il processo decisionale e evitando archiviazioni automatiche basate sulla scadenza dei termini di prescrizione. Il legislatore adotta una prospettiva proattiva per assicurare che ogni procedimento riceva l'attenzione necessaria entro i nuovi termini, prevenendo così archiviazioni automatiche e promuovendo maggiore efficienza e responsabilità nella gestione della giustizia penale, nel rispetto dei diritti delle parti coinvolte.

La normativa in questione chiarisce le procedure precedenti, stabilendo il processo per l'archiviazione di determinati procedimenti. Quando i termini delle indagini giungono alla scadenza, il

⁶ APRATI, ROBERTA. "Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità". *Giustizia Insieme*, 2022, pp. 16 – 21.

⁷ APRATI, ROBERTA. "Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità". *Giustizia Insieme*, 2022, pp. 16 – 21.

pubblico ministero è obbligato a rivolgersi immediatamente al giudice se non può avviare l'azione penale, evitando così l'estinzione automatica per prescrizione.

Questo approccio proattivo promuove una gestione più responsabile e tempestiva dei procedimenti penali, impedendo ritardi prolungati fino alla scadenza dei termini di prescrizione. Inoltre, impone al pubblico ministero di prendere decisioni chiare e immediate quando l'esercizio dell'azione penale non è possibile.

Per assicurare decisioni tempestive nonostante le sfide organizzative, è stato introdotto un deterrente noto come "procedimento per il silenzio inadempimento del pubblico ministero" (artt. 415-ter e 415-bis c.p.p.). Questo meccanismo agisce rapidamente contro l'inerzia, sottolineando l'importanza del rispetto dei tempi, rafforzando il principio di obbligatorietà e garantendo l'efficienza complessiva del sistema giudiziario.

Il testo esprime la sfida che il sistema giuridico attuale affronta a causa del crescente numero di comunicazioni, avocazioni e incidenti, mettendo a dura prova procure e procure generali. Per affrontare questa sfida, si propone l'implementazione di criteri di priorità per una selezione oculata dei procedimenti. L'istituzione di un registro potrebbe chiarire l'allocazione delle risorse e favorire una gestione oculata, essenziale per mantenere l'efficienza del sistema giuridico.

Dopo la scadenza dei termini delle indagini per i procedimenti non prioritari, si suggerisce di avviare l'archiviazione in modo standard, senza ulteriori riflessioni, poiché non è stata condotta un'indagine e non è stata raggiunta la soglia di prognosi di condanna. L'avvio immediato della procedura di archiviazione per i procedimenti non prioritari, una volta trascorsi i termini delle indagini, rappresenterebbe un approccio efficiente.

Per semplificare questa procedura, si propone l'adozione di una richiesta cumulativa che

raggruppi tutte le notizie di reato non prioritari, i cui termini delle indagini sono scaduti senza progressi a causa di priorità su altri casi. Questa automatizzazione consentirebbe alle procure di concentrarsi sulle indagini più approfondite, garantendo che l'arco temporale dei termini per le determinazioni sia dedicato esclusivamente ai procedimenti in cui si è effettivamente indagato.

L'approccio semplificato proposto alleggerirebbe il carico di lavoro delle procure, assicurando al contempo un processo decisionale più focalizzato e tempestivo. Si sottolinea che l'implementazione di un processo automatizzato per i procedimenti non prioritari eviterebbe il rischio di abusi e preserverebbe l'integrità delle decisioni, nel rispetto dei diritti delle parti coinvolte.

Il testo propone una limitata applicazione della procedura del "silenzio inadempimento" per situazioni eccezionali, garantendo una risposta tempestiva solo quando necessario. Il legislatore ha introdotto una fase specifica per le decisioni sull'azione penale, con scadenze differenziate in base alla gravità del reato, contribuendo a chiarezza ed efficienza nel sistema giuridico.

La fase di "riflessione" del pubblico ministero, che segue la scadenza dei termini delle indagini preliminari, è seguita dal procedimento del "silenzio inadempimento del p.m.", diviso in inerzia totale e parziale. Questo sistema mira a garantire l'effettività dei termini di riflessione, sottolineando l'importanza di una gestione pronta e precisa per contribuire all'efficienza generale del sistema giuridico.

Nel caso di inerzia totale (art. 415-ter c.p.p.), il procedimento si verifica quando il PM non porta a termine l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, non esercita l'azione penale né richiede l'archiviazione entro i termini previsti. Tale situazione coinvolge casi critici, dalla trascuratezza dei procedimenti abbandonati a procedimenti che,

nonostante il tempo investito, richiedono ancora attenzione e riservatezza.

In caso di inerzia totale nel procedimento penale, il pubblico ministero assume un nuovo adempimento, sostituendo l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Deve mostrare spontaneamente tutti gli atti di indagine, depositarli e notificare l'adempimento alle parti interessate.

Il legislatore ha introdotto una fase specifica per le determinazioni nell'esercizio dell'azione penale, con tempi definiti per garantire efficienza. Il procedimento del "silenzio inadempimento del p.m." affronta l'inerzia totale, prevedendo ostensione spontanea degli atti. In caso di persistente inerzia, il procuratore generale può ordinare l'ostensione forzata entro venti giorni, garantendo il regolare svolgimento del procedimento.

Questi meccanismi mirano a mantenere l'efficienza del sistema giuridico, assicurando decisioni tempestive e trasparenti anche in situazioni di inerzia.

In sintesi, il procedimento segue diverse fasi, con possibilità di avocazione o deposito delle indagini. Nel caso di deposito, il pubblico ministero ha un periodo extra per decidere sulla prosecuzione, notificando al procuratore generale per controllo e trasparenza. In mancanza di decisione, il procuratore generale può avocare o avviare una determinazione forzata su richiesta della persona coinvolta. Il giudice deve pronunciarsi entro venti giorni; se emesso l'ordine, il pubblico ministero ha ulteriori venti giorni per decidere. Quest'approccio mira a tempestività e responsabilità, mantenendo supervisione adeguata.

La fase successiva assicura il progresso del procedimento in caso di inattività del pubblico ministero. L'avocazione da parte del procuratore generale trasferisce il controllo a un'autorità superiore.

La persona coinvolta può richiedere al giudice di ordinare al pubblico ministero di decidere, aggiungendo una salvaguardia. I termini forzosi, definiti dal giudice, promuovono un approccio diligente. Se persiste l'inattività, l'avocazione è l'unico rimedio, condizionata da comunicazioni incrociate tra giudice, pubblico ministero e procuratore generale. Questo processo sottolinea trasparenza e condivisione delle informazioni, preservando l'integrità del procedimento e assicurando informazioni complete e tempestive per tutte le parti.

In conclusione, la procedura post-ordine del giudice prevede un periodo aggiuntivo per il pubblico ministero se decidere spontaneamente dopo aver ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. In assenza di una decisione entro i termini stabiliti, l'avocazione per inerzia diventa l'unico rimedio. La procedura cerca di bilanciare riflessione e tempestività, offrendo al pubblico ministero ampie possibilità decisionali entro limiti temporali per assicurare una giustizia celere e rispettosa dei diritti delle parti⁸.

Nella fase successiva, riservata all'offeso, l'indagato è già informato dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, mentre l'offeso viene notiziato dopo la scadenza dei termini di determinazione. La notifica consente all'offeso di partecipare attivamente al processo decisionale, con l'eventuale mancata comunicazione attivando l'ostensione forzata su ordine del procuratore generale, che può anche avocare il procedimento. La procedura sottolinea l'importanza della partecipazione dell'offeso, garantendo accesso agli atti e informazioni sulle decisioni del pubblico ministero, specialmente in casi di reati sensibili.

Durante la fase della determinazione, sia l'indagato che l'offeso hanno la facoltà di chiedere al giudice di ordinare al pubblico ministero di

⁸ APRATI, ROBERTA. *"Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità"*, op. cit., pp. 23 – 26.



prendere una decisione senza dover attenderne ulteriori termini, accelerando così il processo decisionale. La procedura successiva segue quanto già illustrato per l'inerzia totale, con la possibilità per il procuratore generale di avocare il caso in assenza di risposta all'ordine del giudice. Questo sistema, che consente alle parti coinvolte di richiedere una decisione tempestiva del pubblico ministero, riflette l'attenzione del legislatore per un processo giudiziario rapido e rispettoso dei diritti delle parti.

Per evitare il procedimento di silenzio inadempimento, sia per l'inerzia totale che parziale, il pubblico ministero può richiedere un differimento dell'ostensione degli atti al procuratore generale (ai sensi degli articoli 415-*bis*, comma 5-*bis*, e 415-*ter*, comma 4, c.p.p.). Questa opzione offre un'opportunità per organizzare la presentazione degli atti e riflettere sulle decisioni da prendere, contribuendo a gestire la complessità dell'iter procedurale.

In breve, il differimento dell'ostensione è una strategia del pubblico ministero per pianificare attentamente la divulgazione degli atti, evitando l'ostensione forzosa in determinate situazioni. Questa flessibilità organizzativa mira a migliorare l'efficienza del processo e a garantire decisioni ponderate nel rispetto dei principi procedurali e dei diritti delle parti coinvolte. Il pubblico ministero può richiedere proroghe per i termini di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e per il deposito degli atti, adattando i tempi alle esigenze specifiche del procedimento. La procedura di proroga segue criteri tassativi, consentendo estensioni fino a sei mesi o un anno per determinati reati. Nel caso venisse opposto il diniego, il procuratore generale può ordinare provvedimenti entro venti giorni e avocare il procedimento se necessario, notificando il diniego alle persone coinvolte.

La procedura per ottenere la proroga rimane rigida, consentendo al pubblico ministero di estendere i termini solo in circostanze ben definite. Il procuratore generale può intervenire se la proroga

viene negata, ordinando provvedimenti entro termini forzosi e avocando il procedimento in caso di mancato adempimento, fornendo così un ulteriore livello di supervisione. Le procedure relative all'avviso di conclusione delle indagini preliminari e al deposito degli atti devono essere distinte, con conseguenze significative in caso di inadempienza. Nell'inerzia totale, se il pubblico ministero non adempie nemmeno al deposito degli atti, si ritorna al punto di partenza, sottolineando l'importanza della conformità alle norme procedurali. Nel caso del differimento del deposito, non è possibile richiederne uno ulteriore dopo aver presentato la richiesta in relazione all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, né insistere se la richiesta è stata respinta.

La limitazione alle possibilità di differimento mira a prevenire abusi, evidenziando la necessità di una gestione responsabile da parte del pubblico ministero nelle richieste di proroga. L'assenza di ulteriori possibilità di differimento contribuisce a equilibrare la flessibilità offerta al pubblico ministero con il rispetto dei tempi procedurali, garantendo che la procedura si svolga in modo ordinato e conforme alla legge.

Per quanto riguarda il deposito degli atti e la notificazione, il mancato adempimento alla scadenza del differimento porta alla procedura dell'ostensione forzosa, basata sull'articolo 415-*ter* del codice di procedura penale. La complessità del procedimento, apparente in superficie, si basa su meccanismi sollecitatori, coattivi e sostitutivi per superare eventuali inerzie, che si ripetono di fronte a ogni possibile situazione di stallo.

Dal punto di vista sistematico, la legislazione ha suddiviso il processo in due distinti procedimenti, noti come "inerzia totale" (articolo 415-*ter* c.p.p.) e "inerzia parziale" (articolo 415-*bis* c.p.p.), entrambi simili e interconnessi. Il procedimento si articola in fasi relative all'azione e all'ostensione degli atti, con

la possibilità di transizione tra le due a seconda dello sviluppo specifico dell'iter procedurale.

Per quanto concerne le "determinazioni relative all'azione", si individuano tre fasi principali: la prima riguarda la scelta del pubblico ministero tra l'archiviazione e l'azione penale; la seconda comprende ulteriori decisioni specificate negli articoli 415-ter e 415-bis; infine, la terza è disciplinata dall'articolo 414-ter del codice di procedura penale (c.p.p.).

Per quanto riguarda le fasi dedicate all'"ostensione degli atti", si distinguono due momenti chiave: la "posticipazione dell'ostensione", in cui il pubblico ministero può richiedere il rinvio al procuratore generale; successivamente, la fase di "ostensione" vera e propria, durante la quale vengono definiti i termini e le modalità di presentazione degli atti di indagine, conformemente a quanto stabilito negli articoli 415-ter e 415-bis del c.p.p.

In entrambe le fasi, emergono adempimenti spontanei e forzosi, contribuendo a una struttura complessa e articolata del procedimento. Le "determinazioni spontanee" includono le decisioni iniziali del pubblico ministero e altre scelte procedurali, mentre le "determinazioni forzose" si verificano quando il giudice emana ordini coattivi su richiesta delle parti interessate.

Il meccanismo, dall'inizio alla fine, è strettamente legato alle inerzie, definite come l'assoluta omissione degli adempimenti. Va notato che il mancato completamento di un iter già avviato non rientra nella definizione di inerzia. Ad esempio, non recapitare un avviso di conclusione non è considerato inerzia, ma lo diventa quando l'avviso non è emesso. Questa inerzia si manifesta anche nell'omissione nell'esercizio dell'azione penale, indipendentemente dalla modalità di presentazione. Le

comunicazioni settimanali al procuratore generale segnalano queste omissioni, e il giudice decide sulla necessità di verificare l'effettiva inerzia, evitando interventi forzosi se un adempimento è in corso, anche se non ancora completato. In sintesi, la valutazione è automatizzata, senza possibilità di giustificazioni o contestazioni dell'omissione. Attualmente, non vi sono indicazioni testuali o opportunità di contraddittorio, e il controllo si basa sulla legalità formale: una volta verificati i requisiti, il giudice ordina di procedere, e la motivazione del decreto riflette solo la presenza o assenza dei presupposti di fatto⁹.

5. L'ARCHIVIAZIONE

In breve, la riforma introduce un cambiamento significativo nella logica decisionale per l'archiviazione e l'udienza preliminare, stabilendo una correlazione speculare tra azione e inazione, rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere¹⁰. Tale modifica rappresenta uno spostamento rispetto alla precedente disposizione dell'art. 125 disp. att., enfatizzando ora esplicitamente la possibilità di condanna nel discorso normativo.

Tuttavia, l'applicazione pratica di questa nuova norma solleva dibattiti teorici, con un punto cruciale da considerare: la "ragionevole previsione di condanna" non dovrebbe implicare che l'azione penale debba essere intrapresa solo quando si sarebbe inclini a condannare al momento attuale¹¹. Questo approccio negherebbe il ruolo epistemico del dibattimento, vanificherebbe il principio del contraddittorio nell'ambito della formazione della prova e trascurerebbe il valore della "falsificazione della tesi" nella ricostruzione dei fatti.

L'esercizio dell'azione penale va oltre la presentazione iniziale delle prove, considerando la

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MARCELLO, DANIELE. "La riforma della giustizia penale e il modello perduto", in *www.dirscrimen.it*, 13 luglio

2021.

¹¹ VILAFRATE, ANNAMARIA. "Indagini preliminari nella riforma Cartabia". *Studio Cataldi, il diritto quotidiano*, 2023.

capacità dell'accusa di resistere alla "falsificazione" attraverso il contraddittorio dibattimentale. La "ragionevole previsione di condanna" implica la valutazione critica degli aspetti critici dell'ipotesi accusatoria, richiedendo robustezza non solo nella presentazione delle prove, ma anche nella capacità di affrontare sfide difensive durante il processo. Questo approccio sottolinea il processo penale come terreno di confronto dialettico per la ricerca della verità, rispettando i principi fondamentali del diritto.

In considerazione di questi principi, il giudizio prognostico si focalizza sulle "applicazioni del metodo del contraddittorio" che sostengono le possibilità di accoglimento dell'ipotesi accusatoria. In questa prospettiva, il dubbio o l'incertezza non giustificano automaticamente la celebrazione del dibattimento¹².

Il passaggio dal criterio della "sostenibilità dell'accusa in giudizio" alla "ragionevole previsione di condanna" rappresenta uno spostamento nel contesto dell'azione penale e dell'archiviazione. Tuttavia, la definizione di tali termini rimane intrinsecamente vaga ed è affidata alla discrezionalità dell'interprete, richiedendo una riflessione costante sulla loro corretta applicazione¹³.

Il bilanciamento tra la ricerca della verità e la tutela dei diritti individuali richiede una gestione attenta della discrezionalità giudiziaria. Emergono difficoltà nel giustificare l'archiviazione basata sulla presunta impossibilità di prospettare una ragionevole previsione di condanna dovuta alla prescrizione del reato durante il processo. La regola decisoria chiarisce che l'archiviazione non può fondarsi su questo motivo, sottolineando la necessità di basare le decisioni su elementi solidi emersi durante le indagini, preservando l'integrità del processo penale e evitando influenze premature legate a

considerazioni procedurali come la prescrizione del reato.

Un approccio alternativo propone di gestire la previsione ragionevole di prescrizione attraverso una prioritizzazione basata sui tempi previsti per la durata delle indagini e i tempi medi del primo grado. I reati senza alcun rischio di cadere in prescrizione durante il giudizio di primo grado sarebbero trattati prioritariamente, affrontando quelli con rischio di prescrizione solo successivamente. Questa proposta mira a ottimizzare l'uso delle risorse e a evitare l'archiviazione automatica basata solo sull'ipotesi di prescrizione. Tuttavia, è essenziale monitorare attentamente l'implementazione di questo criterio per evitare distorsioni e garantire una considerazione equa di ciascun caso.

In conclusione, al termine dei tempi prefissati, le notizie di reato con rischio di prescrizione potrebbero essere soggette all'archiviazione a causa della completa assenza di un quadro investigativo, simile a quanto avviene nelle indagini contro ignoti. L'archiviazione per mancanza di indagini rappresenta una conseguenza della decisione di predefinire i tempi delle indagini, già presente nel sistema dal 1989, ma l'introduzione dei criteri di priorità fornisce una guida per mitigare l'inerzia investigativa.

L'approccio proposto, pur mostrando promesse nella gestione efficiente delle risorse e nella prioritizzazione dei casi, richiede un costante monitoraggio per evitare rigidità e ingiustizie. I criteri di priorità delineati dal legislatore possono guidare il giudice nella fase di archiviazione, ma è essenziale mantenere flessibilità per valutare singoli casi. Il possibile superamento dello sbarramento per i reati non prioritari durante l'archiviazione potrebbe evitare che l'offeso resti indifeso, consentendo un contraddittorio perfetto. L'archiviazione, seguita dalla

¹² GIOVANNINI, FRANCESCO. "Riforma Cartabia, focus su durata delle indagini preliminari e presupposto dell'esercizio dell'azione penale", op. cit., pp. 1-3.

¹³ D'ANCONA, LINDA. "Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*?". *Questione giustizia online*, 2021.

presentazione di nuovi elementi, potrebbe stimolare la riapertura delle indagini, garantendo la sensibilità del sistema alle evoluzioni del caso anche dopo l'archiviazione. Tuttavia, queste ipotesi sono più teoriche che probabili nella pratica, poiché si applicano principalmente ai casi di inerzia rispetto ai reati prioritari. Nonostante ciò, rappresentano un progresso rispetto alla pratica discutibile di archiviare reati di minore entità senza una valutazione preventiva della consistenza probatoria. I criteri di priorità avranno un impatto profondo sulla struttura e sulla prassi del processo, influenzando le modalità di gestione delle archiviazioni e la destinazione dei reati non prioritari verso specifiche forme di archiviazione.

6. LA RIAPERTURA DELLE INDAGINI

In linea con il sistema precedentemente esaminato, si nota una modifica significativa nel regime riguardante la riapertura delle indagini preliminari. Come illustrato in precedenza, l'intero sistema riformato è chiaramente orientato a prevenire l'avvio del procedimento iniziale e, quando già in corso, a concluderlo nel modo più rapido possibile. La scelta legislativa di introdurre ulteriori ostacoli alla riapertura del procedimento si allinea coerentemente a questa logica. Un'analisi complessiva rende evidente come una soluzione diversa su questo punto avrebbe comportato delle contraddizioni nel sistema stesso.

Il legislatore interviene in questa fase riformulando innanzitutto la regola guida che orienta il giudice nell'autorizzare la riapertura di un procedimento già archiviato, esprimendola in termini più restrittivi rispetto al passato. In secondo luogo, introduce una disposizione esplicita di inutilizzabilità degli atti di indagine nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 414 c.p.p., stabilendo che gli atti investigativi "compiuti in assenza di un provvedimento di riapertura del giudice" non possono essere utilizzati.

Queste modifiche indicano chiaramente l'intenzione di limitare la possibilità di riaprire un procedimento archiviato, rafforzando l'idea centrale della nuova legge di concludere le indagini e il procedimento il più rapidamente possibile. Tale approccio mira a evitare ritardi e prolungamenti ingiustificati, sottolineando la volontà del legislatore di garantire una conclusione definitiva delle questioni penali.

La concezione di base dietro la modifica normativa è che la riapertura delle indagini non debba fondarsi su una mera reinterpretazione degli elementi già disponibili. Questa modifica agisce su due fronti distinti: da un lato, obbliga il pubblico ministero a motivare la richiesta di nuove indagini; dall'altro, chiarisce che il giudice deve respingere tale richiesta "quando non è ragionevolmente prevedibile la individuazione di nuove fonti di prova che, da sole o unite a quelle già acquisite, possono determinare l'esercizio dell'azione penale" (art. 414, comma 1, c.p.p.).

Questa disposizione introduce sostanzialmente un nuovo "giudizio di ammissione" degli atti investigativi. Affinché si possa procedere con la nuova inchiesta, è necessario che le "nuove investigazioni" da condurre siano "determinanti" (nel senso di "determinare") e "decisive" (da sole o insieme alle altre) rispetto alla regola decisionale che consente l'azione penale, anziché essere solo rilevanti o superflue rispetto all'imputazione da formulare.

In pratica, ciò significa che la richiesta di nuove indagini deve essere supportata da una chiara motivazione che dimostri la potenziale importanza delle nuove prove per la definizione dell'azione penale. Questa nuova normativa impone una valutazione rigorosa della rilevanza e della necessità delle nuove indagini, al fine di evitare apertura indiscriminata di procedimenti e garantire che la prosecuzione delle indagini sia giustificata da nuove fonti di prova effettivamente determinanti e decisive per la decisione finale.

La soglia di questo giudizio di ammissione si fonda sulla "ragionevole previsione" che gli atti investigativi indicati siano determinanti e decisivi. La ragionevolezza conferisce a questa valutazione un carattere intermedio, posizionandola tra il "non manifestamente" richiesto dall'art. 190 c.p.p. e la specificità e selettività dell'"assolutamente necessaria" prevista dall'art. 507 c.p.p.

Nel suo complesso, la nuova formulazione dell'art. 414 c.p.p. e la sua ratio sollevano l'interrogativo riguardo al suo ambito di applicazione, suscitando la questione se, a tutt'oggi, rimanga confermata l'esclusione di tale procedura per le archiviazioni contro ignoti. L'introduzione della "ragionevole previsione" come criterio di valutazione potrebbe influenzare la portata di questa disposizione anche in contesti diversi, aprendo la strada a un'esplorazione più ampia delle possibilità di riapertura delle indagini anche in procedimenti contro ignoti.

Questo nuovo approccio impone una valutazione più equilibrata e contestuale, riconoscendo che la determinazione di nuove fonti di prova deve essere effettuata con una ragionevole certezza, ma senza richiedere la stessa assolutezza richiesta in altri contesti legali. In ultima analisi, la piena comprensione dell'ambito di applicazione di questa normativa richiederà probabilmente ulteriori interpretazioni e pronunciamenti giurisprudenziali per stabilire i confini precisi e le implicazioni della "ragionevole previsione" in materia di riapertura delle indagini.

La risoluzione di questo interrogativo richiede inevitabilmente l'individuazione del valore che la disciplina della procedura di riapertura delle indagini mira a tutelare. Se la finalità della norma viene interpretata, in via esclusiva, come un mezzo per garantire la tutela del soggetto indagato che ha beneficiato di un provvedimento di archiviazione, l'esclusione per incompatibilità potrebbe permanere.

Tuttavia, un'analisi più approfondita potrebbe suggerire che la finalità della norma vada oltre la

tutela del singolo indagato, estendendosi a una più ampia ricerca della verità e alla salvaguardia dell'integrità del processo. In questo contesto, l'inclusione delle archiviazioni contro ignoti potrebbe essere giustificata, poiché anche in tali casi la necessità di garantire una valutazione ponderata delle nuove prove potrebbe essere riconosciuta come cruciale per il perseguimento della giustizia.

La chiave di volta per determinare l'applicabilità della procedura di riapertura delle indagini contro ignoti potrebbe risiedere nella comprensione della norma come uno strumento più ampio al servizio della giustizia, piuttosto che unicamente come tutela degli interessi dell'indagato. Una prospettiva bilanciata che tenga conto di tutti gli attori coinvolti potrebbe consentire di delineare un quadro più completo e versatile della procedura, evitando inutili restrizioni basate su interpretazioni limitate.

Se, tuttavia, si attribuisce alla disciplina della procedura di riapertura delle indagini anche un'esigenza di "tutela del sistema", mirata a garantire che i procedimenti siano aperti solo quando è veramente necessario, il principio meriterebbe quanto meno di essere rimeditato. In questa prospettiva, considerando soprattutto i casi di archiviazione per totale inerzia investigativa, che sono numericamente significativi, si potrebbe concludere che il procedimento possa essere riavviato previa autorizzazione solo se c'è la possibilità di acquisire un atto di indagine risolutivo.

Questo aspetto diventa ancora più rilevante se si considera che, nella pratica operativa, è proprio la presenza di elementi risolutivi che spinge il pubblico ministero a determinarsi per riaprire i procedimenti contro ignoti in cui si è indagato a fondo. L'idea di "tutela del sistema" potrebbe quindi sottolineare la necessità di limitare la riapertura a casi in cui vi è una concreta prospettiva di avanzamento investigativo significativo, evitando aperture indiscriminate di procedimenti che potrebbero rivelarsi



non solo inutili ma anche dannose per l'efficienza del sistema giudiziario¹⁴.

In questa visione, l'autorizzazione per la riapertura dovrebbe essere subordinata alla presenza di elementi di indagine che non solo giustifichino ma anche rendano effettivamente utile il riavvio del procedimento. Tale approccio consentirebbe di conciliare la necessità di tutelare i diritti degli indagati con l'obiettivo più ampio di garantire un'applicazione efficace e mirata della procedura di riapertura delle indagini, contribuendo così a preservare l'integrità e l'efficienza complessiva del sistema giuridico.

¹⁴ DI VIZIO, FABIO. “Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell’inutilità dei processi senza condanna”, in *di-crimen.it*, 12 novembre 2022, p. 34.



COLLABORATORI DI GIUSTIZIA E DICHIARAZIONI ETEROACCUSATORIE: PER LA CEDU IL PROCESSO BASATO SUI SOLI “PENTITI” VIOLA L’ART. 6*

di **Fenice Valentina VALENTI****

ABSTRACT

La sentenza della CEDU Adamčo c. Slovacchia ha aperto una breccia nella regolamentazione “immateriale” delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia rese nell’ambito di processi contro la criminalità organizzata, sostenendo che esse sono contrarie all’articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Ha stabilito che un processo basato esclusivamente sulle prove testimoniali, derivate dalle narrazioni dei collaboratori di giustizia, viola il giusto processo nella misura in cui i tribunali nazionali si sono limitati a un processo ordinario, senza considerare l’alto rischio di manipolazione delle dichiarazioni rese e degli accordi con l’organismo investigativo che non sono soggetti ad alcun controllo giurisdizionale.

Lo scopo di questo contributo è quello di interrogarsi sui possibili effetti di tale pronuncia nell’ordinamento giuridico italiano.

The ECHR judgment Adamčo v. Slovakia opened a breach in the “intangible” regulation of the statements of collaborators of justice made in the context of organised crime trials, arguing that they are contrary to Article 6(1) of the European Convention on Human Rights. It ruled that a trial based solely on witness evidence, derived from the narratives of collaborators of justice, violates due process to the extent that national courts have limited themselves to an ordinary trial, without considering the high risk of manipulation of the statements made and the agreements with the investigating body that are not subject to any judicial scrutiny.

The purpose of this paper is to question the possible effects of this pronouncement in the Italian legal system.

* Nota alla sentenza della CEDU Adamčo c. Slovacchia.

** Avvocato e dottoranda di ricerca in Diritto della società digitale e innovazione tecnologica presso l’Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro.

SOMMARIO

1. Introduzione	140
2. Il fatto	141
3. La decisione della corte	142
3.1. I precedenti della corte	143
4. I possibili risvolti pratici nell’ordinamento giuridico italiano	144
4.1. (segue) gli effetti delle sentenze cedu .	144
4.2. (segue) valutazione probatoria e regime della collaborazione	145
5. Conclusioni.....	150

1. INTRODUZIONE

Alcuni temi del diritto penale vivono un delicato equilibrio¹ tra la necessità di giustizia e il rispetto dei principi costituzionali. Tra questi può farsi rientrare l’intera tematica afferente alla criminalità organizzata: un ramo della materia penale particolarmente “sentito” in cui le garanzie difensive spesso sembrano subire, in nome di una preminente esigenza di difesa sociale, una compressione non solo formale ma anche sostanziale.

In realtà, se questo fenomeno sembra oramai una tendenza inarrestabile della cultura giuridica italiana, in sede sovranazionale sembra emergere una meritevole inversione di tendenza².

¹ L’espressione, rimodulata dalla scrivente, è di G. DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, p. 470.

² Il terreno di scontro tra l’ordinamento giuridico interno e la CEDU si registra, principalmente, in tema di 41-bis O.P.

Questo è quanto avvenuto con la sentenza in commento, pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione a una controversia sorta nell'ordinamento giuridico slovacco.

La decisione in esame, ancorché emessa nei confronti di uno stato estero, è particolarmente importante soprattutto alla luce delle questioni in essa contenute che inducono una riflessione sulle regole giudiziarie interne che governano i processi di criminalità organizzata.

2. IL FATTO

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo — d'ora in poi CEDU — ha ritenuto che lo Stato slovacco avesse violato l'art. 6 della Convenzione per aver ritenuto colpevole del reato di omicidio un imputato basandosi sulle sole dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

La vicenda giudiziaria sottoposta al vaglio della Corte di Strasburgo è particolarmente complessa e trae origine da alcuni fatti omicidari consumati in un contesto di criminalità organizzata.

Tutto ruota intorno a due eventi omicidari: a) per il primo, le Corti slovacche avevano ritenuto la

penale responsabilità dell'imputato sulla scorta delle sole dichiarazioni di un ulteriore soggetto — ritenuto mandante dell'omicidio — il quale aveva formulato delle dichiarazioni accusatorie nei confronti del ricorrente solo dopo aver ricevuto una condanna all'ergastolo per ulteriori, e distinti, delitti di sangue; b) per il secondo omicidio, invece, il processo aveva seguito un percorso diverso. Inizialmente, l'imputato era stato assolto da ogni accusa per mancanza di prove. Successivamente, a seguito della collaborazione di un correo, le indagini venivano riaperte e l'imputato, dopo un lungo processo, veniva ritenuto colpevole.

Nelle more di tale secondo giudizio, la difesa ha cercato di portare all'attenzione del giudice sia le innumerevoli incongruenze emerse dalle testimonianze³, sia il fatto che tali dichiarazioni provenissero da collaboratori di giustizia.

Tutte le censure di inattendibilità sono state disattese prima dal Tribunale distrettuale di Žilina e poi dal Tribunale Regionale⁴ (“... [] the Court stated that it had examined that evidence “particularly carefully” and looked “especially carefully” into the internal logic and coherence of their statements and their consistency with other

Come noto, il “carcere duro” rappresenta una sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario per far fronte a delle non meglio specificate esigenze emergenziali. Ciò si traduce in una limitazione delle ore d'aria, dei colloqui con i familiari, nel collocamento in una sezione dedicata con sorveglianza continua; nell'impossibilità di interloquire con i detenuti “comuni” né con i detenuti del 41-bis non facenti parti del gruppo preventivamente individuato con cui dialogare durante l'ora d'aria. Negli anni sono state plurime le sentenze della Corte costituzionale con le quali è stata riscontrata l'incostituzionalità della disposizione in relazione ai cibi, ai colloqui con i difensori e alla corrispondenza con quest'ultimi. Sul fronte internazionale, invece, nel 2019 la CEDU ha dichiarato il carcere duro incompatibile con la Convenzione per violazione dell'art. 3 che proibisce in maniera assoluta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti. Il riferimento è alla nota sentenza *Provenzano c. Italia* (C.CEDU sent. 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*, ricorso n. 55080/13) con nota di M.S. MORI, *A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con*

Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis, in *Giur.Pen.*, 2020, accolta duramente dalla politica italiana. In passato, invece, la i giudici di Strasburgo avevano “salvato” il carcere duro con la sentenza *Paolello c. Italia* (sez. IV, 24 settembre 2015, Ric. n. 37648/02). Sia consentito il rinvio a G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, in *La leg. Penale*, 2019, pp. 1-22.

³ In ossequio a ragioni di completezza ed esaustività si fa presente che le discrepanze emergenti dalle testimonianze rese riguardavano: l'orario della morte, il numero delle persone coinvolte negli omicidi, l'identità dei partecipi, il movente degli omicidi, le vie di fuga. Si v. i §§ 15-19, p. 3.

⁴ La composizione del sistema giudiziario slovacco prevede, per i giudizi di primo grado civili e penali la celebrazione davanti ai tribunali distrettuali; i tribunali regionali, invece, rappresentano il secondo grado di giudizio e si pronunciano in prima istanza in materia amministrativa e nelle competenze previste dalle leggi speciali. Per approfondimenti si v. www.e-justice.europa.eu

evidence available)⁵. Stesso epilogo si è avuto con il giudizio di legittimità dinanzi la Corte di Cassazione slovacca.

Successivamente, al ricorrente non è rimasto che lamentare l'inadeguatezza del suo processo dinanzi alla propria Corte costituzionale, denunciando l'accordo con il quale, in cambio della sua incriminazione, i coimputati avrebbero beneficiato – *de facto* - dell'immunità.

A seguito dell'ennesimo rigetto, l'imputato ha adito la CEDU per violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, della Convenzione.

In questa sede, il ricorrente ha lamentato che il narrato dei collaboratori non fosse stato supportato da prove indirette; ha eccepito la mancata valutazione del profilo e dei precedenti dei testimoni, nonché la lesione del diritto di difesa, in quanto l'Autorità giudiziaria non avrebbe effettivamente valutato l'incidenza e il "peso" dei vantaggi processuali ottenuti dai collaboratori; ha contestato la segretezza dell'accordo di collaborazione, avulso da qualsiasi controllo giurisdizionale e l'impossibilità di contro-esaminare un teste. Da ultimo, ha posto l'accento sul preventivo accesso, da parte dei testimoni, al fascicolo processuale grazie al quale avrebbero adeguato il loro racconto.

Il Governo slovacco, a fronte delle doglianze sollevate da ricorrente, ha invece ribadito la correttezza dei giudizi fondanti la condanna del ricorrente, evidenziando la presenza di ulteriori prove e che, in ogni singola fase processuale, il ricorrente fosse stato nelle condizioni di esercitare i suoi diritti difensivi⁶.

3. LA DECISIONE DELLA CORTE

Come prima anticipato, la Cedu, accertata la ricevibilità del ricorso, e valutando il merito della

domanda presentata dal ricorrente, ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione, condannando il Governo slovacco al pagamento di €5.000,00 a titolo di risarcimento per danni non patrimoniali e €15.000,00 per i costi e le spese di giustizia.

Nella specie, la Corte ha precisato che, in tema di utilizzo delle dichiarazioni rese dal chiamato in correità, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non prevede un generale divieto di utilizzazione delle dichiarazioni *erga alios* rese dal coimputato, il quale sia successivamente divenuto collaboratore di giustizia. Tuttavia, non ha mancato di evidenziare come sulle Corti nazionali gravi un onore particolarmente stringente in virtù del quale si dovrebbe evitare che un individuo venga processato per il perseguimento di interessi privati che esulino dall'assolvimento di ragioni di giustizia. Infatti, la vendetta personale, gli interessi economici, i vantaggi processuali o le immunità giurisdizionali possono indurre ad una manipolazione del fatto storico narrato e le dichiarazioni *de quibus*, ove non attentamente valutate e verificate, possono incidere significativamente sull'esito processuale⁷.

Quanto al caso di specie, assume un rilievo decisivo, in primo luogo, la natura delle prove alla base del giudizio di responsabilità: la condanna si è basata in maniera preponderante sulle dichiarazioni testimoniali dei collaboratori di giustizia. Le prove peritali, sulle quali il Governo aveva fatto leva, non hanno gettato luce sull'autore materiale dei delitti, né hanno avuto una qualche attinenza con la sua identificazione. Trattasi di prove che atenevano, più correttamente, alle cause del decesso.

In secondo luogo, la Corte ha evidenziato come nel processo a carico del ricorrente vi fossero già delle dichiarazioni confessorie in merito alla morte delle vittime sicché il *punctum dolens* atteneva,

⁵ Cfr. § 22, p. 4.

⁶ Cfr. CEDU, *Adamčo c. Slovacchia*, 1° giugno 2023, §§ i 47-53, lettere a), b).

⁷ Cfr. CEDU, §. 59, pp. 11-12.



più correttamente, al possibile e diretto coinvolgimento del ricorrente. In relazione a ciò, le attività peritali non hanno consentito di dissipare i dubbi.

La CEDU ha evidenziato che, nonostante i giudizi di merito avessero specificato di aver valutato con dovuta attenzione la prova della chiamata in correità, tale asserzione era contraddetta dalla documentazione in atti. Non è stata, infatti, adeguatamente considerata la discrepanza delle testimonianze in relazione all'ora della morte.

Ma ancora. Sebbene il ricorrente avesse avuto la possibilità di contro-interrogare i testi a suo carico, per la CEDU tale circostanza non è sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 6, non avendo il giudice di merito prestato alcuna attenzione alla natura e all'entità dei vantaggi ottenuti dai collaboratori in cambio dell'incriminazione del ricorrente. Benefici personali, questi, che la Corte si preme di sottolineare e far confluire in sentenza: sospensione tanto dell'esercizio dell'azione penale quanto dei procedimenti a carico dei collaboratori per i casi di omicidio. Tanto che i giudici sovranazionali mettono in luce la circostanza per la quale, nonostante il considerevole arco di tempo trascorso, non vi era agli atti nessuna certezza che i collaboratori, *medio tempore*, fossero stati processati: si tratterebbe, dunque, di una immunità di fatto.

3.1. I PRECEDENTI DELLA CORTE

Il problema indagato dalla sentenza annotata non rappresenta un *novum* nella giurisprudenza della CEDU. Non è la prima volta, invero, che la Corte è chiamata ad esprimersi in ordine alla celebrazione dei processi basati sui collaboratori di giustizia. Si pensi, infatti, alle note pronunzie *Xenofontos* e *altri c. Cipro*⁸ e *Habran e Dalem c. Belgio*⁹.

Nel primo dei casi ivi attenzionati, il giudice dei diritti umani è stato chiamato a valutare la lesione

del diritto ad un equo processo nel caso in cui la condanna all'ergastolo dell'imputato fosse stata possibile grazie alle dichiarazioni rese dal chiamato in correità. La CEDU, nell'escludere la violazione dell'art. 6 della Convenzione ebbe a rilevare come le dichiarazioni rese dal correo narrante, scevre da qualsiasi accordo con l'Ufficio di Procura, fossero il frutto di vera resipiscenza e che la difesa dell'imputato — in ogni fase processuale — fosse stata messa nelle condizioni di poter confutare il narrato del correo. Sicché, in assenza di benefici che gli imputati avrebbero potuto trarre da un accordo con la Procura, il rischio di manipolazione delle dichiarazioni era nullo.

Anche nel *leading-case Habran e Dalem c. Belgio*, la Corte aveva affermato come non violasse il diritto ad un equo processo la circostanza per la quale i coimputati fossero divenuti collaboratori di giustizia. Questo perché, per ogni teste, la difesa aveva avuto la possibilità di contro-esaminare il dichiarante e, dunque, controdedurre. In quella occasione, venne anche affermato come alla base della condanna dei ricorrenti vi fossero prove balistiche e ulteriori testimonianze che fungevano da riscontro al narrato dei "criminali trasformati in informatori" (così testualmente si esprime la Corte) ai quali non era neanche stato garantito l'anonimato.

Nella sentenza annotata, invece, la Corte (pur intervenendo su un tema che, come visto, è stato già più volte trattato) ha evidenziato i molti profili critici emergenti nei processi fondati sui collaboratori di giustizia.

Il condivisibile cambio di rotta è dell'essersi adeguatamente soffermati - contrariamente a quanto avvenuto nel caso *Xenofontos* - sugli interessi personali dei correi narranti i quali, grazie alla collaborazione, hanno beneficiato di una immunità totale in ordine alle accuse mosse nei loro confronti.

⁸ Cfr. CEDU, *Xenofontos e altri c. Cipro*, sentenza del 25 ottobre 2022 nn. 68725/2016, 74339/2016, 74359/2016.

⁹ Cfr. CEDU, *Habran e Dalem c. Belgio*, sentenza del 17 gennaio 2017 nn. 43000/11, 49380/2011.



Aspetto, questo, che non era stato trattato adeguatamente dai giudici interni, rei di aver motivato esclusivamente in astratto in ordine alle censure sollevate dal ricorrente.

Il giusto processo, infatti, non si risolve esclusivamente nel mero accertamento della possibilità di contro-esaminare il dichiarante, essendo necessario procedere ad una valutazione globale - procedimento giudiziario, anche interrogandosi su tutti quegli aspetti che possono inficiare l'equità.

Correttamente, dunque, la CEDU è intervenuta per far fronte a delle evidenti storture (o, meglio, abusi) di sistema in quanto le regole e i principi processuali devono essere rispettati in ogni processo, a prescindere dalla gravità, dalla tipologia e dal contesto dei reati per i quali si procede.

4. I POSSIBILI RISVOLTI PRATICI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

La sentenza in commento è particolarmente importante e, per certi versi, “coraggiosa”.

Vi è da chiedersi, però, quali implicazioni pratiche possano riflettersi - anche indirettamente - nell'ordinamento giuridico interno.

¹⁰ Per maggiori approfondimenti sul punto si v. C. NEGRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: rapporti tra fonti e tra giurisdizioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 79 ss.; E. FERRI, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Romatre-Press, Roma, 2014, pp. 173 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*.

¹¹ L'art. 46 della Convenzione, rubricato “Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze” statuisce che “*Le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione. 3. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che la sorveglianza di una sentenza*

Per rispondere all'interrogativo, che presuppone la possibilità di individuare una violazione del giusto processo, bisogna soffermarsi su due aspetti particolarmente importanti: il primo attiene ai casi per i quali le sentenze CEDU producono effetti in Italia; il secondo riguarda l'effettivo meccanismo delle regole previste dal codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove testimoniali, ex art. 192 c.p.p., nonché il rapporto con le regole della collaborazione, onde comprendere se sia possibile prospettare una eventuale violazione della Convenzione anche nell'ordinamento italiano.

4.1. (SEGUE) GLI EFFETTI DELLE SENTENZE CEDU

Con espresso riferimento agli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo occorre distinguere il piano della ‘forza obbligatoria’ — cd. effetti *inter partes* — da quello dell'efficacia di “cosa interpretata”, il cd. effetto *erga omnes*¹⁰. Per “forza obbligatoria”, che trova la sua genesi nell'art. 46, si intende l'effetto della sentenza sullo Stato parte della causa¹¹. Infatti, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione «*le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte*».

definitiva è intralciata dalla difficoltà d'interpretare tale sentenza, esso può investire la Corte affinché si pronunzi su tale questione d'interpretazione. La decisione di investire la Corte è presa con un voto a maggioranza di due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato.

4. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che un'Alta Parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte e mediante una decisione adottata con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato, investire la Corte della questione dell'osservanza di questa Parte degli obblighi relativi al §§ o 1. 5. Se la Corte accerta una violazione del §§ o 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini i provvedimenti da adottare. Qualora la Corte accerti che non vi è stata violazione del §§ o 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri, il quale decide di porre fine al suo esame”.

Con la locuzione “efficacia della cosa interpretata” invece ci si riferisce alla giurisprudenza della Corte dei diritti umani, ossia all’interpretazione delle disposizioni della Convenzione che dovrebbe imporsi, senza distinzione alcuna, a tutti gli Stati parte del trattato multilaterale.

Già da queste brevi battute, si deve evidenziare, come la pronuncia, non coinvolgendo lo Stato italiano, non produce effetti direttamente applicabili nell’ordinamento giuridico interno. Come noto, affinché una sentenza CEDU possa incidere sul giudicato attraverso il meccanismo dell’incidente di esecuzione, della revisione¹², mediante il nuovo meccanismo *ex art. 628-bis c.p.p.*¹³ o che possa produrre effetti su procedimenti *in itinere*, è necessario che la violazione riscontrata dalla Corte abbia coinvolto lo Stato italiano.

Escluso, dunque, che la sentenza *de qua* possa direttamente applicarsi nel nostro ordinamento è necessario verificare se sia possibile ricorrere allo strumento interpretativo.

In dottrina¹⁴ vi è chi riconosce una certa importanza al precedente emanato dalla CEDU. Si è detto, infatti, che «quando un sistema a garanzia dei diritti si dota di un giudice ad hoc sembra difficile negare che

a questo spetti l’ultima parola sul contenuto dei diritti tutelati e ciononostante non si tratti di una autorità giurisdizionale sovraordinata rispetto a quelle nazionali. Esso svolge la funzione essenziale di fissare uno standard minimo di tutela eguale per tutti, contribuendo così alla fondamentale opera di universalizzazione dei diritti dell’uomo».

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si pone in una posizione diametralmente opposta: già in passato gli ermellini, attraverso un orientamento non ancora smentito¹⁵, avevano negato la possibilità di far valere una sentenza resa contro uno stato estero anche nell’ipotesi in cui si trattasse di una “sentenza pilota”. Quest’ultima, frutto di un procedimento della CEDU per risolvere problemi funzionali e/o strutturali, riguardava esclusivamente l’ordinamento giuridico coinvolto.

Viene da chiedersi, allora, se detta sentenza possa rappresentare uno “spunto giudiziario” per mettere sotto la lente di ingrandimento l’esperienza italiana.

4.2. (SEGUE) VALUTAZIONE PROBATORIA E REGIME DELLA COLLABORAZIONE

del procedimento derivante dalla sentenza europea di condanna alla restituzione in integrum, conservando però un ragionevole margine di apprezzamento a tutela del giudicato nazionale. Per questo, trattandosi di rimedio diverso, richiede una disciplina autonoma e differente rispetto alla ordinaria revisione”. Per maggiore completezza si rinvia alla Relazione illustrativa consultabile in Gazzetta Ufficiale (Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2022 - Suppl. Straordinario n. 5).

¹⁴ In questi termini B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, p. 11, consultabile in www.cortecostituzionale.it; ID., *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo costituzionale*, in AIC, 2011, 4, pp. 1-40.

¹⁵ Si v. Cass., sez. VI, 6 novembre 2014, n. 46067, con nota di S. PAZIENZA, *Sentenze Pilota della Corte Edu e revisione del processo: spunti di riflessione dalla Corte di Cassazione*, in *Quest. Giust.*, 2015, consultabile in www.questionegiustizia.it; più recente e conforme Cass., sez. I, 23 marzo 2023 n. 22311.

¹² I rapporti tra la CEDU e l’istituto della revisione, oggi pacifici, sono il frutto di un dialogo altalenante con la Corte costituzionale. In questa sede basterà ricordare le due note sentenze del giudice delle leggi Corte cost. 7 aprile 2011 n. 113 e Corte cost. 30 aprile 2008, n. 129.

¹³ La disposizione recante “Richiesta per l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali” introdotta dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 c.d. Riforma Cartabia, mira — per come riportato dalla stessa relazione illustrativa — a superare l’assetto binario dato “da un lato, dalla revisione europea e, dall’altro, incidente di esecuzione — fissato dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, a favore di un unico rimedio di nuovo conio, che affidi sempre alla Corte di cassazione la valutazione del *dictum* europeo, con un vaglio preliminare sul vizio accertato dalla Corte di Strasburgo. L’istituto deve dare esecuzione al triplice obbligo di neutralizzazione e rivalutazione della sentenza e di riapertura

Nel volgere lo sguardo al panorama processuale italiano¹⁶, le questioni che vengono in rilievo sono essenzialmente due: la disciplina sui benefici derivanti dalla collaborazione e le regole processuali per la valutazione della chiamata in correità.

Sotto il primo versante deve essere subito rilevato che, contrariamente alla prassi in uso presso gli Uffici di Procura slovacchi, nel nostro ordinamento non è prevista la concessione o il riconoscimento di una “immunità di fatto” per il collaborante.

Ciononostante, la disciplina italiana sui collaboratori di giustizia¹⁷ prevede, sotto vari profili, alcuni considerevoli benefici. In tema di trattamento sanzionatorio, ad esempio, opera il riconoscimento di una attenuante speciale prevista, dall’art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152¹⁸, alla luce della quale «*la pena dell’ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà*». L’attenuante in esame, strutturata con la previsione di una pena autonoma, sfugge alle

regole del bilanciamento tra circostanze *ex art. 69-bis c.p.*¹⁹ secondo quanto stabilito dalla legislazione speciale e, in relazione alla quale, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esprimersi definendone i tempi e i modi di applicazione²⁰.

Sotto il profilo dell’esecuzione della pena, poi, ai sensi dell’art. 16-*nonies* decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, i collaboratori possono accedere — anche in deroga ai limiti di cui agli artt. 176 c.p. e 30-*ter* e 47-*ter* O.P. — alle misure premiali della liberazione condizionale della pena, dei permessi premio e alla detenzione domiciliare.

L’enorme stratificazione normativa, la complessità dell’argomento e la pluralità delle fonti rendono impossibile, in questa sede, un’analisi critica dei benefici premiali riconosciuti ai collaboratori di giustizia²¹. Tuttavia, il raffronto con gli artt. 205²²,

¹⁶ Il riferimento è al § 28, p. 6 ove il ricorrente afferma “*accomplice evidence was commonly seen with scepticism, which was reflected, for example, in the provisions of the Italian Code of Criminal Procedure (Article 192), which provided that, as a matter of principle, statements made by either the co-accused charged with the same offence or a person accused in joined proceedings had to be corroborated by other evidence confirming their reliability*”.

¹⁷ Per una precisa analisi sia consentito il rinvio a D. PER-RINI, *Collaboratori e testimoni di giustizia. Aspetti giuridici e sociologici*, ADIR-L’altro diritto, 2007.

¹⁸ Decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, coordinato con la legge di conversione 12 luglio 1991, n. 203, recante: “*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell’attività amministrativa*” pubblicato in G.U. il 12 luglio 1991, consultabile in www.normattiva.it.

¹⁹ L’articolo (che ricalca essenzialmente l’art. 7 del d.l. 31 dicembre 1991 n. 419 (è stato inserito dall’art. 5 del D. Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 recante “*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell’articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*”). Per un maggiore approfondimento si v. E. DOLCINI – G.L. GATTA., *Codice penale commentato*, tomo I, V ed., 2021, pp. 1461-1463.

²⁰ Cfr. Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 10713.

²¹ Per una maggiore esaustività si v. A. BERNASCONI, (voce) *Criminalità organizzata (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV agg., 2000, pp. 501-519.

²² L’art. 205 della legge 301/2005 Coll. prevede “*Se l’imputazione complica notevolmente l’accertamento della corruzione, del reato di costituzione, pianificazione e sostegno di un gruppo criminale, o di un reato commesso da un gruppo organizzato o da un gruppo criminale, del reato di omicidio premeditato o di reati di terrorismo, o dell’accertamento del autore di tale reato, l’ufficiale di polizia può, previo consenso del pubblico ministero, per il periodo necessario, sospendere temporaneamente l’imputazione di tale reato o di altro reato nei confronti di una persona che sia significativamente impegnata a chiarire un reato di questi reati o nell’identificazione dell’autore. L’atto d’accusa non può essere temporaneamente rinviato contro l’organizzatore, la guida o l’ordinatore del reato, al cui chiarimento partecipa. (2) L’ufficiale di polizia farà un verbale del rinvio provvisorio dell’atto di accusa, una copia del quale sarà inviata al pubblico ministero entro 48 ore. (3) Se non sussistono più i motivi per il temporaneo rinvio dell’atto di accusa, l’ufficiale di polizia, su indicazione del pubblico ministero, deposita senza indugio l’atto di accusa*”. Si v. www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2005/301/20230601.



218²³, 2019²⁴ e 228²⁵ del codice di procedura slovacca, al netto delle prassi giudiziarie in uso, consente di cristallizzare la prima distinzione: la disciplina italiana non prevede nessuna sospensione né dell'azione penale né del processo in corso a carico del "pentito". Tuttavia, come prima visto, i vantaggi derivanti dalla collaborazione non sono irrilevanti.

Sul versante della valutazione probatoria, invece, il tema necessita di alcune precisazioni.

La principale censura rilevata dalla CEDU al diritto slovacco attiene alla circostanza per la quale i giudici nazionali hanno valutato il narrato del correo-collaboratore di giustizia al pari di qualsiasi prova testimoniale.

La disciplina processuale italiana, invece, è parzialmente diversa ed è incentrata sull'operatività dell'art. 192 c.p.p. in relazione al quale, più e

più volte, la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta nella sua più autorevole composizione. Sul tema, l'insegnamento accademico²⁶ e giurisprudenziale è, a dir poco, imponente. Pur non essendo questa la sede per effettuare una lunga disamina di questa tematica, valga solo ricordare che, nel nostro ordinamento, in tema di dichiarazioni del collaboratore di giustizia bisogna preliminarmente accertare se egli ricopre una delle posizioni previste nei commi 3 e 4, vale a dire: coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso *ex art. 12 c.p.p.* o collegato *ex art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p.* In caso si versi in una di queste ipotesi le sue dichiarazioni, secondo la regola prevista dall'art. 192, comma 3, c.p.p. devono essere valutate «unitamente agli elementi di prova che confermano l'attendibilità».

²³ L'art. 218 prevede che "Il pubblico ministero può interrompere condizionalmente il procedimento penale nei confronti dell'imputato che ha partecipato in misura significativa all'accertamento della corruzione, del reato di costituzione, organizzazione e sostegno di un gruppo criminale o di un reato commesso da un gruppo organizzato o da un gruppo criminale o reati penali di terrorismo, o nell'accertamento o nella condanna dell'autore di tale reato, e l'interesse della società a chiarire tale reato supera l'interesse a perseguire l'imputato per tale reato o per un altro reato; l'azione penale non può essere sospesa condizionalmente contro l'organizzatore, la guida o l'ordinatore del fatto criminale, al chiarimento del quale ha partecipato. (2) Nella delibera sulla sospensione condizionale del procedimento penale, all'imputato sarà concesso un periodo di prova da due a dieci anni. Il periodo di prova inizia con la validità della delibera sulla sospensione condizionale dell'azione penale. Nella delibera si ordina all'imputato di soddisfare le condizioni di cui al comma 1 durante il periodo di prova. (3) La delibera sulla sospensione condizionale dell'azione penale è consegnata all'imputato, alla vittima e all'informatore, se non è anche vittima; l'imputato, la vittima e il denunciante possono sporgere denuncia nei suoi confronti, che ha effetto sospensivo".

²⁴ La disposizione di cui all'art. 219, invece, recita "Se l'imputato durante il periodo di prova soddisfaceva la condizione ai sensi del § 218 par. 1, il pubblico ministero decide che l'imputato ha dato prova di sé. In caso contrario, decide, anche durante il periodo di prova, che il procedimento penale prosegue. Emette una risoluzione sulla certificazione o la continuazione dell'azione penale. (2) Se, entro due anni dalla scadenza del periodo di prova, non è stato emesso il provvedimento di cui al comma 1 senza colpa dell'imputato, si considera che abbia dato prova di sé. (3) La

delibera di cui al comma 1 è consegnata all'imputato e alla vittima; l'imputato e la vittima possono sporgere querela contro di lui, che ha effetto sospensivo. (4) La validità legale della delibera che dichiara che l'imputato ha dimostrato lui stesso, o la scadenza del termine secondo il paragrafo 2, gli effetti dell'interruzione del procedimento penale secondo § 9 par. 1 lettera e)".

²⁵ L'art. 228, § 3, disciplina l'ipotesi della sospensione del procedimento nel caso in cui "l'imputato è coinvolto in modo significativo nelle indagini per corruzione, reato di costituzione, organizzazione e sostegno di un gruppo criminale o reato commesso da un gruppo organizzato o gruppo criminale, il reato di omicidio premeditato o reati di terrorismo, o nell'accertamento o nella condanna dell'autore di tale reato, per tale reato o per altro reato; l'azione penale non può essere interrotta nei confronti dell'organizzatore, della guida o dell'ordinatore del reato, al cui chiarimento partecipa".

²⁶ Sul tema di chiamata in correità, reità, reità *de relato* e riscontri si v. T. RAFARACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, pp. 675 ss; V. DE FELICE, *Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 1-8; M. DI VINCENZO, *Modalità acquisitive della narratio correus. L'assunzione delle dichiarazioni*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 9-19; M. DELL'UNTO, *Acquisizioni delle dichiarazioni del chiamante in dibattimento*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 19-26; I. CRISCUOLO, *La valutazione della chiamata in correità*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 26-30; R. IACOBONI, *L'accertamento estrinseco della chiamata: i riscontri*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 30-33.

Secondo un annoso e mai sopito dibattito giurisprudenziale, la regola *ex art.* 192, comma 3, c.p.p. da un lato rappresenterebbe un limite al principio del libero convincimento del giudice²⁷ previsto dall'art. 192, comma 1; dall'altro, invece, indicherebbe un "criterio argomentativo" che il giudice deve seguire per portare avanti l'operazione intellettuale di valutazione delle dichiarazioni rese dai soggetti che rivestono determinate posizioni²⁸. A prescindere dall'orientamento che si intende abbracciare, un dato è ineludibile: la disposizione in esame impone al giudice di motivare l'attendibilità del correo narrante. Essa deve essere sorretta da concreti elementi di giudizio contraddistinti da univocità, coerenza e non contraddittorietà, vale a dire che deve trattarsi di riscontri certi, univoci, specifici e individualizzanti, sì da consentire un collegamento diretto ed obiettivo con i fatti contestati e con la persona imputata. Trattandosi di dichiaranti portatori di un interesse personale, affinché si possa ritenere attendibile il narrato di cui trattasi è necessario procedere ad un profondo e rigido scrutinio. Nella prassi giurisprudenziale si impone una triplice verifica della chiamata in correità: anzitutto, si deve procedere ad un controllo di "attendibilità

²⁷ In tali termini Cass., 19 gennaio 1990, Cardaropoli, in *A. n. proc. pen.*, 1991, pp. 129 ss; Cass., 1° luglio 1999, D'Arrigo ed a., in *Giust. pen.*, 2000, 3, pp. 390 ss; Cass.,

²⁸ *Cfr.* Cass., 30 gennaio 1992, Altadonna, in Cass., pen. 1993, 2585;

²⁹ Tra le tante si v. Cass., sez., III, 6 ottobre 2014, n. 41347, in *Processo pen. e giust.*, nella quale si afferma come "la problema centrale in tema di utilizzo di dichiarazioni di pentiti attiene alla necessaria approfondita delibazione di attendibilità personale dei collaboranti, esame preventivo, generale e indefettibile, senza il quale quelli successivi di credibilità intrinseca di coerenza e logica interna e di ricerca di riscontri esterni appaiono incompleti e non autosufficienti oltre che secondari". Una ricostruzione giurisprudenziale precisa, che tiene conto di ogni aspetto relativo alla valutazione del collaboratore di giustizia, si rinviene in Corte App. Palermo, sez. I, 11 aprile 2022, n. 2819. In tema di attendibilità intrinseca si afferma come "Al giudizio sulla credibilità del soggetto deve seguire la verifica sulla attendibilità intrinseca delle sue specifiche dichiarazioni,

personale" del dichiarante; successivamente è necessario verificare l'"attendibilità intrinseca" della dichiarazione e, infine, procedere a un controllo di "attendibilità estrinseca" attraverso i riscontri che alle dichiarazioni possono venire da altri elementi probatori di qualsiasi tipo e natura²⁹.

Ad onore del vero bisogna anche evidenziare come detta linea di insegnamento, estremamente rigida, sovente abbia subito alcune deroghe. È il caso, ad esempio, della "frazionabilità del dichiarato" in virtù della quale è possibile "salvare" una parte del narrato, ritenuto attendibile e adeguatamente riscontrato, anche laddove altra parte sia ritenuto inattendibile. Affinché ciò sia possibile, però, la parte viziata non deve intaccare l'organicità e la coerenza del racconto³⁰.

È il caso, ancora, della possibilità di utilizzare come riscontro individualizzante le dichiarazioni rese *de relato* o, ancora, fondare un giudizio di responsabilità penale sulla base di una dichiarazione di "reità *de relato*" potendo quest'ultima essere riscontrata, nell'impossibilità di escutere la fonte diretta, da altre chiamate di analogo tenore, così

tenuto conto della spontaneità e costanza, della reiterazione senza contraddizioni, della logicità e dell'articolazione, ovvero della molteplicità di contenuti descrittivi. In proposito, è stato chiarito che una volta verificata l'attendibilità intrinseca del chiamante in correità, il procedimento logico non può pervenire, "omisso medio", all'esame dei riscontri esterni della chiamata. occorrendo in ogni caso che il giudice verifichi se quella singola dichiarazione, resa da soggetto attendibile, sia a sua volta attendibile. Si tratta di un procedimento non superabile, perché se l'attendibilità della dichiarazione venisse riferita al solo riscontro, senza il passaggio ad una verifica di attendibilità intrinseca, si finirebbe per fare del riscontro la vera prova da riscontrare, così da indebolire consistentemente la valenza dimostrativa delle dichiarazioni rese a norma dell'art. 192 comma terzo c.p.p."

³⁰ Si v. Cass., sez. I, sent. 10 dicembre 2010, n. 16674; Cass., sez. II, 13 novembre 2017 n. 51650, con nota di F. URBINATI, *Frazionabilità della valutazione e chiamata in correità*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2018, 1, consultabile in www.giurisprudenzapenale.it.



come affermato dalle Sezioni Unite “Aquilina e altri”³¹.

Individuata così la cornice normativa ed ermeneutica all’interno della quale operare è possibile evidenziare che la disciplina interna, diversamente da quella attenzionata dalla CEDU, si compone di un meccanismo complesso, e a tratti farraginoso, che dovrebbe (il condizionale è d’obbligo) consentire di “elevare” le dichiarazioni geneticamente dubbie a rango di prova pienamente attendibile; non a caso, infatti, autorevole dottrina³² ha qualificato la chiamata di correo «*elemento a potenziale probatorio*».

Se si raffronta il codice processuale italiano con quello slovacco, la disciplina interna richiede delle condizioni non presenti in quello estero: ai sensi del § 12 del C.P.P. slovacco, infatti, “*le autorità preposte all'applicazione della legge e il tribunale valutano le prove ottenute con mezzi leciti secondo la propria convinzione interna, sulla base di un'attenta considerazione di tutte le circostanze del caso, sia singolarmente che nel complesso, indipendentemente dal fatto che siano state ottenute dal tribunale, dalle autorità preposte all'applicazione della legge o da una delle parti*”³³. Nessuna diversa disposizione, infatti, prevede criteri logico-argomentativi a supporto della valutazione delle dichiarazioni auto ed etero confessorie. La valutazione delle prove, a

prescindere dalla fonte, è soggetta solo alla “convinzione interna” del giudicante.

Così ragionando, dunque, nell’ordinamento interno non dovrebbe registrarsi una violazione del giusto processo, contrariamente a quanto accaduto nel caso in commento. Ciò soprattutto alla luce dell’obbligo motivazionale e dei canoni di una valutazione rigorosa, certa e precisa, imposti sia dal codice di rito che dalla giurisprudenza di legittimità.

Una crepa, però, nella disciplina italiana emerge e rappresenta anche uno degli aspetti valutati dai giudici di Strasburgo: le ragioni e i vantaggi alla base della collaborazione.

Il diritto interno non richiede un pentimento sincero, né puri motivi di resipiscenza. È un principio oramai granitico nella giurisprudenza italiana e anche nella legislazione premiale³⁴: ciò che la legge richiede è che si tratti di un contributo effettivo alle indagini. Tanto che, anche a fronte dell’effettiva sussistenza di rancori, astio, e interessi personali, l’attendibilità intrinseca del dichiarante non può essere esclusa; al più rappresenta una necessità, per il giudice, si procede ad un accertamento più approfondito onde sondare la veridicità del contenuto³⁵.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la soluzione offerta dalla giurisprudenza non appare condivisibile,

³¹ Cfr. Cass. SS. UU., 29 novembre 2012, n. 20804, *Aquilina ed a.* A riguardo, per dovere di completezza deve essere affermato che il riscontro operato attraverso altra chiamata *de relato* può avvenire solo se sono rispettate dette condizioni: «*per il conseguimento del fine precisato si richiede: a) la valutazione positiva della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell’attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) l’accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante in relazione a circostanze rilevanti del thema probandum; d) l’indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) l’autonomia*

genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti d’informazione diverse».

³² Così si espresse G. TRANCHINA, *I canoni di valutazione probatoria della chiamata in correità*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 644-654; si v. anche S. LONATI, *Il nodo irrisolto della chiamata di correo*, in *Ragion pratica*, 1998, 10, pp. 243-269.

³³ Per consultare il testo in lingua originale si veda www.slovlex.sk.

³⁴ Si veda, in particolare l’art. 16-*quater*, d. l. 15 gennaio 1991 n. 8, così come convertito in legge 15 marzo 1991 n. 82 e ss.mm.ii. Per approfondimenti si v. A. ALBERICO, *Collaboratori di giustizia*, in *Il penalista*, consultabile in www.ilpenalista.it.

³⁵ In tali termini si v. Cass., sez. II, sent. 21 giugno 2017, n. 33519.



in quanto il rischio concreto di manipolazione delle dichiarazioni non viene realmente affrontato.

Ciò si traduce in un'inevitabile tensione delle garanzie processuali, le quali non di rado cedono dinanzi ai pretesi canoni di efficienza e di effettività dell'apporto contributivo del correo narrante.

5. CONCLUSIONI

Non vi è dubbio che la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo apra una breccia nell'intricato mondo dei benefici dei collaboratori di giustizia.

Il fenomeno della criminalità organizzata ha portato, negli anni, alla creazione di meccanismi operativi particolarmente efficaci per bucare "il muro di gomma" — apparentemente impenetrabile — del crimine organizzato, sia mafioso che comune.

La procedura della condotta collaborativa ha sempre avuto un'attenzione particolarmente forte, consentendo di aggirare ostacoli e limiti normativi. In alcuni casi, come accaduto in Slovacchia, accanto ai benefici premiali, sono andate formandosi delle prassi giudiziarie totalmente illegittime, in cui l'agire statale viene deliberatamente modulato sulla scorta di esigenze processuali *intuitu personae*.

Tale modo di agire non può essere condiviso e la Corte sovranazionale, nel criticare ed evidenziare l'arbitrarietà di detti accordi con l'organo inquirente, ne ha sancito la totale iniquità.

L'ordinamento giuridico domestico, come già detto, non riconosce, attraverso norme positive, tali facoltà all'organo inquirente, né si registrano prassi giudiziarie di tale tenore. In linea prettamente teorica, sulla base delle regole processuali e giudiziarie non sarebbe possibile individuare una potenziale violazione dell'art. 6 della Convenzione.

Va anche detto, però, la sentenza ha messo a fuoco vari profili: dai benefici, all'accordo con l'Accusa, alla regola di valutazione probatoria, ai motivi della collaborazione. Se è vero che ogni

sentenza della CEDU riguarda il singolo caso portato alla sua attenzione, ciò non significa che alcune criticità rilevate non possono costituire il meccanismo propulsivo per indurre una possibile riflessione interna.

Del resto, le criticità della legislazione premiale e del doppio binario sanzionatorio per i reati *ex art. 51*, comma 3-*bis* e *quater* c.p.p. sono plurime e note in ogni latitudine e non possono ritenersi interamente rassicurati le regole previste dal codice processuale italiano.

L'affievolimento delle garanzie difensive, unitamente all'inesistente principio di parità delle armi, sovente comporta una restrizione del principio del contraddittorio. Né il rigido meccanismo *ex art. 192*, comma 3, c.p.p. vale ad escludere il rischio elevato di manipolazione. Del resto, per la giurisprudenza gli interessi personali al pari delle ulteriori criticità, possono essere (e sono) superati dalla presenza dei riscontri: il riscontro dà attendibilità al dichiarante, sia pure parziale.

LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA. RIFLESSIONI SU (POSSIBILI) CRITICITÀ E PROSPETTIVE

di **Clementina PIETRAROIA***

ABSTRACT

L'obiettivo del presente scritto è quello di esaminare la portata e i limiti della riforma del sistema elettorale del CSM, partendo dalle ragioni che hanno spinto il legislatore all'approvazione della legge n. 71/2022, passando per la ricostruzione del complesso sistema di equilibri tra la magistratura e la politica e tra magistratura e gli altri poteri dello Stato, e concludendo con la disamina delle principali criticità della riforma e con la verifica della tenuta del nuovo sistema elettorale rispetto alla realtà dei fatti.

SOMMARIO

1. Premessa	151
2. Il ruolo di garante dell'imparzialità e dell'indipendenza della magistratura del csm	153
3. La riforma del sistema elettorale del csm	156
4. Considerazioni conclusive	161

* Avvocato e cultore della materia in diritto costituzionale presso l'Università degli studi Napoli Parthenope.

¹ La legge n. 71/2022 ha ad oggetto la riforma dell'ordinamento giudiziario e contiene in parte norme da attuarsi con delega del Governo (mediante l'adozione di uno o più decreti legislativi entro il 31.12.2023), in parte norme immediatamente modificative della legge n. 195 del 24 marzo 1958, contenente la disciplina della costituzione e del funzionamento del CSM.

² Il riferimento è alle vicende che hanno coinvolto nell'anno 2019 il dott. Luca Palamara, ex presidente dell'Anm e consigliere del Csm dal 2014 al 2018, che è stato accusato di aver concordato le nomine a uffici direttivi con altri componenti del Csm e con alcuni esponenti politici. L'evento ha suscitato non poco scalpore, in quanto non si è trattato

1. PREMESSA

Il presente contributo è volto ad esaminare, pur senza pretesa di esaustività, la riforma del sistema elettorale del CSM, che si inserisce nella più ampia riforma dell'ordinamento giudiziario, contenuta nella legge n. 71 del 17.06.2022¹ e pensata in risposta alla nota vicenda di attribuzione degli incarichi direttivi della magistratura².

La riforma sembra nata, dunque, con l'obiettivo di preservare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, principi che costituiscono i fondamenti costituzionali dell'ordinamento giudiziario e che si trovano enunciati agli articoli 104 e 107 della Costituzione.

L'art. 104 comma 1 della Costituzione afferma innanzitutto che la magistratura deve essere autonoma e indipendente da ogni altro potere. Autonoma nel senso che l'ordine giudiziario non deve subire condizionamenti provenienti dagli altri poteri dello Stato. Indipendente nel senso che il giudice deve manifestare il proprio convincimento sulle questioni sottoposte al proprio giudizio, senza

semplicemente di sostenere la nomina di candidati appartenenti alla propria corrente a scapito del merito di altri magistrati, ma si è assistito addirittura alla preselezione di magistrati fuori dal Consiglio Superiore della magistratura sulla base di vincoli oscuri e personalistici. Per una più approfondita ricostruzione della nota vicenda v., *ex plurimis* V.GIGLIO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e la difficilissima stagione dell'autogoverno*, 12 giugno 2019, testo disponibile in www.filodiritto.it; sul seguito della stessa, cfr., tra le altre, E. ANTONUCCI, *"Tutti Salvi": così il pg della Cassazione ha amnistiato il caso Palamara*, in *II Foglio*, 25 giugno 2022; sui possibili rimedi cfr. S. BENVENUTI, *Brevi note sull'affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni*, in *Osservatorio cost.*, 1, 2020, p. 21 ss.

alcuna forma di dipendenza dagli altri poteri o dagli altri giudici.

La posizione di indipendenza del magistrato viene poi ulteriormente rafforzata dagli artt. 107, co.3 Cost. secondo cui i giudici si distinguono tra loro solo per funzioni e non per ruoli gerarchici, e dall'art. 101 co.2 Cost., per il quale i giudici sono soggetti solo alla legge³. Con la conseguenza che nel nostro ordinamento, a differenza di quelli appartenenti alla *Common law*, e salve ipotesi eccezionali, il precedente giudiziario non ha forza vincolante, e dunque l'intervento del giudice di grado superiore non si ripercuote in alcun modo sull'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice del grado di giudizio inferiore, ma si limita ad avere una efficacia unicamente persuasiva.

Alla luce di questi principi si giustificano le disposizioni che costituiscono l'ordinamento giudiziario.

³ Anche se tale precisazione esula dall'oggetto del presente contributo, non può qui non osservarsi come la soggezione del giudice alla sola legge ha due valenze costituzionali ulteriori rispetto a quella di garanzia dell'indipendenza del magistrato. Da un lato, infatti, la soggezione del giudice alla legge fornisce un collegamento indiretto tra la magistratura e il popolo, a cui appartiene la sovranità e nel cui nome la giustizia è amministrata. Dall'altro l'obbligo di soggezione del giudice alla legge esclude che il magistrato possa adottare una decisione sulla base del proprio arbitrio, dovendo invece decidere facendo applicazione della volontà del legislatore, astratta ed uguale per tutti, anche quando non ne condivide il contenuto.

⁴ Tra le principali novità va evidenziato che la riforma ha infatti ripristinato la regola dell'accesso al concorso con la sola laurea in giurisprudenza, e previsto la possibilità di iniziare il tirocinio presso Procure, Tribunali e Corti subito dopo il superamento dell'ultimo esame del corso di laurea in giurisprudenza e prima della discussione della tesi di laurea. Per un'approfondita disamina della riforma del concorso in magistratura v. D. MERCADANTE *La riforma dell'ordinamento giudiziario e il concorso in magistratura: progressi, dubbi, questioni aperte*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, p. 20 e ss..

⁵ Sul punto M.G. CIVININI, in *Il ruolo della Scuola superiore della magistratura e della formazione iniziale del nuovo ordinamento giudiziario*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, p. 29 e ss., esamina le

L'ordinamento giudiziario può essere suddiviso in due macroaree: da una parte vi sono tutte le norme che regolano lo statuto giuridico dei magistrati dal loro ingresso nella funzione sino al collocamento al riposo, e l'organizzazione degli uffici, dall'altra vi sono le norme che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura, che è l'organo di autogoverno della magistratura.

Entrambe le macroaree sono state incise dalla riforma. Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi ad esempio alle modifiche apportate dalla riforma al concorso per l'accesso alla magistratura⁴, alla materia della formazione giudiziale e della Scuola Superiore della magistratura⁵, alla disciplina delle valutazioni di professionalità dei giudici⁶, alla disciplina dell'accesso del magistrato agli incarichi politici⁷, alla responsabilità del magistrato. Ma soprattutto si pensi alla riforma della struttura del CSM e

novità contenute nella riforma dell'ordinamento giudiziario in materia di formazione giudiziale.

⁶ La disciplina della valutazione di professionalità dei magistrati è stata modificata dall'art. 3 della legge delega 71/2022 che introduce novità sia dal punto di vista procedurale che dei parametri di riferimento. Tra gli aspetti più significativi va segnalato che la riforma ha previsto la possibilità per la componente di avvocati dei consigli giudiziari di partecipare alle sedute in riferimento all'espressione di pareri con diritto di voto unitario sulla base del contenuto (positivo o negativo) della eventuale segnalazione espressa dal consiglio dell'ordine e attribuito ai professori universitari componenti il consiglio la facoltà di partecipare alla discussione, pur senza diritto di voto. Per una disamina approfondita delle modifiche apportate dalla legge delega sulla valutazione di professionalità dei magistrati si rimanda a R. MAGI e D.CAPPUCCIO, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, pp. 77 e ss.; C. VALORI, *La partecipazione degli avvocati alle deliberazioni dei consigli giudiziari in materia di valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, pp. 103 e ss..

⁷ A seguito della riforma il magistrato potrà ancora entrare in politica, come accadeva già in precedenza, ma dovrà candidarsi in una regione diversa rispetto a quella dove ha lavorato negli anni precedenti, rinunciando al proprio compenso da magistrato. Se un magistrato viene eletto e poi decide

del suo sistema elettorale, oggetto del presente contributo.

Tra i progetti di riforma, purtroppo rimasti sul tavolo, ma che forse avrebbero meritato un maggiore approfondimento, vi sono quelli elaborati dalla c.d. Commissione Luciani che aveva formulato alcune radicali ipotesi di riforma del CSM, tra cui il sistema del rinnovo parziale del Csm (in luogo di quello unitario attualmente vigente) e la nomina da parte del Presidente della Repubblica del Vicepresidente.

Tale progetto di riforma, tuttavia, fu abbandonato perché avrebbe inciso sull'attuale impianto costituzionale e la sua attuazione avrebbe richiesto più di una riflessione.

In tale contesto si fa strada il testo definitivo della legge approvata nel giugno 2022⁸ che, pur senza abbandonare l'intento riformatore del CSM, ha introdotto interventi tutto sommato contenuti.

2. **IL RUOLO DI GARANTE DELL'IMPARZIALITÀ E DELL'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA DEL CSM**

ritornare al proprio lavoro originario, potrà ricoprire solo incarichi amministrativi, mentre non potrà più assolvere alle funzioni di merito. Questo e altri aspetti della riforma sono approfonditi da E.B. LIBERATI, *Magistrati e politica*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, p. 131 ss..

⁸ La legge 71/2022 trova la sua origine nella presentazione alla Camera dei deputati del disegno di legge AC 2681, depositato nel settembre 2020 dall'allora Ministro della giustizia Bonafede durante il secondo Governo Conte. Con la nascita del Governo Draghi, la Ministra della giustizia Cartabia ha istituito un'apposita commissione di studio per proporre modifiche da inserire nell'iter parlamentare già avviato. La commissione è stata presieduta dal prof. avv. Massimo Luciani, che in data 31 maggio 2021 ha consegnato i propri lavori. Nel febbraio 2022 il Governo ha presentato i propri emendamenti al disegno di legge AC 2681, recependo solo in parte i contenuti dei lavori della Commissione Luciani. Il testo definitivo è stato approvato il 17 giugno 2022.

⁹ In particolare, v. sentt. 168 del 1963, 44 del 1968, 180 del 1971, 142 del 1973, 148 del 1983, 4 del 1986, 419 del 1995,

I principi di indipendenza e imparzialità della magistratura trovano la massima realizzazione grazie al ruolo svolto dal CSM ed ai rapporti tra il Consiglio stesso e gli altri poteri dello Stato.

La corretta identificazione del ruolo del CSM è stato oggetto di plurimi chiarimenti da parte della Consulta che, attraverso graduali pronunce⁹, ha compiuto il progressivo definirsi dell'identità del Consiglio quale "organo di garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura".

Invero, è stato osservato in dottrina come l'identità del CSM non possa essere semplicemente individuata in un "organo di alta amministrazione"¹⁰, trattandosi di una risalente definizione che risulta meramente evocativa, poiché nulla chiarisce da un punto di vista tecnico¹¹.

Del pari insufficiente risulta la definizione del Consiglio quale "organo di governo della magistratura"; alcuni autori¹² hanno definito perfino "ingannevole" tale locuzione, in quanto potrebbe lasciare intendere erroneamente che il CSM svolga attività istituzionali sulla base di un programma e per il perseguimento di fini discrezionalmente individuati¹³.

497 del 2000; 380 del 2003; 270 del 2002; 284 del 2005, tutte consultabili in www.giurecost.org.

¹⁰ M. BESSONE, *Giurisdizione e politica. Il caso del Csm*, in *Dem. dir.*, 6/1985, p. 155.

¹¹ A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 477.

¹² L'espressione è di C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in www.formulacostituzionale.it, 2007, p.2.

¹³ La Corte costituzionale, con sentenza n. 142/1973, precisa che «il cosiddetto autogoverno» è espressione «da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica». Sulla preferibilità del termine "governo autonomo" dell'ordine giudiziario, anziché "autogoverno", per indicare il nesso fra l'autonomia del Csm e la garanzia dell'autonomia dell'ordine giudiziario v. V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 21 ss.

Appare dunque più corretto definire il CSM come un organo che ha un ruolo costituzionale, in quanto si tratta di un organo che è chiamato a svolgere compiti strumentali all’attuazione della Costituzione¹⁴, essendo preposto alla garanzia dell’autonomia e indipendenza della magistratura e, dunque, chiamato ad assicurare le prerogative della magistratura e, in tal modo, a dare attuazione al principio costituzionale di imparzialità della giurisdizione¹⁵.

Siffatto ruolo costituzionale del CSM può essere ricostruito partendo dall’analisi del testo della nostra Carta costituzionale, indagando in primo luogo le attribuzioni che la Costituzione riconosce al Consiglio al titolo IV, nonché avendo riguardo all’assetto dei rapporti che l’Assemblea costituente ha immaginato tra lo stesso Consiglio, il Parlamento, il Capo dello Stato ed il Ministro della giustizia¹⁶.

Ciò significa che per comprendere il ruolo del CSM nei confronti della magistratura è opportuno riflettere preliminarmente sui rapporti che lo stesso Consiglio ha con il Parlamento, il Governo, il Capo dello Stato ed il Ministro della Giustizia.

A tal fine appare fondamentale muovere l’indagine da alcune pronunce della Corte costituzionale che hanno avuto il merito di ricostruire la natura del Consiglio, chiarirne i rapporti con gli altri

poteri ed anche renderne compatibile la sua esistenza con la Costituzione.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, infatti, come noto, il CSM era già previsto in epoca prerepubblicana, essendo istituito nel Regno d’Italia durante la monarchia con la cd. Legge Orlando (l. n. 511 del 1907). Esso aveva inizialmente un ruolo meramente consultivo, in quanto era composto da membri di diritto ed elettivi, nominati con decreto reale, su proposta del Guardasigilli, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri¹⁷.

Dall’entrata in vigore della Costituzione, per oltre mezzo secolo gli organi di indirizzo politico non hanno intrapreso nessuna iniziativa legislativa relativa ad una riforma organica dell’ordinamento giudiziario,¹⁸ così di fatto eludendo il compito affidatogli dalla VII disp. Trans. Cost., la quale garantisce la sopravvivenza delle norme sull’ordinamento giudiziario allora vigenti (r.d. n. 12 del 1941) in attesa di una riforma organica che tenesse conto dei nuovi valori sanciti nella Costituzione¹⁹.

Ebbene, in mancanza di un intervento legislativo, la Corte costituzionale ha svolto un ruolo di “supplenza”, interpretando le disposizioni normative in senso conforme ai valori sanciti nel Titolo IV e realizzando una forma di evoluzione dell’ordinamento giudiziario²⁰.

¹⁴ A. PIZZORUSSO, *L’ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 279 ss.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 497/2000.

¹⁶ L. GENINATTI SATÈ, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Giappichelli, Torino, 2012., pp. 57 ss.

¹⁷ Il sistema elettivo fu abrogato dalla legge cd Finocchiaro Aprile (l. n. 1311 del 1912), in forza della quale tutti i componenti del Consiglio venivano nominati con decreto reale su proposta del Guardasigilli. La presenza di componenti elettivi fu poi ripristinata con il cd decreto Rondinò nel 1921, per poi essere nuovamente soppressa dalla cd riforma Oviglio del 1923 e, ancora una volta, ripristinata con la cd legge sulle garantigie della magistratura (l. n. 511 del 1946).

¹⁸ Per aversi un concreto tentativo di riforma dell’ordinamento giudiziario si dovrà attendere la legge n. 150 del 2005 e la legge n. 11 del 2007, rispettivamente “riforma Castelli” e “riforma Mastella”, in omaggio ai Ministri della Giustizia che ne sono stati promotori.

¹⁹ A. PIZZORUSSO, *Considerazioni generali*, in AA.VV., *La legge di riforma dell’ordinamento giudiziario*, in *Foro.it*, 2006, V, p. 3.

²⁰ V. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, secondo cui: “il CSM, malgrado il suo rilievo costituzionale, ha tardato a ricevere una collocazione ed una sistemazione ben precisa. Dettagliatissima per certi aspetti, la disciplina costituzionale è invece rimasta in vario senso incompiuta, anche per ciò che riguardava la soluzione di fondamentali problemi”.

Tra i primi interventi legislativi, molto criticata è stata la l. n. 195 del 1958²¹, non avendo colmato le originarie lacune e non riuscendo ancora a dare attuazione al principio della separazione dei poteri.

A titolo meramente esemplificativo, l'art. 11, comma 1, di tale disposizione normativa, continuava a guardare al Consiglio come organo consultivo-esecutivo del Ministro, piuttosto che quale organo dotato di una propria sfera esclusiva, in quanto subordinava alla richiesta del Ministro le decisioni sulle assunzioni, sulle assegnazioni di sedi e di funzioni, sui trasferimenti, sulle promozioni e su ogni altro provvedimento relativo allo stato dei magistrati.

Sul punto, è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale per rilevare la violazione, ad opera della citata disposizione legislativa, degli artt. 104 e 105 Cost., così annullando l'art. 11, comma 1.

Questa ed altre interpretazioni adeguatrici della Corte costituzionale²² hanno consentito di ricostruire correttamente la natura del CSM, nonché i rapporti tra il Consiglio e gli altri poteri.

In tale prospettiva, è stato prima superato l'originario dilemma sulla natura di "organo costituzionale" ovvero "a rilevanza costituzionale"²³, poi la ricostruzione del potere giudiziario come struttura bicefala, al cui interno si distingueva il Consiglio, con funzione di vertice organizzativo della magistratura, e la Corte di Cassazione, con funzione di vertice funzionale²⁴. Si è infatti affermata la concezione della struttura diffusa del potere giudiziario, in cui il potere giudiziario appartiene a ciascun giudice ed il CSM viene inquadrato come potere a sé, intendendolo come organo di garanzia dotato di

attribuzioni preordinate all'attuazione del sistema delineato nel Titolo IV, garantendo la tutela dell'autonomia e indipendenza della magistratura, e non solo nei confronti dei poteri esterni all'ordine giudiziario.

Alla luce di tali principi si giustificano le norme costituzionali che disciplinano i raccordi tra il Consiglio e gli altri poteri, prevedendo che oltre alla componente togata, che costituisce i 2/3 dei componenti del CSM e che viene scelta da magistrati e tra magistrati, il Parlamento elegge 1/3 dei componenti laici del Consiglio (art. 104, co. 4), e che il capo dello Stato ne assume la presidenza (art. 104, co. 2).

La formula costituzionale prevista per la sua composizione è volta da un lato a garantire l'autonomia e l'indipendenza del CSM stesso, perché la maggior parte dei membri sono eletti da e tra i magistrati, dall'altro è volta ad evitare una potenziale chiusura corporativa dell'organo ed il suo isolamento dagli altri organi costituzionali della Repubblica, prevedendo che una percentuale dei suoi membri sia eletta dal Parlamento. Le esigenze di autonomia e indipendenza e di non isolamento sono infine garantite attraverso l'affidamento della presidenza dell'Organo al Presidente della Repubblica, Istituzione imparziale e neutrale per eccellenza ed espressione dell'unità nazionale.

Con specifico riferimento ai rapporti tra il Consiglio e il Governo, sin dall'Assemblea costituente è stata evidenziata la necessità di fissare nell'art. 105

²¹ Alla l. n. 195 del 1958 è stato riconosciuto il merito di "non essere piaciuta proprio a nessuno". V. G. FERRARI, *Consiglio superiore, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Dem, dir.*, 1969, p. 409.

²² V. sentt. 168 del 1963, 44 del 1968, 180 del 1971, 142 del 1973, 148 del 1983, 4 del 1986, 419 del 1995, 497 del 2000;

380 del 2003; 270 del 2002; 284 del 2005, cit, tutte consultabili in www.giurecost.org.

²³ G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Cedam, Padova, 1990, p. 5 ss.

²⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1284.

Cost., “come quattro chiodi”²⁵, i punti essenziali su cui è competente il Consiglio e su cui non deve esercitare ingerenza del Ministro della Giustizia.

L'articolo succitato prevede che “*spettano al Consiglio superiore della magistratura...le assunzioni, le assegnazioni, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati*”.

Le competenze del Ministro della Giustizia risultano invece dagli artt. 107, co. 2 e 110 Cost., dai quali emerge che il ruolo del Governo tende ad essere sempre più limitato.

La distinzione tra le funzioni proprie del Consiglio e quelle del Governo può essere dunque riassunta nella differenza tra “*amministrazione della giurisdizione*” (giurisdizione in senso proprio), che la Costituzione affida al Consiglio, e “*amministrazione per la giurisdizione*”, che viene invece affidata al Ministro della Giustizia.

La Consulta ha chiarito che il rapporto tra i due organi deve essere ispirato al principio della leale cooperazione, non potendo restare due sfere contrapposte²⁶. In tale prospettiva si comprende la previsione in capo al Guardasigilli dell'iniziativa del procedimento di responsabilità disciplinare.

Oltre che rispetto al potere politico e al potere esecutivo, il CSM rappresenta organo di contrappeso anche nei confronti dello stesso ordine giudiziario.

Si è osservato difatti che la Costituzione riconosce al CSM una natura complessa, in quanto gli vengono attribuite sia le decisioni sulla responsabilità disciplinare (funzione di natura essenzialmente giurisdizionale), sia le decisioni sul trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale o funzionale (funzione di natura amministrativa)²⁷.

Invero, accanto alle tradizionali funzioni amministrative e giurisdizionali sancite dalla Costituzione, le fonti sub-costituzionali (tra le quali l'art. 10, comma 2, l. 195 del 1958) riconoscono al Consiglio anche funzioni “*paranormative*”²⁸, come nel caso delle circolari poste alla base del sistema tabellare.

Proprio facendo esercizio del proprio potere paranormativo, il Consiglio ha emanato un vasto corpo di testi normativi ispirati ai principi costituzionali, recependo le elaborazioni giurisprudenziali, per far fronte alle mutevoli esigenze della pratica; in linea di massima si tratta di circolari e risoluzioni, adottati con la normale procedura di approvazione delle sue deliberazioni e pubblicati sul Notiziario del CSM.

Da quanto esposto si comprende che il legislatore costituente, con le norme introdotte a tutela dell'indipendenza della magistratura, non intendeva stabilire una “*forma piena di autogoverno*”²⁹, dovendosi sempre tenere in considerazione che la magistratura non può considerarsi avulsa dall'unitarietà dell'ordinamento generale dello Stato sancita dall'art. 5; con la conseguenza che ai magistrati, in disparte le garanzie per l'indipendenza, sono comunque applicabili i principi fondamentali dell'ordinamento medesimo.

3. LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CSM

L'obiettivo di riformare il Consiglio Superiore della magistratura è una costante della vita istituzionale e politica italiana e sottende le difficoltà nel

²⁵ L'espressione è di M. Ruini, durante la discussione in Assemblea nella seduta del 25 novembre 1947. Atti. Ass. Cost., V, 4064.

²⁶ Corte cost. sent. 168 del 1963.

²⁷ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 186.

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Sub. art. 108*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e proseguito da A. PIZZORUSSO, *La magistratura*, III, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, p.7

²⁹ Corte cost. sent. n. 44 del 1968.

nostro Paese del rapporto tra politica e magistratura.

Sebbene l'organo di autogoverno della magistratura sia stato pensato nell'assetto costituzionale in modo tale da garantire l'indipendenza e l'autonomia dei giudici dagli altri poteri dello Stato, il CSM non può dirsi totalmente al riparo dalle ingerenze esterne, sia provenienti dalla politica dei partiti, che dall'associazionismo dei magistrati.

In questo senso si spiega l'intervento della legge n. 71/2022, con cui il legislatore si propone proprio di rafforzare l'autonomia e l'indipendenza del Csm e lo fa da un lato intervenendo sulla composizione e sulla struttura amministrativa dell'organo, dall'altro, e più incisivamente, intervenendo sul sistema elettorale della sua componente sia laica che togata.

Quanto all'intervento sugli aspetti attinenti all'organizzazione interna del CSM, è stato anzitutto previsto che le commissioni siano nominate «in conformità ai criteri di composizione previsti dal regolamento», con l'auspicio che esse siano composte in base a parametri oggettivi e predeterminati e non invece sulla base degli equilibri interni.

Agli artt. 22 e 23 della legge 71/2022, è stato poi previsto che i componenti effettivi della sezione disciplinare possono essere assegnati a una sola commissione, e che chi vi fa parte non può essere inserito nella prima, nella quarta e nella quinta commissione (rispettivamente chiamate ad occuparsi delle incompatibilità, delle valutazioni di professionalità del conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi) e che eventuali sostituzioni siano disposte in base ai criteri predeterminati. Con ciò cercando di rendere il lavoro della sezione disciplinare quanto più funzionale e imparziale possibile³⁰.

³⁰ F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, in *federalismi.it*, p. 7.

Altri punti di intervento varati dalla riforma hanno riguardato la struttura amministrativa e, in particolare, la struttura di segreteria, ma non è chiaro in che termini tali innovazioni possano effettivamente porre un freno alle logiche corporative del Csm.

Quanto alla nomina del vicesegretario generale della riforma, pur confermando che la figura, come quella del segretario generale, debba appartenere necessariamente all'ordine giudiziario, ha però previsto il meccanismo concorsuale come metodo di reclutamento, all'evidente scopo di ridurre le occasioni di scambio. Quanto alla composizione della Segreteria generale, invece, la riforma fa venir meno l'estrazione necessariamente interna all'ordine giudiziario di parte dell'organico, prevedendo che esso sia composto almeno per 1/3 da dirigenti amministrativi provenienti da amministrazioni pubbliche.

Si tratta però di una innovazione che, pur nata con i migliori propositi, è destinata a rimanere priva di utilità ed efficacia, in quanto tali incarichi hanno natura temporanea e sono dunque privi di attrattiva per chiunque sia al di fuori della magistratura. Con la conseguenza che questa parte dell'organico del CSM è destinata a non trovare copertura³¹.

Di ben altro rilievo è invece la revisione del sistema elettorale della componente togata del CSM.

La nuova normativa (che si riviene nei nuovi artt. 22-27 l.195/1958) porta il numero dei componenti togati del CSM da 16 a 20 e da 8 a 10 quelli di nomina parlamentare.

L'ampliamento del numero dei componenti elettivi del CMS è una modifica da non trascurare, se si considera che tale scelta si pone in controtendenza rispetto alle più comuni spinte efficientiste,

³¹ M. PATRANELLO, *Assetto, struttura e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, p. 35 e ss., in *Questione Giustizia* 2-3/2022.

orientate a ridurre le dimensioni dei centri decisionali.

Il CSM non è, infatti, solamente un organo di autogoverno, ma è soprattutto un organo di garanzia e l'aumento dei suoi componenti concorrerà a fornire all'organo la capacità di esprimere valutazioni meditate e dunque finirà per favorire la sua rappresentatività³².

Ma il vero punto focale della riforma del CSM è il sistema con cui vengono selezionati i suoi membri. Prima di arrivare al modello prescelto, vi erano molteplici proposte³³.

Forse quella che aveva ottenuto maggior favore, anche se poi non è stata la formula varata dalla riforma, era quella volta ad introdurre il sorteggio nel meccanismo di elezione dei componenti togati del CSM. Tali proposte, però, sono state accantonate per evitare dubbi di conformità rispetto all'art. 104 Cost., il quale non solo fa espresso riferimento alla elezione come meccanismo di selezione dell'organico del CSM, ma soprattutto delinea un organo di altissimo profilo a cui devono

accedere solo componenti, togati e non, che godono di ampia legittimazione e fiducia³⁴.

Per questo motivo, anche recependo i suggerimenti dell'Associazione Nazionale Magistrati³⁵ e di autorevoli studiosi, il Parlamento, su impulso del Governo e del Ministro della Giustizia, ha previsto un sistema elettorale misto in cui dei 20 componenti togati 15 sono scelti con formula maggioritaria binominale e 5 con meccanismo proporzionale.

Secondo quanto previsto dal novellato art. 23 della legge 195/1958, l'elezione dei membri togati avviene nell'ambito di collegi territoriali: un collegio unico nazionale binominale per l'elezione di due magistrati di legittimità, maggioritario, nel quale vengono eletti i due candidati più votati; due macro collegi territoriali binominali maggioritari per l'elezione di 5 magistrati che esercitano funzioni di pubblico ministero (in ciascun collegio vengono eletti i due candidati più votati, a cui si aggiunge il miglior terzo sulla base della percentuale di voti ottenuti sul totale degli aventi diritto al voto); e quattro macro collegi territoriali binominali

³² M. PATRANELLO, *Assetto, struttura e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, cit.

³³ Per una disamina delle varie proposte che hanno preceduto quella poi approvata con la legge 71/2022 si veda F.BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, cit., pp. 7 – 8 in nota. In particolare, prima della riforma Cartabia si era infatti pensato di introdurre un sorteggio prima o dopo l'elezione. In una delle sue più audaci versioni (Il riferimento è alla proposta di legge A.C. n. 1919 depositata alla Camera il 18.06.2019 dai deputati Colletti, Deiana e Scanu) la proposta che prevedeva il sorteggio prima dell'elezione avrebbe dovuto riguardare sia i componenti togati del CSM che quelli laici, ed era stata pensata in modo tale che il sorteggio sarebbe dovuto avvenire tra magistrati spontaneamente candidati. Tra di essi sarebbero stati selezionati cinque magistrati tra i candidati con funzioni di legittimità, venticinque tra quelli con funzioni requirenti e cinquanta tra quelli che esercitano funzioni di merito. I magistrati avrebbero poi dovuto eleggere i propri rappresentanti tra questi 80 candidati. A loro volta i parlamentari avrebbero dovuto sorteggiare quaranta candidati, per poi eleggere tra di essi la restante parte dell'organico del CSM. Secondo la variante della proposta che prevedeva il sorteggio

dopo le elezioni, i magistrati avrebbero dovuto votare in venti collegi ed esprimere una sola preferenza; i cinque magistrati con più voti per ciascun collegio avrebbero passato il turno, accedendo alla seconda fase del sorteggio. Tale sorteggio avrebbe poi dovuto subire un meccanismo di correzione, per rispecchiare le varie componenti del Consiglio.

³⁴ In proposito la dottrina ha fin dalle prime proposte di sorteggio dei membri del CSM rilevato come una tale proposta avrebbe richiesto una revisione dell'art. 104 della Costituzione. Si vedano, sul punto, G.SCARSELLI, *La riforma del CSM* in G. FERRI – A. TEDOLDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, ESI, Napoli, 2016, p.200; L. VIOLANTE, *Un'idea di sorteggio per il CSM: è in gioco la libertà*, ne *Il Foglio*, 31 maggio 2019; M.LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, in *Questione Giustizia*, 23 luglio 2020, p. 5 ss.; S. MAZZAMUTO, *Per una riforma del sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura e della Sezione disciplinare*, in *Giustizia Insieme*, 1 -2, 2011, p. 107 e ss.

³⁵ Che aveva indetto un referendum consultivo tra i suoi membri, i quali si erano espressi per l'81% a favore dei sistemi elettorali con effetti proporzionali.

maggioritari per l'elezione di 8 magistrati con funzioni giudicanti di merito, in ciascuno dei quali vengono eletti i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di consensi. A questi collegi se ne aggiunge un ulteriore, che copre l'intero territorio nazionale - definibile "virtuale" - per l'elezione con metodo proporzionale di altri cinque magistrati che esercitano funzioni di merito.

Per tutti i collegi si viene eletti a prescindere dal genere di appartenenza. Dunque non ci sono le c.d. quote di risultato³⁶.

I collegi territoriali vengono definiti ogni quattro anni aggregando in continuità territoriale distretti della corte d'appello ed eventualmente singoli circondari del tribunale, in modo che ogni collegio abbia un corpo elettorale tendenzialmente equivalente a quello degli altri collegi.

La soluzione prescelta ha un duplice merito.

Da un lato, il fatto che i collegi vengano accorpato per continuità territoriale evita la configurabilità di piccoli collegi e dunque l'insorgere di eccessivi localismi³⁷. Dall'altro, la circostanza che l'accorpamento sia pensato in modo tale da raggiungere la maggiore equivalenza possibile del corpo elettorale, è volta a garantire la pari rappresentatività dei componenti da eleggere, e può spingersi fino a consentire di escludere un circondario o un ufficio dal collegio.

Nel collegio nazionale e in ognuno dei macrocollegi territoriali devono esserci almeno 6 candidati e ogni genere deve essere rappresentato in misura non inferiore alla metà dei candidati effettivi.

Se nei collegi non si raggiunge questa soglia, le candidature volontarie vengono integrate a seguito di sorteggio, che viene effettuato tra i magistrati del

singolo collegio estratti da elenchi separati per genere. Segnatamente, vengono estratti a sorte un numero di magistrati pari al triplo di quelli necessari per raggiungere il numero minimo di sei candidati o per assicurare il rapporto tra i generi. I magistrati estratti a sorte sono poi inseriti in un elenco numerato progressivamente, differenziato per genere, formato secondo l'ordine di estrazione per integrare il numero delle candidature.

In presenza di gravi motivi, ciascuno dei magistrati estratti può comunicare la propria indisponibilità alla candidatura, sicchè, se il numero delle indisponibilità complessivamente dichiarate prime o dopo il sorteggio non consenta di raggiungere il numero minimo di candidature o di rispettare il rapporto percentuale tra i generi, si procede senza ulteriore integrazione.

Al riguardo è interessante notare come, nonostante le riserve avanzate sul metodo del sorteggio che hanno indotto il legislatore a scartare le proposte di legge basate su questa modalità di selezione dei componenti del CSM, l'attuale sistema elettorale ne prevede comunque il ricorso in questa ipotesi residuale.

Ciascun magistrato può candidarsi esclusivamente nel collegio nel cui territorio è compreso l'ufficio presso il quale esercita le sue funzioni. Se si tratta di giudici di legittimità, questi possono presentare la propria candidatura nel collegio unico nazionale.

A differenza di quanto accadeva in precedenza³⁸ la legge 71/2022, animata da uno spirito anti-correntizio dei membri del CSM, non prevede più che le candidature dei magistrati siano promosse da presentatori, ma si pone l'obiettivo di una

³⁶ Su tali quote v. B. PEZZINI, *Del CSM come sguardo e come volto delle questioni di genere nella magistratura*, in F. GRANDI (a cura di) *il Consiglio Superiore della Magistratura*, pp. 117 – 118.

³⁷ S. TROILO, *Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale del consiglio superiore della magistratura, anche alla luce della sua applicazione iniziale*, in *AIC*, Rivista n. 2/2023, p. 199 ss.

³⁸ La legge 44/2002 prevedeva che a seconda del tipo di collegio (per magistrati di legittimità, requirenti o giudicanti) erano richiesti da 25 a 50 presentatori. La legge è stata oggetto sul punto di referendum abrogativo il 12.06.2022, ma il referendum non ha avuto esito.



competizione con un'ampia platea di candidati individuali. Alla presentazione della candidatura individuale si pone però un importante correttivo³⁹: nei soli quattro collegi per giudici di merito è previsto che il singolo candidato, con dichiarazione formale da presentare almeno 30 giorni prima delle elezioni, possa collegarsi con uno o più candidati dello stesso o di altri collegi, sempre per giudici di merito. Ogni candidato non può appartenere a più di un gruppo di candidati collegati e il collegamento non opera se non è garantita la rappresentanza di genere e non è reciproco tra tutti i candidati del gruppo.

Questa previsione rende di fatto possibile per i giudici di merito la creazione di vere e proprie liste elettorali, non necessariamente riferibili alle correnti dei magistrati, dal momento che possono formarsi tra candidati individuali. Ed è funzionale alla ripartizione con metodo proporzionale dei cinque seggi del collegio virtuale nazionale per i giudici di merito.

Come sopra accennato, nell'ambito dei collegi territoriali e del collegio unico nazionale, i componenti del CSM sono eletti con maggioranza relativa: in ciascun collegio sono quindi eletti i due candidati che hanno ricevuto più voti⁴⁰.

Per ripartire invece i cinque seggi da assegnare con metodo proporzionale, si deve innanzitutto calcolare il totale dei voti conseguiti nei diversi collegi territoriali da ciascun gruppo di candidati collegati e da ogni candidato non collegato. Dal totale dei voti conseguiti da ciascun gruppo vanno detratti i voti ottenuti dai candidati del gruppo stesso che sono risultati eletti nei rispettivi collegi, in modo

tale da limitare la sovra-rappresentanza delle compagini che hanno già ottenuto seggi con il meccanismo maggioritario e di agevolare invece i candidati non collegati e i gruppi senza o con meno eletti.

Così ottenute le cifre elettorali utilizzabili, si divide per cinque (vale a dire per il numero dei seggi da assegnare) la cifra dei voti validi complessivamente espressi per tutti i candidati nei collegi per giudici di merito. Il risultato è il quoziente base.

Dopodiché si attribuiscono prima i seggi conseguiti con quozienti pieni da ciascun gruppo di candidati collegati o da ciascun singolo candidato non collegato, e poi i seggi in cui non vi sono candidati che hanno ottenuto quozienti pieni, nel qual caso i seggi verranno attribuiti a seconda dei maggiori resti e in caso di parità di resti, a seconda del maggior numero di voti ottenuto, o da ultimo per sorteggio.

Una volta che i seggi sono stati assegnati, la riforma prevede che siano eletti nell'ambito del medesimo gruppo di candidati collegati coloro che hanno ottenuto la percentuale più alta nel proprio collegio, calcolata sul totale degli aventi diritto al voto nel collegio e non invece sul totale dei voti validamente espressi, al fine di neutralizzare eventuali differenze tra i collegi nell'astensionismo, nelle schede bianche e nelle schede nulle.

Tale meccanismo garantisce un diritto di tribuna ai gruppi di minoranza e può consentire l'elezione anche di un candidato che non si è collegato ad altri e che non ha ottenuto un numero elevatissimo di voti, così operando come deroga e correttivo verso un sistema che per i tre quarti dei consiglieri da eleggere è strutturalmente maggioritario⁴¹.

³⁹ Il correttivo è un punto della riforma da ritenersi apprezzabile soprattutto dal punto di vista della potenziale migliore qualità del confronto elettorale e del pluralismo nel CSM. In proposito, V. SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n.71*, in *Questione Giustizia* 2-3/2022, p. 44 e ss..

⁴⁰ In ogni caso in cui vi sia parità di voti, la legge 71/2022 prevede che prevalga il candidato del genere che risulta meno rappresentato a libello nazionale in relazione a tutti i componenti eletti dai magistrati.

⁴¹ V. SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n.71*, cit., p.52; S. TROILO, *Prime osservazioni sul nuovo sistema*

La legge 71/2022 non interviene solo sul sistema elettorale della componente togata del CSM, ma riformula anche le regole per l'elezione dei membri laici, ed in particolare è stato riformulato l'art. 22 della l. 195/1958 che ora prevede che i laici siano scelti secondo procedure trasparenti di candidatura, da svolgere nel rispetto della parità di genere di cui agli art. 3 e 51 della Costituzione.

La particolare formulazione della norma che impone il rispetto della parità di genere, e non solo del rispetto delle pari opportunità, come avviene per l'elezione dei togati nel collegio virtuale, viene da alcuni vista come un fattore che evoca una vera e propria quota di risultato e non soltanto una *chance*, e consente un'interpretazione volta a richiedere un identico numero di uomini e donne tra i membri laici eletti⁴².

Si tratta però di una lettura eccessiva della norma, che finirebbe per differenziare la disciplina dell'elezione della componente laica del CSM da quella della componente togata e soprattutto comprometterebbe la libertà di scelta dei parlamentari.

In ogni caso, la disposizione richiede l'introduzione di nuove norme nei regolamenti parlamentari, volte a disciplinare la presentazione delle candidature presso le Camere della componente laica del CSM, in modo da renderla trasparente.

Per ora, alla prescrizione contenuta nella novella ha dato attuazione con apposita delibera il Presidente della Camera⁴³, d'intesa con il Presidente del Senato, stabilendo che le candidature possono essere presentate autonomamente, oppure per conto dell'interessato, da parte di un numero

elettorale del consiglio superiore della magistratura, anche alla luce della sua applicazione iniziale, cit., p.203.

⁴² V. SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n.71, cit.*, p.48.

⁴³ Della delibera è stato dato avviso in <https://comunicazione.camera.it/archivio-prima-pagina/19-27125>.

⁴⁴ La prima applicazione delle nuove modalità di presentazione delle candidature alle Camere si è avuta nel gennaio

minimo di dieci parlamentari appartenenti ad almeno due diversi gruppi parlamentari.

La delibera ha poi previsto che almeno il 40% dei candidati deve appartenere al sesso meno rappresentato e, qualora la soglia non venga raggiunta, dispone la riapertura del termine per la presentazione delle candidature da parte dei soli soggetti che appartengono al genere meno rappresentato. Con ciò intendendo assicurare il rispetto imposto dalla novella della parità di genere.

Laddove però nessun altro presenti la propria candidatura, non sono stati previsti ulteriori rimedi contro un'eventuale sproporzione finale fra i due sessi⁴⁴.

4. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Alla luce delle considerazioni di cui sopra risulta necessarie delle, seppur brevi, considerazioni conclusive.

Come si è avuto modo di evidenziare la nuova formula elettorale valorizza la rappresentatività di genere, con diversa applicazione a seconda che si tratti delle elezioni della componente togata del CSM ovvero di quelle della componente laica.

Riguardo alla componente togata si è detto che in ciascuno dei tre collegi territoriali “ogni genere” deve essere rappresentato in misura non inferiore alla metà dei candidati effettivi, con la previsione che se le candidature spontanee non raggiungono questa soglia, si ricorrerà al sorteggio per avere il rapporto di parità tra generi.

2023, con riunione delle Camere in seduta comune fissata per il 17.01.2023 e poi rimandata al 19.1.2023, per consentire la presentazione di ulteriori nominativi di genere femminile. All'esito della votazione, sono stati eletti 6 uomini e 4 donne. Dunque, pur non essendovi una piena parità di genere nelle candidature, è comunque stata rispettata l'indicazione del presidente della Camera di presenza di ogni genere per non meno del 40% dei componenti.

Questo serve per garantire solo la parità di *chance* tra i candidati uomini e donne di essere eletti, non anche la loro effettiva elezione.

Questa prima regola si presta però ad un significativo rilievo critico. Nonostante l'importanza data alla necessità di rappresentare entrambi i generi nei collegi territoriali, la regola non è in grado di produrre un risultato assoluto neppure a livello delle sole candidature. Le eventuali indisponibilità dei sorteggiati potrebbero infatti obbligare a procedere anche senza raggiungere la parità di genere⁴⁵.

Ma soprattutto non è possibile coartare la libertà di scelta degli elettori fino al punto di imporre la nomina di candidati di uno specifico genere, per rispettare la parità dei sessi.

Sicché, una regola di questo tipo, introdotta al fine di risolvere il problema della sottorappresentanza delle donne magistrato, rischia, come già accaduto, di vanificarsi di fronte alla prova concreta dei fatti.

Questa seconda criticità è il punto dolente anche della regola del rispetto della parità di genere nelle elezioni della componente laica del CSM.

In questo caso si è detto che si tratta di una vera e propria quota di risultato e non semplicemente di una quota di *chance*. Ciononostante, la libertà di scelta dei parlamentari non potrà essere compressa fino al punto da ottenere sempre e comunque la parità effettiva dei generi⁴⁶.

La legge di riforma del sistema elettorale del CSM espone poi il fianco ad ulteriori rilievi critici. Primo tra tutti la contraddizione innescata dalla tutela del pluralismo in Consiglio, mediante il meccanismo della riserva proporzionale.

Attraverso questo meccanismo, nella logica anti-correntizia perseguita dalla riforma, si è inteso evitare che la componente togata del CSM fosse espressione di un solo orientamento, perseguendo al contrario il valore del pluralismo e della presenza in Consiglio anche delle formazioni rimaste minoritarie.

Senonché, tale sistema di riserva proporzionale si innesta comunque in un sistema di tipo maggioritario, dal momento che i $\frac{3}{4}$ dei consiglieri da eleggere vengono scelti con formula per l'appunto maggioritaria. Questo rende possibile almeno sulla carta la formazione in Consiglio di due grandi blocchi di rappresentanza, i quali potrebbero facilmente fare stabile maggioranza in Consiglio con il gruppo dei componenti laici, di affine orientamento culturale e politico. Con la conseguenza che il ruolo dei consiglieri espressione delle componenti rimaste minoritarie verrebbe drasticamente ridotto.

Il sistema elettorale ideato dalla legge 71/2022 è inoltre foriero di possibili disfunzioni nella gestione del processo elettorale, per il fatto che non è previsto per il collegio virtuale in cui l'elezione avviene con recupero proporzionale, un numero massimo di collegamenti possibili.

In ipotesi, potrebbero infatti candidarsi nel collegio virtuale una platea vastissima di magistrati che potrebbero collegarsi ad uno o più candidati dello stesso o di altri seggi.

Questo può comportare in primo luogo disfunzioni di tipo tecnico, per le difficoltà che possono derivare da un confronto elettorale instauratosi tra un numero eccessivo di candidati. In secondo luogo disfunzioni politiche, perché è implicito nell'elevato

⁴⁵ Nella prima applicazione della legge, dopo il sorteggio e ricevute le indisponibilità, i candidati ammessi ufficialmente nei quattro collegi per giudici di merito sono stati 7 uomini e 10 donne, 8 uomini e 7 donne, 9 uomini e 7 donne, 6 uomini e 6 donne; nei collegi per magistrati requirenti, sono stati ammessi 6 uomini e 4 donne in uno e 5 uomini e 3 donne

nell'altro; nel collegio di legittimità sono stati ammessi 6 uomini e 3 donne.

⁴⁶ Tali profili critici sono stati esaminati da V.SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n. 71, cit.*, p. 49.

numero di candidati il fatto che gli stessi non riescano a confrontarsi tra loro davanti agli elettori sui temi consiliari, con la conseguenza che si rischia di dar luogo ad elezioni molto più basate su personalismi che non su un dibattito consapevole sulle diverse opzioni politico-culturali coinvolte dalle attribuzioni consiliari.

Sotto un ulteriore profilo la presenza di un numero elevato di candidati nei singoli collegi rischia di tradursi in una eccessiva frammentazione del voto, tra consiglieri eletti col il recupero proporzionale nel collegio virtuale con basso numero di voti e consiglieri eletti con il metodo maggioritario negli altri collegi con un numero elevatissimo di voti. Con potenziali rischi sulla loro diversa rappresentatività nel Consiglio.

In disparte queste dinamiche, quella che resta la principale criticità del sistema elettorale delineato dalla riforma è quella per cui le due principali correnti “politiche” della magistratura potrebbero arrivare ad aggiudicarsi anche 7/8 seggi pur non raggiungendo una percentuale di voti altissima, considerando che come si è detto nei collegi vengono eletti i due più votati. Questo consentirebbe alle principali correnti politiche di eleggere gran parte dei consiglieri, con ciò costituendo in proprio favore nel Consiglio una componente iper-rappresentativa della propria forza effettiva.⁴⁷

Se queste sono le criticità evidenziate rispetto all’elezione della componente togata, neppure le regole elaborate dalla riforma per l’elezione della componente laica del CSM da parte del Parlamento in seduta comune è al riparo da critiche.

Con riferimento alle candidature dei componenti laici, si è detto che esse possono essere presentate autonomamente da parte dell’interessato, ovvero per suo conto da un numero minimo di dieci

parlamentari appartenenti ad almeno due diversi gruppi.

Questo meccanismo suscita qualche riserva. Non solo, infatti, la presentazione formale della candidatura da parte dei gruppi costituisce una contraddizione rispetto all’obiettivo di slegare il candidato laico dal partito di riferimento, ma soprattutto non sono ben chiare le logiche che sottendono l’alternativa tra autocandidatura e presentazione da parte dei gruppi, anche perché è piuttosto scontato che i partiti preferiscano sollecitare autocandidature in modo da non attirare l’attenzione sugli accordi che stanno tessendo⁴⁸.

Nonostante le possibili criticità evidenziate, al nuovo sistema elettorale del CSM vanno comunque riconosciuti importanti meriti: primo tra tutti quello di garantire una composizione sufficientemente pluralistica del CSM, con esponenti togati di diversa provenienza, che poi è l’obiettivo principale della riforma, volta a recidere il nesso tra correnti della magistratura e componenti del CSM.

Accanto a questo merito, non va poi tralasciato che il sistema congegnato dalla riforma, abolendo l’obbligo di avere un certo numero di presentatori, non comprime la libertà di candidarsi al CSM, anzi. La riforma ha inoltre relegato il metodo del sorteggio a modalità residuale per integrare le candidature, solo nel garantire maggiore pluralismo ed equilibrio di genere rispetto ad esse.

Venendo ai risvolti pratici, nella prima tornata elettorale della componente togata del CSM svoltasi il 18 e il 19 settembre 2022, sono stati eletti due soli candidati indipendenti su 87. I restanti 18 appaiono invece esponenti di correnti associative ancora in essere.

L’esito, dunque, non è stato ottimale rispetto all’obiettivo che la riforma si era prefissata. Analogamente, anche rispetto all’equilibrio di genere non

⁴⁷ V.SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n.71, cit.*, p. 50 ss.

⁴⁸ F.BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive, cit.*, pp. 8-9.

si può dire che il risultato sia stato ottimale, in quanto dei 20 togati complessivamente eletti solo 6 sono donne.

Sommando i voti dei candidati appartenenti alle diverse correnti, si conferma la tendenza alla polarizzazione della magistratura in due blocchi principali⁴⁹, con presumibile limitazione del peso che assumeranno al CSM i due consiglieri indipendenti o comunque i consiglieri espressione dei gruppi minoritari.

Se però in futuro le correnti più forti dovessero affievolirsi, il sistema elettorale delineato dalla legge potrebbe portare ad un Consiglio più frammentato, in cui si formerebbero maggioranze variabili o casuali, a seguito dell'elezione di componenti togati al di fuori delle indicazioni e dei programmi collettivi delle associazioni giudiziarie.

Gli effetti che la nuova legge elettorale potrà dunque determinare in futuro dipenderanno, più che dalla legge in sé, dalle forze che le correnti della magistratura saranno in grado di esprimere e dal seguito che le loro indicazioni di voto potranno ricevere⁵⁰.

Quanto ai membri laici, così come pensata, l'attuale riforma non sembra in grado di invertire la prassi seguita per la presentazione delle candidature, fondate come sempre accaduto sull'esperienza politica pregressa dei candidati o sul loro legame con i partiti, dal momento che la legge non prevede l'obbligo di presentazione di un *curriculum vitae* e nemmeno la previa audizione dei candidati da parte delle competenti commissioni parlamentari.

Ovviamente, nonostante le contraddizioni del sistema delle candidature dei membri laici, non ci si augura in un ritorno al passato: per garantire la

trasparenza e la qualità dei componenti laici del CSM sembrerebbe sufficiente affinare le procedure selezione, prevedendo solo autocandidature o candidature presentate da soggetti qualificati esterni al Parlamento, ed imponendo la pubblicazione dei curricula.

Se poi le novità introdotte dalla riforma, con i dovuti futuri accorgimenti, basteranno davvero per rendere il CSM un organo di garanzia dei magistrati e non più un luogo di potere che rischia di pregiudicare l'indipendenza interna dei magistrati, è una risposta che dipenderà dall'attenzione di tutti i soggetti coinvolti nella tenuta costituzionale del CSM, e in special modo dalla partecipazione dei magistrati e dal vero confronto sui contenuti dell'azione consiliare.

⁴⁹ Magistratura indipendente ha ottenuto circa il 40% dei consensi, seguita da Area e in posizione più distaccata da Unità per la Costituzione, un tempo guidata da Luca Palamara.

⁵⁰ S. TROILO, *Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale del consiglio superiore della magistratura, anche alla luce della sua*

applicazione iniziale, cit., pp. 206 – 207; V. SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il Csm di cui alla l.17.06.2022, n.71*, cit., p. 52.



BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA DEGLI IMPIANTI INDUSTRIALI NELLE OPERE EDILIZIE

di **Carlo VIOLANTE***

ABSTRACT

La normativa dei titoli abilitativi si trova di fronte ad una non facile applicazione in materia di opere edilizie. Facendo riferimento anche al concetto di pertinenza urbanistico-edilizia, ricavato dalla giurisprudenza più recente, l'analisi si propone di individuare le problematiche e le prospettive dell'esatto regime abilitativo in tema di impianti industriali.

SOMMARIO

- 1. Delimitazione dell'indagine 165**
- 2. Ricostruzione normativa sugli impianti industriali..... 166**
- 3. Focus della giurisprudenza più recente sul concetto pertinenza urbanistico – edilizia in tema di impianti industriali 167**
- 4. Considerazioni conclusive 171**

1. DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE

Il presente contributo ha ad oggetto la disamina e la diversa applicazione dei titoli abilitativi previsti dall'ordinamento giuridico, con specifico riferimento alla fattispecie degli impianti industriali.

Più specificamente, l'indagine ha posto l'accento sulla distinzione tra il concetto di nuova costruzione, da un lato, e di pertinenza urbanistica, dall'altro.

* Laureato in Giurisprudenza presso Università degli Studi di Salerno. Abilitato all'esercizio della professione forense.

Invero, l'approfondimento svolto è funzionale a delimitare se e quando gli impianti industriali nelle opere edilizie rientrino negli interventi di nuova costruzione – pertanto assoggettabili al regime del permesso di costruire – o se gli stessi siano qualificabili come pertinenza urbanistica.

Preliminarmente, seppur a mero titolo riassuntivo, sembra opportuno richiamare la diversa tipologia di titoli abilitativi previsti dal D.P.R. n. 380/2001 concernente il testo unico sull'edilizia¹.

Gli interventi edilizi previsti dalla legge sono: l'attività edilizia libera; la comunicazione di inizio lavori asseverata (C.I.L.A.); la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.); il permesso di costruire.

Partendo dalla prima, risultano assoggettabili al regime di attività edilizia libera quegli interventi che non modificano le caratteristiche sostanziali dell'immobile, nonché altri interventi che sono legati all'agricoltura garantendo interessi di particolare valore sociale. La C.I.L.A. è sancita dall'art. 6 *bis* del testo unico sull'edilizia. Essa si basa su un criterio residuale: cioè, il legislatore prevede l'applicazione della comunicazione di inizio lavori asseverata in tutti gli interventi edilizi che non ricadono in altri regimi. Invece, dall'applicazione degli artt. 22 e 23 del T.U.E.D. risulta un elenco tassativo di interventi edilizi sottoposti al regime della S.C.I.A. ad esempio, gli interventi di manutenzione straordinaria, quelli di restauro e risanamento conservativo che riguardino parti strutturali dell'edificio, gli interventi di nuova costruzione e di ristrutturazione urbanistica *et similia*.

Infine, l'art. 10 del testo unico sancisce la disciplina del permesso di costruire concernente le

¹ Sul punto, s. v., M.A SANDULLI, *Edilizia (voce)*, in *Enc. del dir.*, Roma, 2022.

attività edilizie di più forte impatto. Tale titolo abilitativo, è un provvedimento autorizzatorio che ha l'attitudine di rimuovere un limite legale all'esercizio di un diritto². Esso, viene richiesto per quegli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio. A titolo esemplificativo si fa riferimento a quegli interventi di nuova costruzione a carattere non precario ovvero quelli effettuati su aree demaniali.

2. **RICOSTRUZIONE NORMATIVA SUGLI IMPIANTI INDUSTRIALI**

Com'è noto³, l'impianto industriale è un complesso di macchine, apparecchiature e servizi atti a permettere la trasformazione di materie prime o derivati in prodotti finiti. Più nello specifico è possibile suddividere l'impianto in due sottocategorie:

Gli impianti tecnologici definiti quali insieme più o meno articolato di macchine, apparecchiature, dispositivi che consentono la trasformazione vera e propria delle materie prime in prodotto finito, realizzando, così, il ciclo tecnologico.

Gli impianti di servizi definiti quali elementi complementari nel senso che consentono il funzionamento del suddetto impianto; ciascuno degli impianti di servizio assolve al soddisfacimento di una determinata esigenza (idraulico, elettrico, a vapore tecnologico ecc.).

Occorre, porre la distinzione tra impianto industriale, inteso come nuova costruzione, ed impianto industriale qualificato come pertinenza in senso urbanistico-edilizio. Le ipotesi tassativamente considerate come "interventi di nuova costruzione" sono disciplinate dall'art. 3, comma I, lettera e) del Testo unico delle disposizioni

legislative e regolamentari in materia edilizia; e, proprio in relazione a tale definizione, appare utile richiamare la nozione di nuova costruzione che, secondo la costante giurisprudenza, si inverte "quante volte l'intervento edilizio produca un effettivo e rilevante impatto sul territorio e, dunque, in relazione alle opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, se idonee a modificare lo stato dei luoghi determinandone una significativa trasformazione"⁴.

Con specifico riferimento agli impianti industriali come nuova costruzione, sono fondamentali le disposizioni previste dalle lettere e.3) ed e.7) del summenzionato articolo 3 lettera e.) TUED.

Quanto alla prima disposizione, è da considerarsi nuova costruzione "la realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo inedificato". Rispetto alla seconda disposizione – lettera e.7) – è nuova costruzione "la realizzazione di depositi merci o di materiali, la realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo inedificato". Pertanto, i dati caratterizzanti delle fattispecie prevedono da un lato, che l'area compromessa sia il "suolo inedificato", ossia non già urbanizzato dal punto di vista edilizio, salvo che non si proceda alla totale demolizione di quanto preesistente e non si realizzi un nuovo fabbricato; dall'altro, tali disposizioni sono accomunate dall'accezione dell'aggettivo "permanente", interpretato come elemento "qualificativo" di una situazione duratura nel tempo.

Dalla lettura delle due disposizioni risulta, *prima facie*, che un impianto industriale è qualificabile come nuova costruzione solo nel caso in cui la

² M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2021, 1276 ss.

³ A. PARESCI, *Impianti industriali, criteri di scelta, progettazione e realizzazione*, Bologna, Esculapio Ed., 2007, 3 ss.

⁴ Cfr. *ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI, 13/4/2021, n. 3005; Cons. St., sez. II, 24/3/2020, n. 2050; Cons. St., sez. II, 9/1/2020, n. 212; Cons. St., sez. VI, 9/7/2018, n. 4169.

sua realizzazione comporti la trasformazione in via permanente del suolo inedificato e, conseguenzialmente sottoposto al rilascio del titolo abilitativo del permesso di costruire, come sancito dall'articolo 10 del T.U.E.D.

Sotto un diverso, ma complementare, profilo, per quel che concerne la qualifica dell'impianto industriale come pertinenza in senso urbanistico-edilizio, appare fondamentale considerare il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia e la relativa giurisprudenza.

Con riferimento al primo aspetto, è lo stesso T.U.E.D. che prevede all'articolo 3 lettera e.6) che sono da considerarsi nuove costruzioni “gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualificano come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale”.

Sotto il profilo del diritto urbanistico, la pertinenza intesa dal T.U.E.D. come “nuova costruzione” e, di conseguenza assoggettata al rilascio del permesso di costruire, pone un problema interpretativo, in quanto è in conflitto con la previgente disciplina dell'articolo 7, comma II, L. 25 marzo 1982 n. 94, che prevedeva un'autorizzazione gratuita a seguito della realizzazione di pertinenze al servizio di fabbricati esistenti. Ed è proprio dalla riflessione intorno a questo problema, che è stata definita la “pertinenza urbanistica” o la “pertinenza edilizia”, in termini di «un'opera preordinata ad

un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, funzionalmente ed oggettivamente inserita al servizio dello stesso, sfornita di un autonomo valore di mercato, non valutata in termini di cubatura o comunque dotata di un volume minimo tale da non consentire, in relazione anche delle caratteristiche dell'edificio principale, una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio dell'immobile cui accede»⁵.

3. FOCUS DELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE SUL CONCETTO PERTINENZA URBANISTICO – EDILIZIA IN TEMA DI IMPIANTI INDUSTRIALI

Sulla scia della definizione data dalla dottrina, appare utile soffermare l'attenzione sulla giurisprudenza più recente, che ha contribuito a definire il concetto di pertinenza in senso urbanistico-edilizio, distinguendola da quella intesa in senso civilistico⁶, anche con riferimento agli impianti industriali.

Il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa sancisce che a differenza della nozione di pertinenza di derivazione civilistica, ai fini edilizi il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale ed è funzionalmente inserito al suo servizio, ma anche allorché è sfornito di un autonomo valore di mercato e non comporta un cosiddetto “carico urbanistico” proprio in quanto esaurisce la sua finalità nel rapporto funzionale con l'edificio principale⁷.

⁵ A. FIALE-E. FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2019, 595 ss.

⁶ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2013, 589 ss. “La pertinenza è un fenomeno giuridico regolato da tre articoli del Codice: 817, 818 ed 819 c.c.; essa consiste nel legame non materiale ma solo economico e giuridico, per cui una cosa, senza perdere affatto la sua individualità e senza subire modificazioni, è destinata in modo durevole al servizio o all'ornamento di altra cosa. È appunto tale destinazione di oggetti, pur non materialmente legati, che caratterizza la

figura; il legame pertinenziale sorge nel momento della destinazione fatta in modo durevole. Per aversi tale pertinenza è necessaria la volontà del proprietario della cosa principale; occorre, inoltre, che egli abbia la disponibilità anche della cosa accessoria per poterla durevolmente destinare al servizio dell'altra”.

⁷ Cfr. *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8/3/2023, n. 1515; Cons. St., sez. VI, 27/2/2023, n. 1994; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 11/10/2019, n. 1728; Cons. St., sez. VI, 1/10/2019, n. 6576; Cons. St., sez. II,

La qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile soltanto a opere di modesta entità e accessorie rispetto a un'opera principale. Ad esempio: i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici, ma non anche opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa, tale, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica⁸.

Sul piano urbanistico-edilizio, la nozione di pertinenza urbanistica è limitata ai soli interventi accessori di modesta entità e privi di autonoma funzionale, mentre è inconferente l'art. 3, comma 1, lett. e.6), d.P.R. n. 380/2001 in quanto tale previsione non pone, essa stessa, la definizione di pertinenza, bensì la presuppone, ragione per cui la nozione, ai fini urbanistici, deve essere tratta *aliunde*, e deve rispettare le caratteristiche individuate dalla giurisprudenza⁹. Invero, dal citato orientamento – i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici *et similia* – si deduce come gli impianti industriali, tra cui quelli tecnologici, sono da individuarsi negli impianti idrici, termici, elettrici, negli

ascensori e ogni altro impianto avente la funzione di assicurare all'edificio un determinato servizio.

Si tratta di impianti che devono essere contenuti nei cosiddetti volumi tecnici¹⁰, ossia quei “locali” destinati ad ospitare impianti aventi un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzazione dell'immobile e che non possono essere sistemati all'interno della parte abitativa. Ed è proprio da questo orientamento che si è manifestata la possibilità della considerazione degli impianti industriali come pertinenze in senso urbanistico – edilizio.

Il legislatore ha chiarito quali pertinenze costituiscono una “nuova costruzione” e quali no: infatti, il punto focale è rappresentato dalla seconda¹¹ fattispecie della lettera e.6) dell'articolo 3, comma I, T.U.E.D.

Dunque, da un lato sono nuove costruzioni le pertinenze con un volume superiore al 20 % del volume del fabbricato principale e, pertanto assoggettabili alla disciplina prevista del permesso di costruire ex art. 10 T.U.E.D.; dall'altro, le pertinenze di volumetria inferiore a quella ora indicata, non saranno qualificate come nuove costruzioni e, pertanto, l'opera pertinenziale sarà assoggettata alla disciplina prevista della S.C.I.A., ovvero della C.I.L.A.¹²

22/7/2019, n. 5130; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11/7/2019, n. 9223; Cons. St., sez. II, 4/7/2019, n. 4586; Cons. St., sez. IV, 26/8/2014, n. 4290; Cons. St., sez. IV, 2/2/2012, n. 615; Cons. St., sez. V, 31/12/2008, n. 6576; Cons. St., sez. V, 13/6/2006, n. 3490.

⁸ Cfr. *ex plurimis*, T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 5/5/2023, n. 272; Cons. Stato, sez. VI, 1/12/2022, n. 10579; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 27/5/2021, n. 1294; Cons. St., sez. VI, 26/4/2021, n. 3318; Cons. St., Sez. IV, 29/3/2021, n. 2640; Cons. St., sez. VI, 9/2/2021, n. 1207; Cons. St., sez. VI, 18/1/2021, n. 515, Cons. St., sez. VI, 18/1/2021, n. 561; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 4/8/2020, n. 998; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 6/12/2019, n. 5733; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 11/7/2019, n. 9223; Cons. St., sez. II, 4/7/2019, n. 4586; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 2/1/2019, n. 1; Cons. St., sez. VI, 4/1/2016, n. 19.

⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 14/3/2023, n. 2660; Cons. St., sez. IV, 13/7/2022, n. 5926; Cons. St., sez. VI, 17/3/2022 n. 1957; Cons. St., sez. IV, 2/3/2018, n. 1309; Id., 8/1/2018, n. 72.

¹⁰ Cfr. Intesa Stato – Regioni del 20 ottobre 2016, allegato A, voce n. 31 del Quadro delle definizioni uniformi. Per volumi tecnici, esclusi dal calcolo della volumetria ammissibile, si devono intendere “i vani e gli spazi strettamente necessari a contenere ed a consentire l'accesso alle apparecchiature degli impianti tecnici (idrico, termico, di condizionamento, elettrico, di sicurezza, ecc.)”.

¹¹ Cfr. art. 3, comma I, lettera e.6) T.U.E.D. “*gli interventi pertinenziali [...] che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale*”.

¹² G. PAGLIARI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè Ed., 2019, 654 ss. L'art. 6 bis T.U. Edilizia, introdotto dall'art.3, I comma, lett. c) del d.lgs. 24 novembre 2016, n.

Per quel che interessa in questa sede, bisogna sottolineare il punto 34 della Tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016 concernente la realizzazione di pertinenze minori – ad esempio le “torri di raffreddamento” – soggette a C.I.L.A.¹³. Si tratta di quei casi in cui le norme tecniche degli strumenti urbanistici, nel rispetto dei vincoli ambientali e paesaggistici, non qualificano tali interventi come nuova costruzione ovvero interventi che comportano la realizzazione di un volume inferiore al 20% del volume dell’edificio principale.

Con riferimento a tale ultimo profilo e rispetto alla pregressa giurisprudenza, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 11/01/2021, n. 351, concernente l’annullamento di una C.I.L.A. per la realizzazione e il montaggio di una struttura di raffreddamento presso un opificio. Nel caso di specie, il ricorrente, presentava una C.I.L.A. per la

222, disciplina la fattispecie della comunicazione di inizio lavori asseverata – C.I.L.A., che sostituisce ogni altro tipo di mera comunicazione in materia edilizia. Trattasi di una fattispecie residuale, come si evince dal I comma del predetto art. 6 bis, che parla di “interventi non riconducibili all’elenco di cui agli articoli 6, 10 e 22”.

¹³ M. TIMO, *Contributo allo studio della comunicazione di inizio lavori asseverata nel quadro della “liberalizzazione” dell’attività edilizia*, Milano, Cedam Ed., 2018, 187 ss. “Il d.lgs. 222/2016, per quanto attiene all’edilizia, ha, dunque, introdotto una nuova regolazione, poiché il Testo unico – vale a dirsi la disciplina vigente, come novellata dallo stesso legislatore delegato – dispone che è soggetto a C.I.L.A. tutto ciò che non è nominato nell’attività libera, nella segnalazione certificata edilizia e nel permesso di costruire. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. La stessa e più volte menzionata Tabella A, allegata al d.lgs. 222/2016, alla Sezione II, 1, punto 30, definisce la C.I.L.A. (clausola residuale), sancendo che tutto ciò che non è elencato agli art. 6, 10 e 22 D.P.R. 380/2001 è realizzabile con C.I.L.A.”.

¹⁴ “Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di

realizzazione di un impianto industriale di raffreddamento dell’acqua utilizzata nell’ambito del processo produttivo.

Di contro, l’ente rigettava la C.I.L.A. ai sensi dell’art. 21-*nonies*, L. n. 241/90¹⁴, in quanto non costituiva titolo abilitativo all’esecuzione dell’intervento in ragione di tre argomentazioni: l’intervento proposto, che prevedeva la realizzazione della struttura di sostegno, del piano di appoggio e delle torri di raffreddamento, non era assentibile per contrasto con l’art. 5 delle N.T.A. allegate al P.R.G.¹⁵ vigente; sull’area nella disponibilità della società ricorrente pendeva un’istanza di accertamento di conformità¹⁶, ai sensi dell’art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, avente ad oggetto opere abusive realizzate; infine, non erano state rispettate le prescrizioni dettate dalla normativa di settore, tra

attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell’articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all’adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall’amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l’applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

¹⁵ L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, Cedam Ed., 1962. L’art.7, I comma, L. 17 agosto 1942, n. 1150 e succ. mod. ed integr. stabilisce che “il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale”.

¹⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 11/1/2021, n. 351, punto 6.2.1, “che, a conclusione di quel procedimento di sanatoria la cui pendenza era stata ritenuta ostativa, è intervenuto permesso di costruire n. 24 del 31 luglio 2019, e che l’intervento oggetto della C.I.L.A. è su area libera, diversa da quella della pratica che era in itinere, - il richiamo al d.m. n. 38 del 2008 è palesemente non conferente, concernendo impianti all’interno degli edifici, mentre la fattispecie ha per oggetto un impianto esterno”.

le quali la trasmissione del progetto degli impianti tecnici, ai sensi del d.m. n. 37 del 2008.

Il T.A.R., previo espletamento della verifica di tali condizioni, rigettava il ricorso proposto dalla società avverso il suddetto provvedimento fondando la sua decisione sulla considerazione dell'impianto nella sua complessiva consistenza, date le dimensioni¹⁷, come “nuova costruzione”, pertanto assoggettabile alla disciplina prevista nell'art. 5 delle N.T.A. del vigente P.R.G. del Comune, assoggettabile all'art. 3 comma 1 lett. e), e1) ed e3) del T.U.E.D.

Avverso la sentenza di rigetto del T.A.R., il soccombente proponeva appello al Consiglio di Stato adducendo l'erronea configurazione del carico urbanistico, ovvero nell'assimilare a nuova costruzione un macchinario industriale di raffreddamento al servizio dello stabilimento e, l'erroneo riconoscimento all'impianto delle caratteristiche del locale tecnico¹⁸, che ordinariamente la giurisprudenza riconosce rispetto ad opere edilizie prive di una propria autonomia funzionale. L'appellante aveva dedotto anche la violazione del principio del chiesto/pronunciato ex art. 112¹⁹ c.p.c. per aver fondato il rigetto sull'asserita riconducibilità della struttura metallica e dell'impianto di raffreddamento alla nozione di “nuova costruzione” mai eccepita dall'ente. In aggiunta, al punto 10.1 lett. b) e

¹⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 11/1/2021, n. 351, punto 9.1 lett.c). Proprio questi dati di natura strutturale e dimensionale escludono la possibilità di considerare l'impianto alla stregua di un mero “vano tecnico” di pertinenza dello stabilimento produttivo, trattandosi piuttosto di un vero e proprio “intervento di nuova costruzione”.

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 13/03/2014, n. 1272, secondo cui: “*integra la nozione di volume tecnico, non computabile nella volumetria della costruzione e irrilevante ai fini del calcolo delle distanze legali, soltanto l'opera edilizia priva di autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinata a contenere impianti serventi di una costruzione principale per esigenze tecnico-funzionali della costruzione medesima*”

¹⁹ Cfr. art. 112 c.p.c. “*Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti*”.

c) della sentenza in esame, l'appellante deduceva l'erroneità del rigetto della tesi del verificatore circa la riconducibilità all'art. 5 delle N.T.A. solo dei pilastri metallici e non anche del restante impianto ed il mancato rispetto delle regole dell'esercizio dell'annullamento in autotutela, a garanzia dei destinatari. La questione fondamentale del procedimento consisteva nello stabilire se l'intervento oggetto di C.I.L.A. fosse inquadrabile o meno nell'ambito degli interventi edilizi di nuova costruzione, che necessitano di un titolo abilitativo diverso, ossia il permesso di costruire, come previsto dalla lettura degli artt. 3, 10 e 23 T.U.E.D.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello ha statuito che l'intervento oggetto di C.I.L.A. non risultava qualificabile come nuova costruzione, date le caratteristiche del macchinario e della struttura metallica che le supporta. Pertanto, non si riconosceva l'applicazione dell'art. 5 delle N.T.A. del P.R.G. del dell'ente a causa di difetto di definizione tra “edificio”²⁰ e “macchinario industriale”.

Inoltre, il Consiglio di Stato, in ordine al concetto di pertinenza²¹ ai fini edilizi ha stabilito che nella fattispecie non poteva configurarsi un carico urbanistico, né, tantomeno poteva ritenersi ragionevolmente che l'opera realizzata avesse un autonomo valore di mercato se considerato al di fuori dell'opificio cui è funzionale, diverso dal costo

²⁰ Cfr. Norme tecniche di attuazione, art. 5 comma IV. Distanze ed altezze. “*La distanza degli edifici dai confini di proprietà e di zona dovrà essere pari alla metà dell'altezza dei fabbricati prospicienti i confini stessi, con un minimo assoluto di ml 5,00*”.

²¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 11/1/2021, n. 351, punto 11.4. “*Infatti, se è vero che, ai fini edilizi, il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale ed è funzionalmente inserito al suo servizio, ma anche allorquando è sfornito di un autonomo valore di mercato e non comporta un cosiddetto “carico urbanistico” proprio in quanto esaurisce la sua finalità nel rapporto funzionale con l'edificio principale*” (cfr. ex plurimis, Cons. St., sez. II, 22/7/2019, n. 5130; Cons. St., sez. II, 4/7/2019, n. 4586).

suscettibile di naturale deprezzamento per uso e obsolescenza tecnologica.

Risulta evidente, che le “torri di raffreddamento” o “torrette di raffreddamento”, non sono assoggettabili alle sottopartizioni dell’articolo 3 lettera e.3)²², in quanto tale disposizione considera infrastrutture ed impianti che comportino trasformazione permanente del suolo inedificato; allo stesso modo, non sono riconducibili alla lettera e.6)²³, in quanto non rientranti nel concetto di pertinenze urbanistiche che costituirebbero nuove costruzioni.

Infine, bisogna evidenziare che tale opera realizzata non rientra nemmeno, anche se appare la disposizione più appropriata a regolare la fattispecie in esame, nella lettera e.7)²⁴ dell’articolo 3 T.U.E.D., in quanto non risulta una trasformazione permanente del suolo.

In collegamento alla prefata sentenza, merita citazione anche sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 12/04/2023, n. 819.

Nello specifico, la società titolare di un opificio proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per vedersi annullare l’ordinanza di demolizione, adottata dall’ente locale, finalizzata alla rimozione di un impianto industriale – torri di raffreddamento acque – servente al ciclo di produzione dell’attività industriale.

Il Collegio statuiva l’accoglimento del ricorso richiamando proprio i principi statuiti dalla sentenza resa dal Consiglio di Stato; infatti, la materia del contendere concerneva la qualificazione o meno del manufatto in contestazione come impianto industriale²⁵. Il Collegio, a seguito del

preliminare richiamo delle nozioni giurisprudenziali di nuova costruzione e pertinenza in senso urbanistico-edilizio e dei principi enunciati dalla sentenza del Consiglio di Stato sez. IV, 11/01/2021, n. 351, sanciva – in maniera inequivoca ed incontestabile – la natura pertinenziale dell’opera in questione e, pertanto, accoglieva il ricorso a causa di vizio di illegittimità dell’ordine gravato, rinvenendo l’incoerenza del potere ripristinatorio esercitato dall’ente rispetto all’entità e alla tipologia dell’abuso contestato.

4. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Nel presente lavoro si è operata una ricostruzione dell’istituto degli impianti industriali, evidenziando le principali differenze rispetto alle concezioni degli stessi come nuove costruzioni, così come previste dall’articolo 3 comma 1 lettera e.3) ed e.7) T.U.E.D.

Si è marcata la differenza tra impianto industriale qualificabile come “nuova costruzione” assoggettabile al titolo abilitativo del permesso di costruire ed impianto industriale come pertinenza sottoposta alla disciplina della S.C.I.A., ovvero della C.I.L.A., riportando anche la unanime giurisprudenza concernente la distinzione tra pertinenza civilistica e pertinenza in senso urbanistico-edilizio.

Inoltre, è stato analizzato l’articolo 6 bis T.U.E.D. introdotto dall’articolo 3, I comma, lett. c) del d.lgs. 24 novembre 2016, n. 222, disciplinante la fattispecie della comunicazione di inizio lavori asseverata. Specificatamente, l’attenzione è

²² Cfr. art. 3 lett. e.3 T.U.E.D.: “la realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo inedificato”.

²³ Cfr. art. 3 lett. e.6 T.U.E.D.: “gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualificano come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell’edificio principale”.

²⁴ Cfr. art. 3 lett. e.7 T.U.E.D.: “la realizzazione di depositi di merci o di materiali, la realizzazione di impianti per attività produttive all’aperto ove comportino l’esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo inedificato”.

²⁵ Cfr. *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 11/4/2022, n. 921; Id., 27/9/2021, n. 2003; Id., 27/5/2021, n. 1294.



stata riservata al punto 34 della Tabella A, allegata al d.lgs. di cui sopra, letto alla luce della sentenza emessa dal Consiglio di Stato, sez. IV, 11/01/2021, n. 351, avente ad oggetto la riforma concernente C.I.L.A. per la realizzazione di e montaggio di una struttura di raffreddamento presso un opificio.

È stata menzionata anche la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 12/04/2023, n. 819 avente ad oggetto il ricorso avverso ordinanza ripristinatoria concernente opere – torri di raffreddamento acque – senza titolo abilitativo, che ha richiamato i principi statuiti dalla più volte citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 11/01/2021, n. 351.

La sentenza appena menzionata, può considerarsi come una sentenza “pilota” circa il concetto di pertinenza urbanistico – edilizia in tema di impianti industriali in ragione del suo richiamo in numerosi provvedimenti resi dalla recente giurisprudenza susseguita così da sancirne la chiave di lettura in quei casi di manifestazioni di incertezza giuridica circa la natura degli impianti industriali.

In materia edilizia, la natura di pertinenza urbanistica è riconducibile soltanto ad opere di modesta entità ed accessorie rispetto a quella principale, quali i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici. Ciononostante, la definizione di pertinenza in tema di impianti industriali non risulta, tutt’ora, di facile intuizione in quanto un macchinario industriale – seppur di piccole dimensioni – potrebbe rientrare tanto nella disciplina prevista dal permesso di costruire ex art. 10 T.U.E.D ed essere qualificato come “nuova costruzione”, quanto in quella della comunicazione di inizio lavori asseverata sancita dall’art. 6 *bis* D.P.R. n. 380/2001.

Appare utile, al fine di trovare una possibile soluzione, rifarsi al punto 34 della Tabella A, allegato al d.lgs. n. 222/2016 in quanto dalla sua interpretazione si evince come un impianto industriale,

come nel caso delle torri di raffreddamento, ove realizzi un volume inferiore al 20% del volume dell’edificio principale sarà definito quale pertinenza urbanistica e non sarà assoggettato alla normativa prevista per le nuove costruzioni come sancito dall’articolo 3, comma 1, lettera e.6) T.U.E.D.

Diversamente, nel caso in cui il macchinario superi il volume del 20% sarà assoggettato al titolo abilitativo previsto dal permesso di costruire venendo qualificato come “nuova costruzione”.

L’opera edilizia in questione si qualifica, a seconda dei casi, sia come nuova costruzione che come pertinenza urbanistica. Tuttavia, non sempre si potrà avere un’automatica collocazione dell’impianto industriale all’interno di un titolo abilitativo piuttosto che in un altro.

Propendere verso l’una o l’altra disciplina non è sempre agevole. Pertanto, sarà compito dell’interprete stabilire, caso per caso, e facendo riferimento ai dati normativi offerti dal legislatore, quando l’impianto industriale possa qualificarsi come intervento di nuova costruzione ovvero come pertinenza urbanistico-edilizia.



L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 36/2023)

di **Matteo Yuri BAVARO***

ABSTRACT

Il presente contributo delinea l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e pone l'attenzione sulle novità introdotte dal nuovo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36. Nelle procedure di gara l'esercizio del potere di soccorso assume una chiara funzione garantista sia per l'operatore economico che per la Stazione Appaltante, consentendo al primo di evitare l'esclusione dalla procedura di gara per rigidi formalismi procedurali e all'Amministrazione di individuare tra le varie offerte presentate il miglior contraente sul mercato che, in possesso dei requisiti, sia il più idoneo all'esecuzione del contratto. Se in un primo momento la giurisprudenza più restrittiva ha individuato nell'esercizio del potere di soccorso un vulnus del principio di par condicio competitorum che regola le procedure ad evidenza pubblica, con il nuovo Codice dei contratti pubblici l'istituto assume piena operatività tutelando la massima partecipazione alle procedure di gara e di conseguenza il raggiungimento del risultato amministrativo.

SOMMARIO

- 1. Premessa e finalità del soccorso istruttorio..... 173**
- 2. L'evoluzione del soccorso istruttorio dal codice lise al d.lgs. 50/2016..... 175**
- 3. Il nuovo articolo 101 del codice del d.lgs. 36/2023 180**

* Praticante Avvocato

¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308; *ex multis* Cons. St., sez. II, 6 maggio 2021, n. 3537; Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sulla doverosità del potere di soccorso si veda A. BONAITI, S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2023, pp. 183 e ss.; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento*

4. Considerazioni conclusive..... 183

1. PREMESSA E FINALITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'istituto del soccorso istruttorio trova la sua disciplina generale nell'articolo 6 lett. b) della legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui il Responsabile del Procedimento nella fase dell'istruttoria procedimentale "può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete". La disposizione consente al Responsabile del Procedimento di sollecitare il privato al fine di acquisire gli elementi idonei per garantire una corretta e completa istruttoria, preordinata all'emanazione del provvedimento finale.

Nonostante il dato letterale dell'articolo si limiti a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere che in realtà si tratti di un vero e proprio obbligo, finalizzato all'accertamento della corretta e completa rappresentazione dei fatti esistenti al momento della decisione, alla luce dei principi di buona amministrazione, di leale collaborazione, semplificazione e buona fede nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadino¹. Ciò risulta

amministrativo, *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2017, pp. 573 e ss.; una riflessione più generale è data da E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 182 e ss.; F. LIGUORI, *Commenti tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2020, p. 3, che riconosce all'istituto del soccorso istruttorio la finalità di contribuire alla semplificazione amministrativa; il potere-dovere del responsabile del procedimento risulta coerente con il principio



ancor più innegabile a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 2-bis alla legge sul procedimento amministrativo da parte del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella 11 settembre 2020, n. 120, che prevede che “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”. Si tratta di una disposizione dai risvolti fortemente innovativi se si considera che l'Amministrazione, lungi dall'arroccarsi su posizioni meramente formalistiche nei processi decisionali, è tenuta ad assumere nei confronti del privato un rapporto collaborativo improntato alla buona fede², sicché, in caso di irregolarità facilmente emendabili riscontrate nel procedimento, è tenuta ad indicare la modalità per conformare a legge l'istanza presentata dal privato, in conformità al divieto di aggravio procedimentale. Si osserva che la disposizione, applicativa dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione ex art. 97 della Costituzione, attribuisca al rapporto tra soggetto pubblico e il privato natura paritaria, funzionale, mediante il meccanismo di collaborazione c.d. orizzontale, al soddisfacimento dell'interesse pubblico concreto. Alla luce di ciò, la norma parrebbe attribuire ai cittadini, interpellati nel procedimento decisionale dell'Amministrazione, la qualità di soggetti “*portatori di risorse per le amministrazioni e non più solamente*

inquisitorio del procedimento amministrativo secondo G. URSI, *Il responsabile del procedimento “rivisitato”*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2021, pp. 365 e ss.; contrariamente, più di recente A. BONAITI, S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2023, pag. 373e ss., secondo cui il soccorso istruttorio costituisce solo una seconda possibilità concessa all'operatore economico per dimostrare il possesso dei requisiti di gara; in una posizione più intermedia P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva “servizi” (2006/123/ce)*, Jovene, Napoli, 2008, p. 147, che ritiene che l'istruttoria sia condotta dal responsabile del procedimento mediante il principio inquisitorio c.d. formale in senso

come soggetti destinatari della sua attività o come portatori di bisogni da soddisfare”³.

Nel settore degli appalti pubblici il soccorso istruttorio è volto a garantire la massima partecipazione alle procedure di gara, consentendo alla Stazione Appaltante la selezione della miglior offerta rinvenibile sul mercato⁴, evitando che le rigide formalità che accompagnano la procedura selettiva possano pregiudicare il risultato dell'azione amministrativa. Invero il fine ultimo della procedura di gara è proprio quello di selezionare il concorrente che, a seguito della valutazione della Stazione Appaltante, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento⁵.

Mentre nei procedimenti amministrativi non selettivi il soccorso istruttorio opera incondizionatamente, nelle procedure selettive, ed in particolare nell'ambito degli appalti pubblici, la sua operatività è subordinata al rispetto dei principi di *par condicio* e di autoresponsabilità che governano la procedura di gara, impedendo che una rimessione in termini possa costituire un indebito vantaggio del concorrente che non ha presentato una documentazione richiesta nei modi e nei tempi previsti dalla *lex specialis* di gara⁶.

Pertanto il Codice dei contratti pubblici consente all'operatore economico di rimediare agli errori, omissioni o irregolarità della documentazione

debole, che consente accertare i fatti d'ufficio basandosi comunque sulle allegazioni della parte.

² Tar Campania, sez. III, 4 aprile 2023, n. 2110.

³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2023, p. 884.

⁴ Tar Marche, sez. I, 12 giugno 2023, n. 349.

⁵ Il momento della presentazione e valutazione delle offerte è un momento in cui si contrappongono l'interesse dell'operatore economico alla partecipazione alla gara presentando un'offerta competitiva e l'interesse della Stazione Appaltante alla corretta individuazione della migliore offerta sul mercato. Sul punto anche D. PIOVESANA, *Indeterminatezza dell'offerta e del soccorso istruttorio*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2018, p. 93.

⁶ Cons. St., A. P., Sent. n. 9/2014.



di gara presentata, senza che ciò possa però alterare il leale confronto concorrenziale della procedura di gara.

Il “potere di soccorso” nel corso del tempo è stato oggetto di molteplici interventi normativi e giurisprudenziali che inizialmente hanno inteso restringere e limitare l’applicabilità di tale istituto considerato quale *vulnus* del principio di *par condicio*, assumendo successivamente un ruolo centrale nel codice dei contratti pubblici quale corollario del principio di massima partecipazione alle procedure di gara.

2. L'EVOLUZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO DAL CODICE LISE AL D.LGS. 50/2016

Nella disciplina dei contratti pubblici, l’istituto è stato introdotto in ambito comunitario con l’articolo 27 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 che consentiva, entro alcuni limiti, alle amministrazioni aggiudicatrici di invitare l’imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli.

L’istituto del soccorso istruttorio è stato poi disciplinato in ambito nazionale con il decreto legislativo n. 163 del 2006 all’articolo 46 che, non discostandosi da quanto già previsto negli artt. 21 del d.lgs. 406 del 1991⁷, 15 del d.lgs. n. 358 del 1992⁸, 16 del d.lgs. n. 157 del 1995⁹, attuava quanto previsto dell’articolo 51 della direttiva 2004/18/CE, prevedendo che “*nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i*

concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.

Tale disposizione limitava l’esercizio del soccorso istruttorio ai soli casi in cui fosse stato necessario chiarire o completare i certificati, i documenti o le dichiarazioni presentati dall’operatore economico in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, senza in alcun modo poter integrare le offerte presentate¹⁰.

L’articolo, con riferimento ai confini applicativi dell’istituto, è stato oggetto di un’interpretazione restrittiva della giurisprudenza amministrativa che, facendo leva sull’interpretazione letterale della norma, ha chiarito che l’Amministrazione non aveva l’obbligo inderogabile di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma solo la facoltà di rivolgere un invito se, nell’ambito dei propri poteri discrezionali, fosse stato ritenuto “*confacente con l’irregolarità riscontrata, con i tempi del procedimento e nel rispetto del principio della parità di trattamento*”¹¹.

In tali casi l’esercizio del potere di soccorso era limitato alla possibilità per gli operatori economici di regolarizzare la documentazione incompleta già presentata, non essendo consentito in alcun modo un’integrazione o sanatoria postuma della stessa, che avrebbe pertanto determinato una riapertura del termine di presentazione delle offerte, ponendosi in evidente contrasto con il principio di *par condicio competitorum*¹². Sul punto la giurisprudenza più restrittiva, nel limitare ulteriormente l’attivazione del “potere di soccorso”, ha chiarito la stessa

⁷ Cfr. D.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 “Attuazione della direttiva n. 89/440/CEE in materie di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”.

⁸ Cfr. D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 “Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE”.

⁹ Cfr. D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 “Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”.

¹⁰ Sul punto, F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto dopo due anni di “correttivo”*, in *Diritto Amministrativo* n. 1/2019, p.6

¹¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, n. 2254 del 2007; *ex multis*, C.G.A., n. 802 del 2006 cit.; Cons. St., sez. VI, n. 6280 del 2003.

¹² Cfr. C.G.A., sez. I, 14 marzo 2011 n. 201.



richiesta di regolarizzazione formulata dalla Stazione Appaltante dovesse essere esclusa ogni qual volta fosse finalizzata ad integrare documenti che avrebbero dovuto essere prodotti dal concorrente a pena di esclusione in base a previsioni univoche della *lex specialis* di gara. In caso contrario, infatti, il soccorso istruttorio si sarebbe sostanziato in uno strumento volto a garantire ingiustificatamente una ampia partecipazione alle gare pubbliche, “*oltre i limiti dell’antagonista principio di formalità vigente in materia di procedimenti concorsuali*”¹³.

Il quadro normativo allora vigente attribuiva inoltre alle Stazioni Appaltanti la facoltà di inserire discrezionalmente nei bandi di gara requisiti sostanziali e ulteriori adempimenti ai fini della partecipazione alla gara a carico degli operatori economici, anche più rigorosi di quelli previsti dalla legge, a pena di esclusione. Ciò, come chiarito dalla giurisprudenza¹⁴, era espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell’agere pubblico e consisteva nel potere-dovere discrezionale dell’Amministrazione di adottare tutte le misure o gli strumenti idonei a garantire l’effettivo perseguimento dell’interesse pubblico per la ricerca del miglior contraente sul mercato in relazione all’appalto da affidare. Pertanto, l’attivazione del soccorso istruttorio era disposta dalla

¹³ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077.

¹⁴ Cfr. C.G.A., sez. I, 3 ottobre 2007, n. 909, secondo cui “*l’amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, superiori e più rigorosi a quelli previsti dalla legge. Invero, le previsioni indicate dall’art. 17 d.lg. n. 157/1995 si limitano a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere ragionevolmente derogati (o meglio incrementati, sotto l’aspetto qualitativo e quantitativo) dall’amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare. Detto potere discrezionale consente all’amministrazione di apprestare le misure più adeguate, congrue ed efficienti, ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare*”; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387, Cons. St., 5 ottobre 2005, n. 5318.

¹⁵ In particolare l’art. 46, comma 1-bis, ammetteva l’esclusione soltanto “*in caso di mancato adempimento delle prescrizioni*

Stazione Appaltante solo in casi eccezionali, con la conseguenza, diffusa nella prassi, che quest’ultime potessero procedere all’esclusione dei concorrenti per violazioni puramente formali, in assenza di una preventiva interlocuzione con gli stessi.

Con il d.l. n. 70 del 2011, convertito in legge n. 106/2011, il legislatore ha introdotto il comma 1-bis all’articolo 46 del d.lgs. 163/2006, introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di gara¹⁵.

Con tale riforma il legislatore ha inteso, da un lato, limitare la discrezionalità amministrativa prevedendo che la sanzione dell’esclusione conseguisse soltanto in presenza di un’espressa previsione di legge o del codice ovvero in presenza di adempimenti doverosi o norme di divieto, dall’altro, ha conseguentemente ampliato la portata del soccorso istruttorio prevedendo la regolarizzazione degli adempimenti che non erano previsti a pena di esclusione¹⁶. Qualora la *lex specialis* di gara avesse introdotto, in violazione del principio di tassatività, ulteriori prescrizioni a pena di esclusione non previste dal codice o dalla legge, “*la clausola escludente sarebbe stata nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice*”¹⁷.

previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione”.

¹⁶ Sulla novità legislativa si veda B. GILBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione l’art. 46 comma 1 bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 3, 2013, pag. 1057; Anche R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 96 e ss.

¹⁷ Cfr. Cons. St., A. P., 25 febbraio 2014, n. 9.

In tale contesto normativo è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014 che, rivedendo le precedenti posizioni giurisprudenziali, ha evidenziato che il soccorso non costituisce una mera facoltà per la Stazione Appaltante, bensì un *“doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione”*¹⁸. Ciò nonostante, il Supremo Consesso Amministrativo, non discostandosi dall'interpretazione giurisprudenziale più restrittiva dell'istituto, ha confermato che l'attivazione del potere di soccorso fosse consentita solo per regolarizzare la documentazione di gara in presenza di refusi o errori materiali, con conseguente inoperatività di un'integrazione documentale per rimediare, in presenza di una previsione chiara ed univoca della *lex specialis*, all'insufficienza o all'incompletezza della documentazione presentata dal concorrente, o per dimostrare *ex post* l'acquisizione di requisiti non posseduti al momento della presentazione delle offerte¹⁹.

Successivamente la disciplina veniva ulteriormente modificata con il d.l. 90/2014²⁰, convertito in legge n. 114/2014, con l'introduzione del comma 2-bis all'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 che, discostandosi da quanto affermato dal

Consiglio di Stato, ampliava ulteriormente l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, introducendo il c.d. soccorso istruttorio a pagamento.

Invero, superando il limite della sola regolarizzazione della documentazione di gara, il concorrente poteva supplire all'ammanca, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione nelle procedure di gara mediante il pagamento di una sanzione prevista nel bando di gara. Dunque, per evitare il ricorso spropositato all'istituto del soccorso istruttorio, il legislatore aveva introdotto come contrappeso una sanzione pecuniaria²¹ in presenza di dichiarazioni viziate da irregolarità essenziali, prevedendo un subprocedimento oneroso per produrre la documentazione necessaria²².

In tal caso era previsto che la Stazione Appaltante assegnasse al concorrente un termine non superiore a dieci giorni, decorso il quale, in assenza di un'integrazione in sanatoria a seguito dell'invito della Stazione Appaltante, il concorrente sarebbe stato escluso. Anche in tale contesto normativo, l'effettiva mancanza dei requisiti di partecipazione comportava la sanzione espulsiva dalla procedura di gara²³.

¹⁸ L'A.P. sul punto ha osservato che tale istituto era coerente con l'applicazione legale del principio del giusto procedimento enucleato dall'art. 3, della legge n. 241/1990 che imponeva all'Amministrazione di *“squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara”*.

¹⁹ Si rinvia a Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit. in relazione alla differenza tra regolarizzazione ammessa ed inammissibilità dell'integrazione documentale. L'interpretazione rigorosa della citata Adunanza Plenaria era giustificata dalla preoccupazione che l'ampliamento dei confini applicativi dell'istituto potessero alterare la *par condicio*, violare il principio di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa; oltre che si sarebbe posto in contrasto con il generale principio di auto responsabilità secondo cui i concorrenti subiscono le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

²⁰ Sulla nuova normativa, R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Federalismi.it*, 2014, p. 11 e ss.

²¹ Sul punto cfr., Tar Milano, 14 luglio 2016, n. 1423 secondo cui l'introduzione della sanzione pecuniaria carico dei concorrenti per l'attivazione del soccorso istruttorio, prevista dal nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 del d.lgs. 163/2006, non si poneva quale alternativa o sostitutiva dell'esclusione, ma colpiva *“l'irregolarità essenziale, indipendentemente dal fatto che essa venga successivamente sanata o meno dell'impresa interessata”*.

²² L. MARRAS, A. NICODEMO, G. NICODEMO, *Riduzione degli oneri di partecipazione alla gara, soccorso istruttorio e tassatività delle cause di esclusione*, in M. NUNZIATA, *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Carocci Editore, Roma, 2017, p. 377, evidenziano che la sanzione colpisce il sol fatto di aver presentato una dichiarazione difettosa.

²³ Tar Abruzzo, 25 novembre 2015, n. 784.

Il quadro normativo allora vigente pertanto distingueva tra: a) le irregolarità non sanabili di cui all'articolo 46, comma 1-bis costituenti cause di esclusione; b) le irregolarità essenziali, a cui poteva porsi rimedio pagando una sanzione, nella misura dell'uno per mille dell'importo di gara e non superiore ad € 50.000, che era garantita dalla cauzione provvisoria; c) quelle non essenziali, per la quali non era necessaria alcuna regolarizzazione e non era prevista alcuna sanzione.

La nuova disposizione così modificata dal d.l. 90/2014, nell'ampliare il perimetro applicativo dell'istituto, ha inteso superare le difficoltà interpretative ed applicative degli artt. 38 e 46 del d.lgs. 163/2006, "procedimentalizzando" il soccorso istruttorio, ormai doveroso in presenza di irregolarità dichiarative c.d. essenziali, evitando il fenomeno delle esclusioni dalla procedura per motivi puramente formali. In particolare, è stato rilevato che conseguenza della nuova disciplina è "una sostanziale dequalificazione, in principio, delle "irregolarità" dichiarative da cause escludenti a carenze regolarizzabili"²⁴.

L'ambito di applicazione della nuova disposizione era tuttavia circoscritto alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che componevano la documentazione amministrativa presentata dai partecipanti alle procedure di gara, con conseguente inoperatività del soccorso istruttorio per gli elementi attinenti alle offerte, "pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara rende le stesse immodificabili una volta che le stesse siano state presentate nei termini previsti dalla lex specialis"²⁵.

L'Anac, con la Determinazione n. 1 del 2015, è intervenuta sulla portata applicativa del soccorso istruttorio alla luce delle recenti modifiche legislative²⁶. L'Autorità, nell'evidenziare preliminarmente la presenza di evidenti difficoltà nell'interpretare la normativa vigente, in relazione all'individuazione dei parametri entro i quali un'irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive potesse ritenersi di carattere essenziale, ha sottolineato che, ai fini della partecipazione alla gara, dovesse prevalere il dato sostanziale consistente nell'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, rispetto al dato formale costituito dalla completezza delle dichiarazioni rese per dimostrare il possesso dei requisiti. Da tale interpretazione ampiamente aderente al principio di *favor participationis* che valorizzava il sostanziale possesso dei requisiti²⁷, ne conseguiva che un'eventuale esclusione da parte della Stazione Appaltante dovesse essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta o omessa, ma solo nel caso in cui il concorrente non avesse provveduto a sanare le irregolarità a seguito della richiesta della Stazione Appaltante ovvero non fosse in possesso, effettivamente, del requisito.

L'ambito di applicazione del soccorso istruttorio è stato ulteriormente ampliato con il codice dei contratti di cui al D.lgs. 50/2016. La legge delega²⁸ al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/24/UE²⁹ e 2014/25/UE si poneva l'obiettivo di ridurre gli oneri documentali ed economici a carico degli operatori economici, attribuendo la possibilità a quest'ultimi di integrare la documentazione di gara in relazione a qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione, purché non investisse gli elementi oggetto di valutazione del

²⁴ Cons. St., sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667.

²⁵ Cons. St., sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481.

²⁶ Cfr. Anac, Determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015.

²⁷ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, VII edizione, Nel Diritto Editore, 2017, p. 1419.

²⁸ Cfr. Legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. z).

²⁹ La direttiva 2014/24/UE non prevedeva la corresponsione alla Stazione Appaltante di alcuna sanzione pecuniaria.



merito dell'offerta³⁰. La prima formulazione del codice prevedeva all'articolo 83, comma 9, la possibilità di sanare le carenze di qualsiasi elemento della domanda ed in particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, mediante il pagamento a carico del concorrente di una sanzione pecuniaria.

A ben vedere la nuova formulazione del Codice del 50 tradiva difatti quanto previsto sia dai criteri direttivi della legge delega che dalle direttive europee che escludevano i riferimenti alla natura onerosa del soccorso istruttorio, invece contemplata nel nuovo codice³¹. A differenza del Codice de Lise, però, la sanzione pecuniaria era prevista solo nel caso in cui i concorrenti volessero effettivamente avvalersi della possibilità di integrare/sanare la documentazione presentata e non più per il solo fatto di aver presentato un'offerta incompleta o irregolare³². A seguito delle modifiche introdotte con l'articolo 52, comma 1, lett. d) del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, è stato eliminato ogni riferimento al soccorso istruttorio a pagamento, in quanto, come evidenziato dalla Relazione di accompagnamento, si trattava di una disposizione presente solo

nell'ordinamento italiano contraria ai principi di concorrenza.

Il soccorso istruttorio, alla luce del contesto normativo allora vigente, ha subito l'influenza del legislatore europeo³³ del 2014 che, come detto, ha aderito alla tesi sostanzialistica, ampliando le ipotesi di applicazione dell'istituto. Invero, è stata superata la precedente impostazione legislativa basata sulla c.d. "essenzialità" dell'irregolarità riscontrata, così come enucleata a seguito della d.l. 90/2014 e fatta propria dall'Anac nel 2015, valorizzando il potere di soccorso ben al di là delle correzioni formali della domanda, come previsto dal precedente articolo 46 del d.lgs. 163/2006, fino a supplire con funzione integrativa non solo le incompletezze nella documentazione già presentata, ma anche i nuovi documenti del tutto mancanti, ma esistenti al momento della presentazione delle offerte. Tuttavia, in ossequio al principio di *par condicio competitorum*, veniva confermato che il sub-procedimento non fosse applicabile quando le carenze della documentazione non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa ovvero per integrare gli elementi afferenti all'offerta tecnica ed economica³⁴.

³⁰ L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, pp. 291 e ss.

³¹ Sul rapporto tra la previsione normativa e il divieto di gold plating si veda, G. MARCHIANO, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2016, pp. 33 e ss.

³² Sull'influenza delle direttive europee sulla formulazione del nuovo articolo 83, comma 9 del D.lgs. 50/2016, E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2018, pag. 623 e ss.-. L'A. ha evidenziato che il legislatore europeo nel bilanciamento tra il principio di *favor participationis* e di *par condicio*, abbia voluto porsi dal lato dell'operatore economico, "conferendo alla partecipazione alle gare un "diritto di

precedenza" rispetto alla necessaria garanzia della parità di trattamento".

³³ Cfr. art. 56, comma 3 della direttiva n. 2014/24/UE secondo cui "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, ..., agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza".

³⁴ Sul punto si veda anche il contributo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ANAC, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio"*, anno 2017; ANAC, *Parere di Precontenzioso n. 900 del 6 settembre 2017, avente ad oggetto la mancata indicazione della marca e modelli dei prodotti offerti; ex multis*, ANAC, *Parere di Precontenzioso, n. 792 del 19 luglio*

3. IL NUOVO ARTICOLO 101 DEL CODICE DEL D.LGS. 36/2023

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il soccorso istruttorio è interamente disciplinato dall'articolo 101.

L'articolo 101 del D.lgs. 36/2023, come l'articolo 83, comma 9 del D.lgs. 50/2016, attua l'articolo 56 comma 3 della direttiva europea 2014/24/UE secondo cui *“se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se ne mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, (...), agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di trattamento e trasparenza”*.

Il nuovo Codice attribuisce all'istituto del soccorso istruttorio una nuova e autonoma disposizione, a differenza del precedente D.lgs. 50/2016 che relegava l'istituto a margine dell'articolo 83 dedicato alla selezione delle offerte, introducendo alcune novità che ne ampliano la portata innovativa e ne rendono più chiari i limiti operativi³⁵.

Sotto un profilo funzionale la Relazione al Codice ha chiarito che l'attivazione del soccorso istruttorio *“tende ad evitare che nei limiti del possibile e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara”*. Come si è detto, la finalità dell'istituto è garantire la massima partecipazione alle procedure di gara evitando che meri vizi

formali di carattere potenzialmente escludente compromettano il merito degli operatori economici, che in possesso dei requisiti di partecipazione, hanno formulato un'offerta competitiva, con la conseguenza che ciò possa determinare difatti un definitivo pregiudizio al principio del risultato dell'azione amministrativa.

Tendenzialmente, anche alla luce del nuovo codice, l'operatività del soccorso istruttorio non opera incondizionatamente, dovendosi escludere in linea di principio la soccorribilità – sia in funzione integrante che sanante - degli elementi inerenti all'offerta tecnica e degli elementi della documentazione di gara che, laddove emendati mediante una allegazione postuma, determinerebbero una palese violazione del principio di par condicio.

La giurisprudenza recentissima del Consiglio di Stato³⁶ ha chiarito che, sotto un profilo funzionale, l'articolo 101 del D.lgs. 36/2023 distingue il soccorso istruttorio in soccorso integrativo e soccorso sanante (comma 1 lett. a) e lett. b)), il soccorso istruttorio in senso stretto c.d. procedimentale (comma 3) e il soccorso correttivo (comma 4).

Il comma 1 dell'articolo 101, ponendosi in linea con quanto già previsto dall'articolo 83, comma 9 del D.lgs. 50/2016, disciplina il c.d. soccorso integrativo e il soccorso sanante. Il primo (comma 1, lett. a)) – soccorso integrativo - consente all'operatore economico, in termini espressamente quantitativi, di porre rimedio alle carenze inerenti alla documentazione amministrativa trasmessa alla Stazione Appaltante, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica.

La disposizione precisa inoltre che è consentito, in funzione integrativa, supplire alla mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto

2017, concernente la mancata indicazione della percentuale di solfato di bario, come richiesto invece della legge di gara.

³⁵ Cfr. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, 2023, p. 601.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. V, Sent. 21 agosto 2023, n. 7870.

di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato in caso di raggruppamenti temporanei d'impresa, qualora i documenti abbiano data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.

In altri termini sono emendabili le omissioni formali che fanno riferimento a documenti già in possesso dell'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta, escludendo pertanto che l'offerente possa formare atti o documenti avente data successiva invocando l'applicabilità del soccorso istruttorio per carenze c.d. sostanziali.

Quanto al soccorso c.d. sanante (comma 1, lett. b)), anche tale disposizione non si discosta da quanto previsto dal precedente D.lgs. 50/2016 e mira a sanare, in termini qualitativi, ogni irregolarità o inesattezza della documentazione amministrativa, con esclusione della documentazione che compone l'offerta economica e tecnica e fermo restando il limite dei documenti di incerta imputazione soggettiva³⁷.

L'attivazione dell'istituto *de quo* costituisce pertanto un proprio obbligo di legge³⁸, dovendo la Stazione Appaltante assegnare un termine idoneo – ai sensi del nuovo articolo non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni – per consentire all'operatore economico l'integrazione in sanatoria della documentazione di gara.

La nuova formulazione codicistica, anche eliminando il riferimento alle irregolarità essenziali di cui all'articolo 83, comma del D.lgs. 50/2016, ha reso meno incerti i confini applicativi della fattispecie, confermando da un lato la sanabilità di tutte le irregolarità di carattere formale facilmente emendabili ad esclusione delle ipotesi espressamente previste, e dall'altro il divieto assoluto di integrazione/sanatoria di carenze sostanziali della

documentazione di gara che possa pregiudicare il leale confronto competitivo e il corretto svolgimento della procedura di gara. Inoltre, la nuova disciplina ha ampliato i confini applicativi dell'istituto codificando il soccorso istruttorio c.d. procedimentale di matrice giurisprudenziale ed ha introdotto, con un'importante novità, il soccorso correttivo ad iniziativa privata.

La nuova impostazione codicistica, come detto, ha ampliato notevolmente la portata del soccorso istruttorio rispetto alla disciplina previgente, confermando il favor del legislatore nel garantire il più ampio numero di partecipanti alle procedure di gara, evitando che i rigidi formalismi possano pregiudicare la partecipazione del concorrente "meno diligente".

Il nuovo Codice, recependo le indicazioni della giurisprudenza europea ed amministrativa, ha disciplinato il soccorso c.d. procedimentale, secondo cui la Stazione Appaltante può sempre richiedere chiarimenti al concorrente in relazione all'offerta economica e tecnica presentata e su ogni loro allegato.

Invero, l'articolo 101 al comma 3 prevede la possibilità di richiedere dei chiarimenti finalizzati ad acquisire l'interpretazione dell'offerta presentata dall'operatore economico e ricercando, in presenza di profili di ambiguità dell'offerta, l'effettiva volontà negoziale del concorrente, senza la necessaria produzione di ulteriori documenti³⁹. Si tratta di chiarimenti sempre ammessi se volti a rendere noto alla Stazione Appaltante l'effettiva portata dell'offerta del contraente, cercando di giungere ad esiti certi sull'impegno assunto dal concorrente, senza che però ciò si traduca in un'ammissibile integrazione dell'offerta di gara⁴⁰.

³⁷ Recente è la sentenza del Tar Sicilia, 15 marzo 2023 n. 831, che ribadisce l'impossibilità di attivare il soccorso istruttorio laddove sia incerta la provenienza dell'offerta poiché firmata da un soggetto estraneo alla società.

³⁸ Tar Lombardia, Milano, n. 580/2022; *ex multis* Tar Marche n. 349/2023.

³⁹ Sul punto, cfr. Cons stato, sez. V, Sent. n. 290/2023

⁴⁰ ANAC, delibera n. 370 del 26 luglio 2023; *ex multis* Cons stato 7039/2018; n. 4809/2018.

L'istituto del soccorso procedimentale non si tratta di una novità tutta del nuovo codice. Invero, in ambito nazionale si era già sviluppata, sotto la vigenza del Codice 50/2016, l'orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile la possibilità da parte della Stazione Appaltante di attivare il c.d. soccorso procedimentale – istituto ben distinto dal soccorso istruttorio – volto ad acquisire chiarimenti per ricercare le effettive volontà del concorrente e la corretta interpretazione della offerta presentata, senza però che tali chiarimenti potessero assumere carattere integrativo⁴¹. Detta interpretazione era già stata condivisa anche dal Consiglio di Stato nei pareri resi dalla Commissione speciale n.ri 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017, con i quali era stata sottolineata la necessità di conservare l'istituto del “soccorso procedimentale” affinché la Stazione Appaltante, in caso di dubbi riguardanti “*gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica*”, avrebbe potuto richiedere chiarimenti al concorrente cosicché, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, gli stessi sarebbero stati ritenuti ammissibili soltanto se volti a chiarire la portata dell'offerta.

La possibilità di attivare il potere di soccorso procedimentale era stata condivisa anche dalla Corte di Giustizia UE⁴² che ha ritenuto ammissibile la possibilità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di invitare gli operatori a fornire chiarimenti sull'offerta presentata, senza però potesse condurre alla presentazione di una nuova offerta, evidenziando che la richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento richiesto dagli atti di gara.

La principale novità del nuovo Codice dei contratti in tema di soccorso istruttorio è caratterizzata

dall'introduzione del soccorso c.d. correttivo, che ha attribuito la possibilità all'operatore economico di rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta economica o tecnica. La portata innovativa di tale fattispecie è palese se si considera che la norma attribuisce al concorrente la possibilità di ravvedersi e richiedere, anche oltre il termine di presentazione delle offerte e fino al giorno fissato per la loro apertura, la correzione di un errore materiale che ne infici materialmente il contenuto⁴³, a condizione però che ciò non comporti la sostituzione con una nuova offerta o la sua modifica sostanziale e che durante la procedura venga assicurato l'anonimato.

La Relazione Illustrativa al Codice del Consiglio di Stato ha chiarito che le ipotesi in cui sarebbe ammessa tale facoltà corrisponderebbero ai casi in cui è ammesso il soccorso istruttorio sanante di cui al comma 1 lett. b) dell'articolo 101⁴⁴, ed ha precisato che “*una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potrebbero esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli atti di gara*”.

A ben vedere il soccorso c.d. correttivo si atteggia quale istituto di nuovo conio, frutto non solo della tendenza del legislatore e della giurisprudenza recente di consentire l'esercizio del potere di soccorso in tutti i casi in cui ciò non comporti una alterazione sostanziale della *par condicio competitorum*, ma anche in linea con il principio di risultato appena codificato dal nuovo D.lgs. 36/2023, che contribuisce ad evitare che la speditezza e il buon andamento dell'azione amministrativa possano essere pregiudicati da irrilevanti e rigidi formalismi.

⁴¹ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2021, n.1225; *ex multis* Cons. St., sez. V, n. 680/2020.

⁴² Corte di Giustizia Europea, ottava sezione, 28 febbraio 2018, causa C 523/16 e C-536/16 - MA.T.I. SUD S.p.a. c/ Centostazioni S.p.a.

⁴³ Cons. St., sez. V, 21 Agosto 2023, n. 7870.

⁴⁴ In particolare ha individuato come soccorribile, a titolo esemplificativo, l'incongruenza tra gli importi unitari e l'importo complessivo dell'offerta economica.

4. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

La descritta analisi normativa delinea l'evoluzione dell'istituto del soccorso istruttorio e il progressivo ampliamento dei suoi confini applicativi, soprattutto alla luce del nuovo articolo 101 del D.lgs. 36/2023 così come interpretato dalla recentissima giurisprudenza.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce un ruolo centrale all'istituto in esame quale strumento volto a garantire la massima partecipazione alle procedure di gara anche alla luce del nuovo principio del risultato (art. 1), che come individuato dalla Relazione al Codice, costituisce l'interesse pubblico al quale le stazioni appaltanti devono tendere durante le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti⁴⁵.

Si è visto come in un primo momento la giurisprudenza più restrittiva abbia individuato nell'esercizio del potere di soccorso in funzione integrativa, e in alcuni casi in funzione sanante, un *vulnus* nel procedimento di gara che avrebbe alterato la *par condicio competitorum*, l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione. Gli interventi normativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo però hanno progressivamente chiarito il perimetro applicativo dell'istituto operando in concreto un bilanciamento tra il principio di concorrenza e quello della massima partecipazione.

⁴⁵ Sulla prima applicazione del principio di risultato in materia di appalti pubblici si veda, Tar Campania – Napoli, sez. I, sent. 15 gennaio 2024, n. 377, secondo cui il principio di risultato “*valevole quale criterio orientativo che, per sua natura, è suscettibile di essere adottato anche per le procedure di appalto non rette dal d.lgs. n. 36/2023) può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvergono obiettive ragioni che ostino al suo espletamento*”.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica giova rilevare che l'esercizio del potere di soccorso assume una chiara funzione garantista sia per l'operatore economico che per la Stazione Appaltante, in quanto da un lato consente di evitare, seppur nei limiti evidenziati, l'esclusione dei concorrenti dalla procedura selettiva a causa di errori formali, dall'altro consente all'Amministrazione di individuare tra le varie offerte presentate il miglior contraente sul mercato che, in possesso dei requisiti, sia il più idoneo all'esecuzione del contratto, in linea con la logica dell'amministrazione di risultato.

La paventata necessità di evitare che adempimenti di natura non sostanziale potessero comportare ingiustificatamente l'esclusione dei partecipanti alla procedura ha contribuito alla progressiva “piena operatività” del soccorso istruttorio, consentendo la rivisitazione degli orientamenti giurisprudenziali risalenti più rigorosi che distinguevano tra la regolarizzazione, ammissibile, e divieto di integrazione documentale non consentita, in quanto quest'ultima avrebbe attribuito indebiti vantaggi ad un concorrente “poco diligente” alterando così il leale confronto competitivo che regola la procedura di gara. Di conseguenza è stato attribuito alla Stazione Appaltante il dovere di soccorrere l'operatore economico sia per sanare la documentazione di gara già presentata, sia di integrarla con nuovi documenti non già in possesso dell'Amministrazione, purché aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte⁴⁶, fermo restando in

⁴⁶ In tema di soccorso istruttorio con riferimento alla cauzione provvisoria si veda la recentissima sentenza del Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 12 gennaio 2024 n. 23, secondo cui l'operatore economico “è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, [...]. Discende che, al riguardo, il soccorso istruttorio è utilizzabile solo per l'integrazione della documentazione già prodotta in gara e, quindi, al fine di dimostrare un impegno assunto prima della

ogni caso l'impossibilità di supplire alle carenze dell'offerta tecnica o economica ovvero a quelle che rendono incerta l'identità del concorrente.

Il quadro normativo vigente, pertanto, nell'ampliare il campo di applicazione dell'istituto si pone anche in linea con i recenti sviluppi giurisprudenziali sempre più orientati ad escludere l'esercizio del potere di soccorso nel solo caso in cui possa effettivamente incidere sulla *par condicio competitorum* afferendo ai requisiti di qualificazione del concorrente o con la struttura delle offerte presentate⁴⁷. La nuova impostazione codicistica, nella logica del bilanciamento degli interessi contrapposti, non sembra attribuire al risultato preminenza rispetto al principio di concorrenza. Invero si ritiene che la tendenza legislativa e giurisprudenziale che ha contribuito all'ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio non sia volta ad sconsacrare la centralità del principio di *par condicio competitorum* nelle procedure di gara, ma ne dia completa attuazione, essendo quest'ultimo funzionale al raggiungimento del risultato ossia l'interesse della Stazione Appaltante per la ricerca del miglior contraente sul mercato, evitando che il leale confronto competitivo, la qualità e la serietà delle offerte presentate e la speditezza del procedimento possano essere penalizzati da rigidi formalismi procedurali.

scadenza del termine per presentare l'offerta ovvero di sopperire all'incompletezza o irregolarità della cauzione prodotta".

⁴⁷ Appare opportuno segnalare la presenza di recenti orientamenti contrastanti in relazione all'attivazione del soccorso istruttorio nelle procedure di gara in caso di omesso o tardivo versamento del contributo ANAC. Un primo orientamento, che si ritiene di condividere, ha avuto modo di chiarire che il comma 67 dell'articolo 1 della legge 266/2005, che prevede l'obbligo del versamento del contributo ANAC, non esclude che lo stesso possa essere effettuato anche dopo la scadenza del termine delle offerte, evidenziando che una clausola della *lex specialis*, che sanziona con comminatoria di esclusione l'omesso pagamento del contributo ANAC nei termini di presentazione delle offerte, debba essere considerata *tamquam non*

La forte correlazione tra il principio di risultato e la tutela della concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici si riverbera inevitabilmente sull'attività della Stazione Appaltante durante la procedura di gara. Invero se lo scopo dell'Amministrazione si sostanzia nel premiare il merito, il principio del risultato impone, nel caso in cui l'operatore economico incorra in errori od omissioni non sostanziali, di attivare il potere di soccorso e permettere ad un potenziale aggiudicatario di rimanere in gara, favorendo il leale confronto competitivo. Solo in tal modo, garantendo il principio di massima partecipazione alle procedure di gara e tutelando al contempo la concorrenza, si ritiene possa essere consentito alla Stazione Appaltante di volgere tempestivamente alla conclusione della gara con la scelta, tra le offerte presentate, del miglior contraente sul mercato. In tal misura, come già evidenziato da autorevole giurisprudenza⁴⁸, la tutela della concorrenza in materia di contratti pubblici rappresenta pertanto un mezzo, e non un fine, rispetto allo scopo di "*conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti*".

esset in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175). Anche il Tar Campania, Napoli, sez. I, con recente Sentenza n. 2192 dell'11 aprile 2023, ha evidenziato che "*il pagamento tardivo del contributo ANAC non può costituire motivo di esclusione dalla gara, tanto più che non può interferire con i requisiti di qualificazione del concorrente né con la struttura delle offerte presentate e valutate dalla Commissione*". Un orientamento più restrittivo, invece, ritiene che l'esclusione del concorrente per omesso tempestivo versamento del contributo ANAC sia legittima in presenza di un disciplinare di gara assolutamente chiaro nel disporre che lo stesso debba essere effettuato entro il termine di presentazione delle offerte (cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 25 luglio 2023, n. 7252).

⁴⁸ Cons. St., Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896.



L'EUROPA E I SEPARATISMI: NOTE A MARGINE DELLE RECENTI PRONUNCE DEL TRIBUNALE T-115/20 E T-272/21 SULLA REVOCA DELL'IMMUNITA' DEGLI EUROPARLAMENTARI NEL CASO PUIGDEMONT

di **Luca PALUMBO***

ABSTRACT

This article analyses the European General Court's judgments T-115/20 and T-272/21, concerning the waiver of immunity of three Catalan MEPs, while also providing an overview on the more recent history of Catalan secessionism. It reflects on the political significance of said judgments and on their possible impact on the future of separatism in Europe.

SOMMARIO

1. **Introduzione..... 185**
2. **I fatti alla base delle pronunce: carles puigdemont e la questione catalana 186**
3. **La sentenza t-115/90 irricevibilità del ricorso dei politici catalani..... 188**
4. **La sentenza t-272/21: infondatezza del ricorso dei politici catalani..... 189**
5. **Rilevanza politica delle pronunce in commento 190**
6. **Conclusioni 191**

1. INTRODUZIONE

Le sentenze del Tribunale dell'Unione europea nella causa T-115/20, *Puigdemont i Casamajó e Comín*

i Oliveres c. Parlamento,¹ e nella causa T-272/21, *Puigdemont i Casamajó e Comín i Oliveres e Ponsatí i Obiols c. Parlamento*,² rese in data 5 luglio 2023 (di seguito: le sentenze in commento), rappresentano il nuovissimo sviluppo di una vicenda ormai celebre, assunta a simbolo del conflitto politico tra pulsioni autonomistiche e resistenze centripete nello Stato pluralista contemporaneo. Si tratta dell'epopea giudiziaria del sig. Carles Puigdemont i Casamajó, già presidente della Generalità di Catalogna, promotore del referendum dell'ottobre 2017 sulla autodeterminazione della Catalogna, quindi destituito e accusato, insieme ad alcuni suoi sostenitori, fra cui il sig. Antoni Comín i Oliveres e la sig.ra Clara Ponsatí i Obiols, di ribellione, secessione e peculato da parte del governo spagnolo.

Le sentenze in commento hanno respinto il ricorso in annullamento degli atti con cui il Parlamento dell'Unione europea revocava, in data 10 dicembre 2019 e 9 marzo 2021, la garanzia di immunità dalla giurisdizione nazionale in capo ai suddetti politici catalani, che godevano, al momento del ricorso, dello *status* di eurodeputati. Esse appaiono estremamente significative, non solo come ulteriori tappe di questa articolata vicenda giudiziaria, ma anche perché foriere di conseguenze politiche gravi e perché potenzialmente idonee a imporsi come precedente su altre fattispecie analoghe in ambito europeo.

Il presente contributo si propone dunque di esaminare, innanzitutto, il contenuto delle pronunce in oggetto, chiosandone gli snodi più

* Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ Trib., sent. del 5 luglio 2023, *Carles Puigdemont i Casamajó e Antoni Comín i Oliveres c. Parlamento europeo*, causa T-115/20, ECLI:EU:T:2023:372.

² Trib., sent. del 5 luglio 2023, *Carles Puigdemont i Casamajó e a. contro Parlamento europeo*, causa T-272/21, ECLI:EU:T:2023:373.

interessanti; si soffermerà, poi, sul peso politico di tali sentenze, a cavaliere tra piano istituzionale comunitario e interno; infine, valuterà la portata esemplare di siffatta giurisprudenza, con riferimento ad ulteriori realtà autonomistiche e secessioniste presenti sulla scena politica di alcuni stati membri dell'Unione europea. Prima di procedere alla disamina delle sentenze in commento, occorre tuttavia fornire una panoramica degli eventi politici che ne costituiscono il presupposto.

2. I FATTI ALLA BASE DELLE PRO- NUNCE: CARLES PUIGDEMONT E LA QUESTIONE CATALANA

Il sig. Carles Puigdemont i Casamajó veniva eletto presidente della Generalità (ente locale autonomo) di Catalogna il 12 gennaio 2016. È nota la presenza in Catalogna di forti partiti separatisti, fra cui la *Candidatura d'Unitat Popular*, responsabile dell'investitura di Puigdemont. Il 1° ottobre 2017, Puigdemont è stato promotore di un referendum popolare volto a dichiarare la secessione della Catalogna dal Regno di Spagna: degli oltre due milioni di votanti, il 90,18% optava per il s³. Il 10 ottobre 2017, con un discorso tenuto presso il

³ Secondo un censimento condotto dalla Generalità di Catalogna, dei 5.313.564 aventi diritto, il 43,03% si è presentato alle urne (2.286.217), e di tutti i voti validi (2.266.498) erano in 2.044.038 a scegliere il sì.

⁴ Constitución Española, art. 2: “*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*”

⁵ Constitución Española, art. 155: “*1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2. Para la ejecución de las medidas*

Parlamento catalano, Puigdemont proclamava unilateralmente l'indipendenza dello Stato di Catalogna; salvo però “sospenderla” qualche minuto dopo al fine di condurre i negoziati con il Regno di Spagna.

Tuttavia, prima ancora che avesse luogo la consultazione popolare, il Tribunale Costituzionale spagnolo aveva dichiarato l'incostituzionalità della legge istitutiva del referendum, in quanto in contrasto con l'art. 2 della Costituzione, che sancisce l'“indissolubile unità della Nazione spagnola”⁴. A fronte della disubbidienza di Puigdemont, il 27 ottobre 2017 il governo centrale Rajoy chiedeva e otteneva dal Senato spagnolo l'autorizzazione ad applicare l'art. 155 della Costituzione, che consente la destituzione dell'esecutivo locale e lo scioglimento dell'assemblea legislativa della Comunità Autonoma in caso di grave attentato agli interessi dello Stato⁵.

Il sig. Puigdemont e gli ex ministri Comín e Ponsatí venivano così accusati, su istanza di alcuni attori istituzionali (pubblico ministero e avvocato dello Stato) e politici (il partito VOX), di ribellione e peculato (per i costi d'organizzazione del referendum). Tuttavia, i tre politici catalani si sottraevano al giudizio rifugiandosi in Belgio⁶. La Corte

previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.”

⁶ Il Protocollo n. 24 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, allegato al Trattato di Lisbona, pone dei requisiti di carattere sia sostanziale che procedimentale per la presa in esame e l'eventuale dichiarazione d'ammissibilità di una domanda d'asilo proveniente da un cittadino europeo e indirizzata a un altro Stato membro. Si segnala, peraltro, che a norma della lett. d) dell'articolo unico del Protocollo 24, “*la domanda è esaminata partendo dal presupposto che sia manifestamente infondata*”. Parrebbe tuttavia arduo superare, nel caso di specie, tale *praesumptio legis*: potrebbe mai l'indagine a carico di Puigdemont dimostrare la parzialità della giurisdizione spagnola e del suo modo di funzionamento? Cfr. B. NASCIMBENE, H. LABAYLE, *Refuge ou asile? La situation de Carles Puigdemont en Belgique au regard du droit de l'Union européenne*, in *www.eu-rojus.it*, 2 novembre 2017.

Suprema spagnola constatava dunque, il 9 luglio 2019, il loro rifiuto di comparire, e sospendeva il procedimento penale a loro carico⁷. Nondimeno, secondo la lettera dell'art. 472 del Codice penale spagnolo⁸, il delitto di ribellione, caratterizzato dall'organizzazione di un sollevamento popolare di natura "violenta" oltre che pubblica, si rivelava inapplicabile alla condotta di Puigdemont, realizzata non con mezzi violenti ma con uno strumento di democrazia diretta; per questo, le autorità spagnole emettevano un nuovo mandato d'arresto a suo carico, che contemplava non più il reato di ribellione bensì quello di sedizione.

Nel frattempo, in occasione delle elezioni parlamentari europee del maggio 2019, Puigdemont e Comín diventavano eurodeputati eletti nel Regno di Spagna. Tuttavia, perché l'investitura fosse perfetta, occorreva, a norma della legge spagnola sull'elezione degli eurodeputati, che il parlamento nazionale di tale Stato membro ratificasse i risultati elettorali e che i vincitori prestassero giuramento sulla Costituzione. Ciò che i due esuli catalani non avrebbero fatto, pendendo ancora su di essi l'accusa di sedizione.

Giungeva così, in data 10 ottobre 2019, una lettera al Presidente del Parlamento europeo, con la quale la deputata Sig.ra A richiedeva, a nome di

Puigdemont e Comín, che fosse fatta valere la loro immunità parlamentare, affinché prestassero liberamente giuramento in Spagna dando seguito alla volontà popolare. Esattamente due mesi dopo, il Presidente, rispondendo alla Sig.ra A, rilevava l'impossibilità di estendere siffatta garanzia ai due deputati catalani, essendo la loro elezione priva di effetto fintantoché non ne giungesse comunicazione ufficiale al Parlamento europeo dallo Stato di provenienza. L'immunità dei sigg. Puigdemont e Comín veniva pertanto revocata mediante la lettera del 10 dicembre 2019: avverso di essa gli interessati hanno proposto ricorso in annullamento presso il Tribunale dell'Unione europea, che emetteva in data 5 luglio 2023 una delle due sentenze in commento (T-115/20).

Poco dopo, però, con la sentenza *Junqueras Vies* (C-502/19)⁹ la Corte di giustizia dichiarava che un soggetto eletto al Parlamento europeo, il quale non avesse ancora adempiuto le prescrizioni di fonte nazionale volte a ratificarne l'elezione, godesse dell'immunità *ex art. 9* Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea (di seguito: Protocollo sulle immunità)¹⁰: in base all'art. 14, par. 3, del Trattato sull'Unione europea (di seguito:

⁷ Tribunal Supremo, Auto de 9 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:8088A).

⁸ Art. 472 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: "Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. 5. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. 6. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de

Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. 7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno".

⁹ Corte giust., sent. del 19 dicembre 2019, *Junqueras Vies*, causa C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115.

¹⁰ Art. 9 Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea: "Per la durata delle sessioni del Parlamento europeo, i membri di esso: a) beneficiano, sul territorio nazionale, delle immunità riconosciute ai membri del Parlamento del loro Stato, b) non possono, sul territorio di ogni altro Stato membro, essere detenuti né essere oggetto di procedimenti giudiziari. L'immunità li copre anche quando essi si recano al luogo di riunione del Parlamento europeo o ne ritornano. L'immunità non può essere invocata nel caso di flagrante delitto e non può inoltre pregiudicare il diritto del Parlamento europeo di togliere l'immunità ad uno dei suoi membri."



TUE)¹¹, lo *status* di parlamentare europeo deriverebbe infatti essenzialmente dall'essere eletti a suffragio universale, libero e segreto, a nulla rilevando eventuali ulteriori prescrizioni di fonte nazionale, che restano invece circoscritte al piano interno. Dunque, il Parlamento europeo prendeva retroattivamente atto, in data 19 dicembre 2019, dell'elezione dei sigg. Puigdemont e Comín.

Intanto, per effetto della redistribuzione dei seggi del Parlamento europeo a seguito del recesso del Regno Unito, risultava eletta deputata per la Spagna, a far data dal 1° febbraio 2020, anche la sig.ra Clara Ponsatí, ex ministra del governo Puigdemont. Il Parlamento europeo, tuttavia, dando seguito alle istanze delle autorità spagnole, revocava l'immunità dei sigg. Puigdemont, Comín e Ponsatí. Sul ricorso in annullamento avverso questa deliberazione, presa il 9 marzo 2021, il Tribunale si è pronunciato con la seconda delle sentenze in commento (T-272/21).

3. LA SENTENZA T-115/90 IRRICEVIBILITÀ DEL RICORSO DEI POLITICI CATALANI

Nel giudizio sul ricorso in annullamento promosso dai sigg. Puigdemont e Comín contro la lettera del Parlamento europeo del 10 dicembre 2019 con cui veniva revocata la loro immunità parlamentare, il Tribunale ha esaminato anzitutto la natura giuridica dell'atto impugnato, onde verificare l'ammissibilità del ricorso a norma dell'art. 263 TFUE.

In primo luogo, rigettando le eccezioni del Parlamento europeo, il Tribunale ha rilevato che la lettera in questione non aveva natura meramente

“informativa” o di “atto intermedio”; il che avrebbe portato, nel solco di una costante giurisprudenza¹², all'irricevibilità dell'azione, proponibile esclusivamente nei confronti degli atti definitivi. Al contrario, il Tribunale ha accertato che la lettera impugnata “è l'unico seguito che è stato dato alla richiesta di difesa dell'immunità dei ricorrenti, la quale non è stata comunicata in Aula né deferita alla commissione competente” (par. 43); inoltre, il riferimento contenuto nella lettera alla sentenza *Junqueras Vies* non poteva essere allegato a sostegno del carattere meramente intermedio dell'atto, poiché “un siffatto riferimento può essere inteso come una risposta all'invocazione, da parte degli autori della richiesta, delle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa in parola” (par. 45); conclusioni orientate nel senso di respingere l'impugnativa del sig. Junqueras.

In secondo luogo, il Tribunale ha valutato se l'atto controverso potesse qualificarsi come una decisione ai sensi dell'art. 288 par. 4, TFUE, e quindi suscettibile di impugnazione mediante un ricorso in annullamento. Il Giudice dell'Unione ha rilevato innanzitutto che “un rifiuto può costituire oggetto di un ricorso d'annullamento [...] allorquando l'atto che l'istituzione rifiuta di emanare avrebbe potuto essere impugnato in forza di tale disposizione” (par. 55). Pertanto, il Tribunale ha valutato se la decisione di difesa dell'immunità parlamentare in capo ai ricorrenti, sollecitata dalla Sig.ra A, potesse produrre effetti giuridici e, per farlo, ha verificato: *i.* che rientrasse tra le attribuzioni del Parlamento europeo, secondo il principio del conferimento, il potere di revocare lo *status* dei suoi membri; *ii.* quale fosse l'efficacia giuridica – vincolante oppure no – del relativo atto.

¹¹ Art. 14, par. 3 Trattato sull'Unione europea: “*I membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto, per un mandato di cinque anni*”.

¹² V. Corte giust., sent. dell'11 novembre 1981, *IBM c. Commissione*, causa 60/81, ECLI:EU:C:1981:264; ordinanza

del 4 ottobre 2007, *Finlandia c. Commissione*, causa C-457/06; Trib., sent. dell'11 dicembre 2012, *Sina Bank c. Consiglio*, causa T-15/11, EU:T:2012:661; sent. del 16 luglio 1998, *Regione Toscana c. Commissione*, causa T-81/97, ECLI:EU:T:1998:180.

Quanto alla questione *sub i.*, il Tribunale ha rigettato l'argomentazione del ricorrente secondo cui, stante il diritto esclusivo del Parlamento europeo di togliere l'immunità *ex art. 9*, comma 3 Protocollo sulle immunità, questa istituzione godrebbe anche del diritto di *non* revocarla, ossia di difenderla. Invero, tali prerogative "rientrano in due esercizi distinti" (par. 64), potendo l'istituzione difendere l'immunità di un deputato solo in *assenza* di una richiesta di revoca dell'immunità. Peraltro, la competenza esclusiva a revocare l'immunità non va intesa nel senso di "decidere, con effetto vincolante, se un deputato benefici o meno dell'immunità prevista all'articolo 9 del protocollo n. 7 per i fatti che gli sono contestati" (par. 65). Pertanto, ne discende che il Parlamento europeo non può adottare decisioni di difesa dell'immunità *ex art. 9* Protoc. sulle immunità produttive di effetti giuridici vincolanti.

Quanto al punto *ii.*, si è trattato di verificare la latitudine degli effetti dell'atto impugnato. Al riguardo, il Tribunale ha rilevato anzitutto che, a norma del citato art. 9 del Protocollo sulle immunità, "sul loro territorio nazionale, i membri del Parlamento europeo beneficiano delle immunità riconosciute, dal diritto nazionale, ai membri del parlamento del loro paese" (par. 74). Questo rinvio formale importa che il contenuto sostanziale dell'immunità parlamentare europea vari in funzione dell'ordinamento nazionale considerato. Esaminando dunque le fonti del diritto spagnolo, emerge che l'art. 71 della Costituzione¹³ "non attribuisce alcuna competenza al Parlamento nazionale per intervenire quando le autorità nazionali non riconoscano l'immunità di un membro del Parlamento nazionale, se del caso, richiedendo la sospensione dell'esercizio dell'azione penale" (par.

78); inoltre, il Parlamento spagnolo non è investito del potere di "difendere l'immunità di uno dei suoi membri quando il giudice nazionale non riconosca tale immunità" (par. 82).

Il Tribunale ha perciò concluso che, nel caso di specie, il Parlamento europeo non era competente ad adottare una decisione vincolante *ex art. 288* TFUE a difesa dell'immunità di un suo deputato. Il Tribunale ha respinto dunque il ricorso in annullamento proposto dai sigg. Puigdemont e Comín perché irricevibile.

4. LA SENTENZA T-272/21: INFONDATEZZA DEL RICORSO DEI POLITICI CATALANI

La seconda pronuncia in commento verte sulla richiesta di annullamento delle tre decisioni con cui, il 9 marzo 2021, il Parlamento dell'Unione europea ha revocato l'immunità dei ricorrenti sigg. Puigdemont, Comín e Ponsatí.

Il ricorso si fondava su otto diversi motivi, che il Tribunale ha esaminato singolarmente, dichiarandoli infondati. Di tali motivi occorre esaminarne, in particolare, due: i presunti vizi del sindacato, da parte del Parlamento europeo, dei requisiti idonei a giustificare una revoca dell'immunità; l'asserito difetto d'imparzialità della Commissione affari giuridici del Parlamento europeo.

Quanto alla prima questione, il Tribunale ha descritto l'iter procedimentale a cui deve attenersi il Parlamento europeo in caso di revoca della garanzia d'immunità di un suo membro (parr. 100 ss.).

Anzitutto, esso deve, "dopo essere stato informato, [...] valutare la situazione di tale membro

¹³ Art. 71 Constitución Española: "1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. 2. Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la

previa autorización de la Cámara respectiva. 3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. 4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras".

alla luce dei fatti all'origine di tale domanda" (par. 101); quindi, il Parlamento deve verificare se tali fatti rappresentino ipotesi di ricerca, detenzione e persecuzione del deputato a motivo delle sue opinioni politiche o dei voti da lui espressi, vietate dall'art. 8 del Protocollo sulle immunità¹⁴. Appurato che non sussistano gli estremi per invocare tale fattispecie, al Parlamento europeo "spetta verificare, in un secondo tempo, se il deputato interessato benefici dell'immunità prevista all'articolo 9 del Protocollo per i fatti di cui trattasi e, in tal caso, decidere se occorra o meno revocare tale immunità sulla base dell'articolo 9, terzo comma, del protocollo n. 7" (*id.*).

Nel caso specifico, la richiesta di revoca è fondata sull'art. 9, comma 1, lett. b) del Protoc. sulle immunità (esenzione da ogni provvedimento di detenzione e da ogni procedimento giudiziario sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di nazionalità). Dopo aver verificato che la procedura sopra descritta sia stata ritualmente eseguita dall'istituzione convenuta (parr. 102-107), e che non sia possibile invocare l'art. 8 Protoc. sulle immunità (in quanto esso "riguarda unicamente le opinioni e i voti espressi dai membri del Parlamento [europeo] nell'esercizio delle loro funzioni parlamentari": par. 149), il Tribunale ha concluso che il motivo di ricorso attinente alla presenza di un vizio nelle decisioni in argomento dovesse essere respinto perché infondato.

Quanto invece alla seconda questione (parr. 219 ss.), gli attori hanno contestato *inter alia* la mancanza, in capo alla Commissione affari giuridici del Parlamento UE, dell'imparzialità necessaria alla deliberazione di un atto revocatorio di diritti. In particolare, si è dedotta la presenza, in detta commissione, di un relatore appartenente al gruppo

politico dei Conservatori e Riformisti Europei (CRE), fra cui rientra, com'è noto, anche il partito politico VOX, che è tra i promotori, in Spagna, delle accuse nei confronti dei sigg. Puigdemont, Comín e Ponsatí.

A tal proposito, il Tribunale ha sottolineato anzitutto la regolarità della nomina del relatore alla stregua dei principi di rotazione convenuti tra i gruppi politici (par. 241). Peraltro, l'istruttoria della revoca dell'immunità è affidata a un organo collegiale — la Commissione parlamentare competente —, non già ad un soggetto individuale; e la composizione di quest'organo è tale, secondo il Regolamento interno, da garantire il rispetto del principio di pluralismo (par. 243). Risulta perciò del tutto irrilevante l'orientamento politico del relatore ai fini di valutare l'imparzialità dell'atto contestato (par. 244), e in mancanza di altre ipotesi di conflitto di interessi in capo al relatore, sulla quale convengono anche i ricorrenti (par. 256), l'argomento di parte attrice deve ritenersi infondato.

5. RILEVANZA POLITICA DELLE PRO- NUNCE IN COMMENTO

La sconfitta giudiziaria di Puigdemont e dei suoi sodali è ricca di implicazioni politiche significative. Non sembra che i ricorsi in appello¹⁵ delle due sentenze — è noto che le decisioni del Tribunale dell'Unione europea sono impugnabili, per soli motivi di diritto, innanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 256 TFUE — potranno ricevere esito diverso, stante la natura della decisione di revoca dell'immunità, che, nella sua cornice procedurale tipica (a cui il Tribunale ha riconosciuto essersi attenuto il Parlamento¹⁶), resta un atto politico discrezionale¹⁷.

¹⁴ Art. 8 Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea: "I membri del Parlamento europeo non possono essere ricercati, detenuti o perseguitati a motivo delle opinioni o dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni".

¹⁵ Pendenti innanzi alla Corte: cause C-573/23 P e T-572/23 P.

¹⁶ Cfr. parr. 100 ss. sent. T-272/21.

¹⁷ Cfr. parr. 225 e 242 sent. T-272/21.

Peraltro, il sig. Puigdemont non ha mancato di deplorare un'Europa in cui "il dissenso politico è minacciato"¹⁸. Ad ogni modo, se pare discutibile che le due sentenze in commento abbiano prodotto in capo ai soccombenti una "lesione dei diritti fondamentali"¹⁹, due conseguenze discendono invece certamente da esse. In primo luogo, il giudice istruttore della Corte Suprema spagnola Llarena, responsabile dell'indagine penale sul caso Puigdemont, ha già emesso (24 luglio 2023) un mandato d'arresto internazionale e un mandato d'arresto europeo a carico dell'ex presidente catalano e del suo assessore Comín. Ciò comporta che, se fino ad ora i fuggitivi sono riusciti a eludere l'azione penale nei loro confronti, adesso la giustizia belga, in esecuzione del mandato d'arresto, potrebbe autorizzare la loro consegna alle autorità spagnole. In secondo luogo, il perdurante esilio dei ricorrenti impedirà loro di prestare giuramento sulla Costituzione e di diventare, così, membri di diritto del Parlamento europeo; per cui, allo stato, essi non potranno dare alcun seguito al mandato elettorale.

Nondimeno, nella rocambolesca congiuntura politica che il Regno di Spagna si è trovato a vivere poche settimane dopo le due pronunce del Tribunale, il sig. Puigdemont, e più in generale il fronte indipendentista catalano, è tornato ad essere una figura chiave nell'agone politico iberico. Infatti, alle elezioni parlamentari spagnole celebrate il 23 luglio 2023, lo stallo delle maggioranze ha aperto una ardua fase di contrattazioni; e il partito di Puigdemont, *Junts per Catalunya*, vi gioca un ruolo di prim'ordine. I suoi soli sette deputati, infatti, potrebbero rivelarsi imprescindibili per formare un governo guidato dal socialista Sánchez; salvo il rischio, per quest'ultimo, di alienarsi i favori di una cospicua parte dell'elettorato, che guarda con antipatia alla causa indipendentista catalana. Per il

momento, i deputati di *Junts* hanno già fatto da ago della bilancia per l'elezione della socialista Armentgol a presidente del Congresso (la camera bassa dell'organo legislativo spagnolo), avvenuta con 178 voti a favore su 350 totali.

Peraltro, v'è da ricordare che ad oggi già nove figure di spicco del fronte indipendentista hanno ricevuto la grazia dal governo spagnolo. E proprio in questo senso — amnistia per tutti i politici secessionisti con procedimenti penali pendenti dal 2017 — sembra andare la proposta cui il segretario di *Junts*, Jordi Trull, ha subordinato la propria disponibilità a un accordo di maggioranza²⁰.

6. CONCLUSIONI

La revoca dell'immunità parlamentare di Puigdemont, Comín e Ponsatí e le successive pronunce T-115/20 e T-272/21 hanno messo nuovamente²¹ in discussione la legittimazione sovranazionale dell'indipendentismo catalano. Si è cercato tuttavia di sottolineare che alla gravità politica *comunitaria* delle pronunce, le quali hanno confermato la revoca dello *status* di deputato di tre membri del Parlamento europeo, non ha fatto seguito un reale indebolimento *interno* del fronte secessionista, che anzi sembra essere divenuto ago della bilancia nelle consultazioni governative. Al più, per chi volesse cercare il punto debole di questa galassia in espansione, si potrebbe indicare non già il suo screditamento sul piano sovranazionale, quanto il possibile sopravvento delle transazioni politiche contingenti sulle battaglie comuni. Certo, queste ultime restano il collante su cui si cimenta il fronte catalano: basti ricordare che la proposta di accordo politico avanzata dal segretario Trull è legata all'amnistia dei promotori del referendum oltre che alla garanzia di celebrazione di un nuovo referendum per la

¹⁸ *Catalogna: Puigdemont farà ricorso*, in *Europa dissenso politico è minacciato*, in *www.lapresse.it*, 5 luglio 2023.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Carles Puigdemont, ancora lui*, in *www.ilpost.it*, 25 luglio 2023.

²¹ Cfr. la già citata sent. *Junqueras Vies*, C-502/19.



Catalogna. V'è comunque da badare a che il mercato delle alleanze, cui il fronte indipendentista pare pronto a prestarsi, non adulteri le rivendicazioni originarie, che rischiano di sfumare tra i compromessi di una coalizione governativa; valga, su tutti, l'esempio del naufragio del secessionismo padano.

Non resta che approfondire un ultimo risvolto di questa articolata vicenda giudiziaria. È il caso infatti di chiedersi se la giurisprudenza in esame — per adesso, l'unica in questa materia così delicata — possa assumere portata di precedente per casi analoghi, riferibili a ulteriori spinte autonomistiche che minacciano l'unità e l'indivisibilità di alcuni Stati membri. Il riferimento è a taluni movimenti, invero oggi di scarso peso politico, che potrebbero però, in un futuro più o meno prossimo, presentare ulteriori sfide al principio di sovranità territoriale. Escludendo realtà come il Partito Nazionalista Basco, soggetto politico di una certa rilevanza ma che fino ad ora non ha realizzato iniziative tanto eclatanti come quella degli omologhi catalani, occorre citare il Fronte di Liberazione Nazionale Corso (FLNC); il Partito Nazionale Scozzese (PNS), di ispirazione europeista e quindi ancor più in contesa con il Regno Unito; il Movimento Fiammingo (MF); il Movimento per l'Autonomia della Slesia (MAS); e da ultime, le piccole realtà dei separatisti veneti, altoatesini e sardi.

Orbene, le vicende concernenti il sig. Puigdemont e i suoi ministri sono legate a un contesto politico e normativo ben individuato: in quest'ottica va preso in considerazione il rinvio formale, nella sentenza T-115/20 (par. 74), al diritto spagnolo per la definizione del contenuto delle immunità parlamentari, nonché la previsione, nella costituzione

spagnola, del principio di indivisibilità dello Stato (art. 2), insormontabile ostacolo alla legittimità del referendum del 2017. Dunque, non è escluso che in ordinamenti diversi da quello spagnolo (certamente però non in quello italiano, che ha un vincolo costituzionale analogo all'art. 5 Cost.²²), le spinte centrifughe possano avere la meglio sulle resistenze unitaristiche. Non è un caso, infatti, che da più parti si parli, con riferimento ad alcune delle realtà sopra citate, di "Stati in gestazione"²³.

Tuttavia, si ritiene che, nell'odierno assetto dell'integrazione europea, uno sfibramento della sovranità territoriale degli Stati membri non possa che avere conseguenze esiziali sul piano sovranazionale. Infatti, la perdita di capitale geopolitico — che, è bene ricordarlo, dipende ancora per molti versi dal fattore territoriale — indebolirebbe gli Stati firmatari degli accordi istitutivi, minando di riflesso l'intera architettura dell'Unione europea. L'Europa allora, costretta a reggere la sfida di attori emergenti, alieni al paradigma democratico-liberale, nonché a mantenere relazioni interessate con i suoi alleati d'oltreoceano, correrebbe il rischio o di venire soggiogata dai primi, o di degradare da clientela ad ancillarità il suo rapporto con i secondi.

In conclusione, astraendo dalle specificità del caso concreto, sembra innegabile che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea sia orientata a sostenere i decisori comunitari (nel caso di specie, il Parlamento europeo) quando ritualmente assumano atti politicamente gravi, volti a stigmatizzare casi di violazione di principi fondamentali dell'ordinamento interno, fra cui l'indivisibilità dello Stato²⁴: e non ci si sbaglierebbe a pensare che, censurando simili attentati all'unità statale, si rechi servizio a un'Europa coesa e

²² Costituzione della Repubblica Italiana, art. 5: "La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento".

²³ F. PETRONI, *Stati in gestazione?*, con carta di L. CARNALI, in *Limes*, 27 ottobre 2017.

²⁴ Di questa circostanza si è ben sottolineato in dottrina un risvolto politico "paradossale", vale a dire l'improbabile sodalizio tra i fautori del sovranismo nazionale e i decisori politici

seriamente disposta alla cooperazione, piuttosto che ostaggio di piccole antipatie provinciali.

comunitari: «S'il est banal chez les souverainistes de prétendre que l'Union a pu affaiblir ses Etats membres, la crise catalane et son déroulement révèlent très exactement l'inverse. D'abord car l'attrait européen et le risque de devoir s'en priver [...] constitue une puissante barrière défensive pour le maintien au sein de l'Etat que l'on est tenté de quitter. Ensuite car

l'Union, ses dirigeants et son droit, ainsi pris à témoin par le choix des nationalistes d'europeaniser la crise pour espérer la dénouer, s'avèrent être les premiers défenseurs de l'intégrité territoriale d'Etats membres» (B. NASCIMBENE, H. LABAYLE, op. cit. supra).



I DIRITTI DEGLI ANZIANI E I LIMITI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE. IL CASO CUBANO COME TENTATIVO DI IMPLEMENTAZIONE DOMESTICA

di **Francesco VIGGIANI***

ABSTRACT

L'invecchiamento della popolazione è un fenomeno destinato a caratterizzare sempre più il tessuto sociale generalmente inteso. Ciò nonostante, il quadro normativo internazionale risulta ancora oggi contrassegnato da un elevato grado di frammentarietà, oltre che da un numero ridotto di fonti normative dedicate nello specifico alla tutela degli anziani. Il contributo pone in raffronto, sul piano dell'adattamento interno, siffatta situazione con la risposta dell'ordinamento cubano allo stesso trend che riguarda oramai da tempo la sua popolazione, cercando di evidenziare le "aperture" e le "chiusure" che Cuba traccia rispetto a ciò che viene disciplinato all'esterno dei suoi "confini legislativi".

The aging of the population is a phenomenon destined to increasingly characterize the generally understood social fabric. Nevertheless, the international regulatory framework is still characterized by a high degree of fragmentation, as well as by a scarce number of regulatory sources specifically dedicated to the protection of the elderly. The article compares, in terms of internal adaptation, this situation with the response of the Cuban legal system to the same trend that has been affecting its population for some time now, trying to highlight the "openings" and "closures" that Cuba traces towards what is regulated outside its "legislative boundaries".

SOMMARIO

1. **Premessa 194**
2. **Le reazioni dall'alto o dall'esterno 196**
3. **Le fonti non vincolanti..... 196**

4. **Le fonti vincolanti 199**
5. **Il principio di dignità quale perno normativo 200**
6. **Uno sguardo di insieme all'ordinamento cubano 203**
7. **Conclusioni..... 206**

1. PREMESSA

Secondo le stime indicate dal *Department of Economic and Social Affairs* (DESA) delle Nazioni Unite contenute all'interno del *world social report 2023*¹, il numero di persone con più di 65 anni di età è destinato a raddoppiare nell'arco dei prossimi tre decenni, raggiungendo l'1,6 miliardi di persone nel 2050, quando gli anziani rappresenteranno più del 16 % della popolazione mondiale. Tali previsioni sono affini a quanto stimato dalla *World Health Organization* (WHO - OMS), secondo la quale nel 2050 le persone con più di 60 anni di età saranno circa 2,1 miliardi². In senso figurativo, si potrebbe far riferimento alla piramide rovesciata di Jean-Claude Chesnais, dove a fungere da base è il vertice che rappresenta le persone con un'età compresa tra 0 e 14 anni, mentre la cima viene raffigurata dalla parte più larga della struttura e ritrae la popolazione ultrasessantenne³.

* Dottore di Ricerca in Diritto internazionale (2022), è Assegnista di Ricerca in Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università del Salento.

¹ ONU, Department of Economic and Social Affairs (DESA), *World Social Report 2023: leaving no one behind in an ageing world*, in <https://social.desa.un.org/sites/default/files/publications/2023-02/WorldSocialReport2023.pdf>.

² WHO, *Ageing*, in https://www.who.int/health-topics/ageing#tab=tab_1.

³ J. C. CHESNAI, *El proceso de envejecimiento de la población*. Santiago de Chile: ONU-CEPAL-CELADE (Centro Latinoamericano de Demografía), 1990, in <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/50353bc2-59f0-4d9a-924b-5818858099a7/content>.

È pertanto indubbio come il processo di invecchiamento sia la trasformazione demografica più importante della nostra epoca⁴; un *trend* di inversione che caratterizzerà il futuro dell'umanità.

Rimanendo in tale spazio di generalizzazione, si può sostenere che la diffusa crisi economica e lavorativa, il conseguente calo di natalità, l'aumento dei flussi migratori e le innovazioni in ambito medico-farmaceutico, siano talune delle principali concause che da anni accrescono, al contempo, il tasso di anzianità e della longevità della popolazione. In questa sede, però, il discorso non vuole fermarsi ad un livello generale o ampio; piuttosto, l'idea è quella di “scendere nel particolare”, ovvero alle reazioni di un singolo ordinamento ad un andamento oramai generalizzato, come visto.

La scelta del punto focale dell'analisi è il frutto di un raffronto tra due realtà – quella

internazionale e quella cubana – che oggi si trovano di fronte alle stesse questioni legate al fenomeno invecchiamento che, lungi dal dover essere visto come necessariamente problematico, segna un mutamento evolutivo della storia dell'uomo.

In particolar modo, Cuba spicca tra le nazioni latinoamericane per il maggior numero di “anziani”⁵: il 21,3 % della sua popolazione supera i 60 anni di età⁶ che, verosimilmente, passerà al 25 % già nel 2025⁷. Una nazione “*agè*”, pertanto, che deve fare i conti con questa nuova condizione cercando di abbandonare il binomio malattia-cura in favore un approccio positivo orientato al futuro e basato – come vedremo nel corso della trattazione – sui concetti di vulnerabilità, di dignità e di opportunità.

Ma più che di analisi comparatistica, si cercherà di comprendere quali siano state le reazioni

⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía*, in <https://bit.ly/3rqWpMm>.

⁵ Come sancito all'articolo 2 della *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, adottata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) il 15 giugno del 2015, ed entrata in vigore l'11 gennaio 2017, «*a los efectos de la presente Convención se entiende por: [...] “Persona mayor”: aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor*». Pertanto, dai 60/65 anni di età, generalmente, si parla di persona anziana. Volendo seguire la classificazione delineata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS o WHO), nella fascia di età compresa tra i 60 ai 74 anni si parla di “età avanzata”, in quella che va dai 75 ai 90 di “anziani”, mentre dai 90 anni in poi di “longevi”. Sul punto: T. DELGADO VERGARA e J. PEREIRA PÉREZ, *Protección legal y vejez inclusiva de la persona adulta mayor. Panorama en Cuba con especial referencia al Derecho civil y familiar*, in L. B. PÉREZ GALLARDO e D. CÁNOVAS GONZÁLEZ (a cura di), *Las familias en la Constitución*, Santiago-Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 397; J. PEREIRA PÉREZ, *Miradas para una vejez inclusiva: ¿Turismo accesible para todos?*, in Y. ARENCIBIA FLEITAS, A. J. MÉNDEZ LÓPEZ, I. GUIROLA RODRÍGUEZ e P. A. BUSOT SILVA (a cura di), *Miradas socio-comunitarias y jurídico-*

políticas a la actividad turística sostenible en contextos iberoamericanos, València, Educàlia Editorial, 2022, p. 103. Secondo la classificazione dell'Associazione Internazionale Psicogeriatrics (IPA) si distinguono le fasce d'età dai 55 ai 64 anni come “giovani maturi”, dai 65 ai 74 come “anziani maturi”, dai 75 agli 84 come anziani, e dagli 85 in poi come “novantenni” o “centenari”. Sul punto P. ARÉS MUZIO, *Familias y adultos mayores en Cuba*, cit., p. 19. Altri, invece, differenziano la vecchiaia per “stadi”: il primo riguarda semplicemente gli anziani, il secondo stadio gli anziani con disabilità, mentre il terzo quelli in situazione di disabilità e di dipendenza. Si veda M. S. CISTERNAS, *Intersección entre la edad de la vejez y la condición de discapacidad*, in S. HUENCHUAN (a cura di), *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*, Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020, p. 49.

⁶ J. PEREIRA PÉREZ, *Una mirada prospectiva a los derechos de las personas adultas mayores en las relaciones familiares*, in C. A. AGURTO GONZÁLES, S. L. QUEQUEJANA MAMANI, B. CHOQUE CUENCA (a cura di), *Un nuevo derecho para las familias (a propósito del nuevo código de las familias de Cuba)*, Santiago-Chile, Edición Olejnik, 2023, p. 690.

⁷ T. DELGADO VERGARA e J. PEREIRA PÉREZ, *El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusión Jurídica. Aging: a demographic phenomenon with legal repercussions*, in CEDEM / *Novedades en población*, 2017, p. 25, in <http://www.novpop.uh.cu>.



a tale fenomeno da parte del diritto internazionale, da un lato, e dell'ordinamento cubano dall'altro, provando ad evidenziare le interazioni, o le "chiure", tra questi due semicerchi, oltre che la *chiave* che funge da perno risolutivo tra le fonti normative di questi due insiemi.

Dall'alto verso il basso, dunque, o dal basso verso l'alto, come si avrà modo di vedere. O meglio, dall'esterno all'interno, e viceversa. Dove per "alto", o "esterno", s'intendono le dimensioni sovranazionali ed internazionali, mentre per "basso", o "interno", si vuole indicare lo spazio nazionale.

2. LE REAZIONI DALL'ALTO O DALL'ESTERNO

Il fenomeno dell'invecchiamento, e della conseguente tutela normativa degli anziani, non è di certo uno di quegli ambiti che ha trovato nel tempo una così marcata attenzione da parte del diritto internazionale. Ciò nonostante, pare quanto mai opportuno delineare il quadro giuridico che dal punto di vista regionale ed universale attiene direttamente, quanto indirettamente, al diritto degli anziani.

A tal proposito, la disamina che segue sarà declinata in due parti: la prima relativa alle fonti di *soft law* – ovvero non obbligatorie⁸ – la seconda, invece, afferente alle fonti di natura vincolante.

3. LE FONTI NON VINCOLANTI

⁸ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 46.

⁹ ONU, GA, 10 dicembre 1948, *Universal Declaration of Human Rights*, Ris. n. 219077A, Parigi.

¹⁰ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 65.

¹¹ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale: ultimi sviluppi nella prassi dei sistemi europeo e interamericano di protezione dei diritti umani*, in V. LORUBBIO E M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, Erickson, 2023, pp. 113 ss.

Sebbene venga oramai considerata quale "codice etico" globale, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁹ si colloca tecnicamente all'interno della prima tipologia di fonti qui indicate¹⁰. In essa non vi è alcuna disposizione dedicata specificamente agli anziani; tuttavia, possono scorgersi alcuni diritti strettamente connessi all'invecchiamento.

Ad esempio, l'articolo 25 sancisce il diritto di ogni individuo «[...] to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including [...] medical care and necessary social services [...] security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age [...]».

Le Nazioni Unite hanno però mostrato nel tempo un'attenzione crescente sul tema. Ed invero, diverse sono state le risoluzioni dalla stessa organizzazione adottate rispetto all'invecchiamento¹¹. È possibile citare, ad esempio, la Risoluzione n. 37/51 del 1982¹², per mezzo della quale veniva approvato il Piano di azione internazionale sull'invecchiamento. Tale piano veniva a delinarsi al culmine della prima Assemblea Mondiale sull'invecchiamento tenutasi a Vienna¹³ e, muovendo dalla ferma convinzione che i diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale del 1948 dovessero trovare piena attuazione anche rispetto agli anziani, incoraggiava gli stati ad affrontare la questione in un'ottica di cooperazione internazionale, promuovendo il c.d. "invecchiamento attivo" (o "active ageing"), come definito successivamente dall'Organizzazione mondiale della sanità¹⁴.

¹² ONU, GA, 3 dicembre 1982, *Question of ageing*, Ris. n. 37/51, A7RES/37/51, New York.

¹³ ONU, 22 luglio – 6 agosto 1982, *International plan of action on ageing*, Vienna.

¹⁴ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS o WHO) aveva già utilizzato questo termine in occasione della World Health Day del 1999, per poi chiarirne il significato nel 2002 con il documento *Active Ageing. A Policy Framework*, secondo cui l'«active ageing is the process of optimizing opportunities for health, participation and security in order to enhance quality of life as people age».

Degne di nota sono, altresì, le Risoluzioni dedicate agli anziani adottate dall'ONU nei primi anni Novanta, come: la Risoluzione n. 45/106 del 1991¹⁵ con la quale veniva proclamata la giornata internazionale delle persone anziane; la Risoluzione n. 46/91 dello stesso anno che adottava i Principi per le persone anziane¹⁶; o ancora, la Risoluzione n. 47/5 del 1992¹⁷ concernente la collaborazione tra vecchie e nuove generazioni; ed infine, quella relativa ai principi guida indispensabili per un'attuazione concreta delle azioni da intraprendere in materia¹⁸.

Altrettanto rilevante è l'istituzione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹⁹ dell'*Open Ended Working Group on Ageing* (OEWGA), pensato – sulla scorta del *Madrid International Plan of Action on Ageing del 2002* (MIPAA)²⁰ – per il rafforzamento dei diritti umani delle persone anziane, per identificare eventuali falle nella cornice normativa internazionale e per formulare proposte per il loro superamento. In tale contesto, all'OEWGA è affidato l'ulteriore compito di esaminare la fattibilità e

la messa in opera di ulteriori strumenti e misure giuridiche internazionali; ed è proprio sulla scorta di questa funzione, che la Risoluzione n. 67/139 chiedeva a tale istituto di valutare la possibilità di adottare soluzioni normative specifiche di carattere internazionale²¹.

Nel 2013 il Consiglio ONU per i diritti umani (HRC) ha invece istituito la figura dell'Esperto indipendente in materia di godimento di tutti i diritti umani da parte delle persone anziane²², al fine di esplorare le ricadute in termini di diritti umani del processo di implementazione del MIPAA, anche attraverso la raccolta di buone prassi segnalate da stati, istituzioni e organismi della società civile²³.

Tre anni dopo, la sessantanovesima Assemblea Mondiale sulla Salute ha approvato la *Global strategy and action plan on ageing and health 2016-2020*²⁴, conformando le linee guida in essa delineate con gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable*

Disponibile su: <https://extranet.who.int/agefriendlyworld/wp-content/uploads/2014/06/WHO-Active-Ageing-Framework.pdf>.

¹⁵ ONU, GA, 7 febbraio 1991, *Implementation of the international plan of action on ageing and related activities*, Ris. n. 45/106, A/RES/45/106, New York.

¹⁶ ONU, GA, 16 dicembre 1991, *Principles for older persons*, Ris. n. 46/91, A/RES/46/91, New York.

¹⁷ ONU, GA, 16 ottobre 1992, *Declaration on ageing*, Ris. n. 47/5, A/RES/47/5, New York.

¹⁸ ONU, GA, 16 dicembre 1992, *Implementation of the international plan of action on ageing, integration of older persons in development*, Ris. n. 47/86, A/RES/47/86, New York.

¹⁹ ONU, GA, 21 dicembre 2010, *Follow-up to the Second World Assembly on Ageing*, Ris. n. 65/182, A/RES/65/182, New York.

²⁰ ONU, 8-12 aprile 2002, *Report of the second world assembly on ageing*, A/CONF.1979, Madrid. Ratificato con ONU GA, 18 dicembre 2002, *Follow-up to the Second World Assembly on Ageing*, Ris. n. 57/167, A/RES/57/167, New York. Tra i commitments MIPAA più rilevanti si possono elencare: 1. Tema dell'invecchiamento in tutte le politiche pubbliche; 2. Integrazione e partecipazione degli anziani nella società; 3. Crescita

economica equa e sostenibile; 4. Adattare i sistemi di protezione sociale; 5. Preparare il mercato del lavoro; 6. Apprendimento lungo tutto l'arco della vita; 7. Qualità della vita e vita indipendente; 8. Approccio di genere; 9. Sostegno ad assistenza informale agli anziani e solidarietà.

²¹ ONU, GA, 20 dicembre 2012, *Towards a comprehensive and integral international legal instrument to promote and to protect the rights and dignity of older persons*, Ris. n. 67/139, A/RES/67/139, New York.

²² ONU, HRC, 27 settembre 2013, *The human rights of older persons*, Ris. n. 24/20, A/HRC/RES/24/20, New York. Rinnovato con ONU HRC, *The human rights of older persons*, Ris. n. 51/4, A/HRC/RES/51/4, New York.

²³ K. CHAINOGLU, K., *Human Rights Convention for Older Persons*, in D. GU, M. E. DUPRE (a cura di), *Encyclopedia of Gerontology and Population Aging*, Cham: Springer Nature Switzerland, 2019.

²⁴ OMS, 28 maggio 2016, *The Sixty-ninth World Health Assembly, The Global strategy and action plan on ageing and health 2016-2020: towards a world in which everyone can live a long and healthy life*, WHA69.3.

Development Goals – SDG)²⁵ dell'Agenda 2030²⁶ al fine di perseguire un approccio trasformativo dell'invecchiamento grazie al quale le persone anziane siano messe in grado di affrontare la complessità e i cambiamenti in corso nei loro contesti di vita, fornendo loro la possibilità e gli strumenti per contribuire attivamente ad un ambiente sociale che rispetti la loro dignità e i loro diritti²⁷.

Di recente, si denota una ulteriore specifica attenzione da parte delle Nazioni Unite sull'argomento. E questo, sia tramite il Consiglio Economico e Sociale, intenzionato ad incoraggiare gli stati membri ad inserire una costante attenzione all'invecchiamento nei vari contesti di *policy*²⁸, che tramite, da un lato, l'Assemblea Generale, con la proclamazione della *The United Nations Decade of Healthy Ageing 2020-2030*²⁹, e dall'altro, per mezzo dell'HRC con la Risoluzione n. 48/3 del 2021³⁰

²⁵ Tra gli SDGs più affini all'oggetto di tale contributo si possono citare: Goal 1. End poverty in all its forms everywhere; Goal 3. Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages; Goal 4. Ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all; Goal 5. Achieve gender equality and empower all women and girls; Goal 8. Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all; Goal 10. Reduce inequality within and among countries; Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels.

²⁶ ONU, GA, 25 settembre 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Ris. n. 70/1, A/RES/70/1, New York. Vedi anche J. C. A. FRAGA, M. M. CORREA, (2019-2020), *Cambios en la estructura etaria de la población en Cuba*, Havana, in Rev. Temas, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 5.

²⁷ F. BARBARELLA, P. CHECCUCCI et al., *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Italia. Rapporto sullo stato dell'arte*, 2020, pp. 13 ss., in <https://famiglia.governo.it/media/2132/le-politiche-per-l-invecchiamento-attivo-in-italia.pdf>.

²⁸ ONU, *Economic and Social Council*, 8 maggio 2018, Ris. n. 2018/6, E/RES/2018/6, New York, in https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2018/6.

volta ad incoraggiare gli stati nella lotta contro il c.d. "ageism"³¹ e la violenza nei confronti degli anziani.

Anche negli ambiti regionali che qui interessano si possono individuare delle norme di *soft law*. Ad esempio, a livello europeo si può far riferimento al Rapporto stilato nel 2020 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (*EU Agency for Fundamental Rights*, 2020)³², che pone l'accento sulla necessità di tutelare le persone che vivono in contesti istituzionalizzati, come le case di cura; o alla Carta Europea sui diritti e le responsabilità degli anziani bisognosi di assistenza del 2010.

Nello spazio interamericano, invece, tra le fonti normative non vincolanti troviamo esempi che tratteggiano un'attenzione rivolta sia agli anziani in materia di accesso alla Giustizia³³, sia alle cure mediche³⁴.

²⁹ ONU, GA, 14 dicembre 2020, *The United Nations decade of healthy ageing*, A/RES/75/131, New York.

³⁰ ONU, HRC, 7 ottobre 2021, *Human rights of older persons*, Ris. n. 48/3, A/HRC/RES/48/3, New York.

³¹ Con il termine "ageism" si suole indicare «[...] un fenomeno sociale [...] che consta in primo luogo nella perpetuazione di stereotipi e pregiudizi basati sull'età, ma anche una vera e propria forma di discriminazione sistemica [...]. L'ageism si compone di tre fattori qualificanti: la presenza di attitudini pregiudizievoli nei confronti della vecchiaia, delle persone anziane e dell'invecchiamento; quella di pratiche discriminatorie; la diffusione di prassi istituzionali e politiche che spesso [...] perpetrano credenze stereotipate in relazione agli individui anziani». Così M. G. BERNARDINI, *Le vulnerabilità dell'età senile: una prospettiva giusfilosofica*, in V. LORUBBIO V. E M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, Erickson, 2023, pp. 98, 101; Cfr. J. BUTLER, *Age-ism: Another form of bigotry*, in «*Gerontologist*», vol. 9, n. 4, pp. 243-246, 1969.

³² V. LORUBBIO, *La considerazione delle persone vulnerabili tra forti proclami internazionali e deboli risposte interne, durante la prima fase di vigenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in DPCE online, vol. 2, 2020, p. 2630.

³³ Approvate all'interno del XIV Judicial Summit Iberoamericano, tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008. Disponibile su: www.osce.org/odihr/68082?download=true.

³⁴ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 10 aprile 2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Ris. n. 1/2020. Si veda anche: V. LORUBBIO, *La*

4. LE FONTI VINCOLANTI

Passando ora in rassegna le fonti vincolanti, non può che prendersi in considerazione il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966³⁵. Questo, seppur solo indirettamente³⁶, contiene delle disposizioni che possono considerarsi rilevanti per la tutela degli anziani, come: il diritto alla sicurezza sociale (art. 9), il diritto un tenore di vita adeguato (art. 11) ed il diritto di godere della miglior condizione possibile in termini di salute fisica e mentale (art. 12).

Possono trovare parimenti rilievo altre fonti pattizie. Ne è un esempio la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (UNCAT)³⁷ e la “vicina” Convenzione europea del Consiglio d'Europa dell'87³⁸; al pari della Carta Sociale del Consiglio d'Europa (CSE) del 1996³⁹, che all'articolo 23 impone agli stati firmatari di adottare adeguate misure volte a consentire alle persone anziane di conservare il loro posto come membri della società, oltre che a scegliere liberamente il proprio stile di vita e di

ricevere un'adeguata assistenza qualora vivessero in una situazione istituzionalizzata⁴⁰.

Lo stesso può desumersi dalla Convenzione di Oviedo – il cui articolo 3 sancisce il principio di equità dell'accesso all'assistenza sanitaria vietando così discriminazioni basate sull'età –; o ancora, la Convenzione sulle persone con disabilità del 2006, il cui ambito di applicazione risulta spesso fisiologicamente estendibile agli anziani che versano in tale situazione⁴¹.

A livello regionale si possono citare la Carta di Nizza del 2000⁴² (CDFUE) – i cui articoli 21 e 25 fanno riferimento, rispettivamente, al divieto di discriminazione, tra gli altri motivi, anche per l'età, ed al «[...] diritto per gli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale» –; mentre, per l'America Latina, la Convenzione americana sui diritti umani del 1969⁴³ e, soprattutto, la *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* (CIPDHPM) del 2015⁴⁴. Ad oggi quest'ultima risulta l'unico strumento giuridicamente vincolante pensato nello specifico per la tutela delle persone anziane. Oltre ad avere il pregio, come

tutela dei soggetti vulnerabili, in *DPCE online*, vol. 1, 2020, p. 662; ID, *La considerazione delle persone vulnerabili*, cit., p. 2620.

³⁵ ONU, GA, 16 dicembre 1966, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Ris. n. 2200A (XXI), New York, entrato in vigore il 23 marzo 1976.

³⁶ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale*, cit., p. 116.

³⁷ ONU, GA, 10 dicembre 1984, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Ris. n. 39/46, A/RES/39/46, New York, entrata in vigore il 26 giugno 1986.

³⁸ CdE, Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti, 26 novembre 1987, Strasburgo, entrata in vigore il 1 febbraio 1989. Che, come specificato dal Comitato per la Prevenzione alla Tortura (CPT) del Consiglio d'Europa, vede tra i luoghi di “presidio” di questa tutela anche le residenze per i disabili e gli anziani. Si veda: CPT, 20 marzo 2020, *Statement of principles*

relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic, in rm.coe.int/16809cfa4b; V. LORUBBIO, *La considerazione delle persone vulnerabili*, cit., p. 2630.

³⁹ CdE, Carta Sociale del Consiglio d'Europa (CSE), 3 maggio 1996, Strasburgo.

⁴⁰ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale*, cit., p. 122.

⁴¹ T. DELGADO VERGARA E J. PEREIRA PÉREZ, *El envejecimiento*, cit., p. 29.

⁴² CDFUE, Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, 7 dicembre 2000, 2000/C 364/01, Nizza.

⁴³ OSA, 22 novembre 1969, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, Costa Rica, entrata in vigore il 18 luglio 1978.

⁴⁴ OSA, 15 giugno 2015, *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Washington, D.C., entrata in vigore l'11 gennaio 2017.



visto in precedenza⁴⁵, di definire coloro i quali possano rientrare in tale termine, il trattato si prefigge come scopo precipuo quello di elaborare i diritti soggettivi e le libertà fondamentali delle persone in età avanzata, basando la struttura giuridica su quattro valori fondamentali (“*core values*”): uguaglianza, dignità, non discriminazione, integrazione e autonomia⁴⁶.

A guardar bene, alcune disposizioni sembrano il frutto di una reinterpretazione di alcuni principi “classici” declinata su misura per gli anziani⁴⁷. Si pensi al combinato disposto degli articoli 2 e 5, per mezzo dei quali si sancisce l’uguaglianza e la non discriminazione in base all’età, definendo tale ultimo concetto come: «[c]ualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada».

Per lo stesso motivo possono trovare menzione gli articoli 9 e 10, relativi al diritto ad una vita priva di violenza e libera dalla tortura o altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Altri, invece, vengono definiti come diritti «emergenti»⁴⁸ – o «nuovi diritti»⁴⁹ –, come ad esempio: la dignità durante la vecchiaia (articolo 6), l’autonomia e l’indipendenza (articolo 7), l’integrazione e la partecipazione all’interno della comunità (articolo 8), ed infine, il diritto alle cure a lungo termine (articolo 12)⁵⁰.

⁴⁵ V. nota 5.

⁴⁶ F. SEATZU, *Sulla convenzione dell’organizzazione degli stati americani sui diritti delle persone anziane*, in *Anuario español de derecho internacional*, vol. 31, pp. 347-364, 2015, p. 358.

⁴⁷ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale*, cit. p. 125.

⁴⁸ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale*, cit., p. 123.

⁴⁹ J. PEREIRA PÉREZ, *Una mirada prospectiva a los derechos de las personas adultas mayores en las relaciones familiares*, cit., p. 692.

Ulteriori elementi apprezzabili della Convenzione in discorso vengono rappresentati, in primo luogo, dall’impegno assunto dagli stati firmatari di sensibilizzare le rispettive società rispetto al tema (articolo 32), promuovendo: (lettera *b*) «[...] un atteggiamento positivo nei confronti della vecchiaia e il trattamento dignitoso, rispettoso e premuroso delle persone anziane [...]»; (lettera *c*) «[...] programmi per sensibilizzazione la popolazione sull’invecchiamento e sulle persone anziane [...]»; (lettera *e*) «[...] il riconoscimento dell’esperienza, della saggezza, della produttività e del contributo allo sviluppo che le persone anziane apportano alla società nel suo complesso»; in secondo luogo, dall’istituzione del *Comité de Expertos* (articolo 35), un organo di monitoraggio dei progressi compiuti a livello nazionale, deputato altresì al recepimento di rapporti da parte degli stati contraenti sulle modalità di applicazione interne.

5. IL PRINCIPIO DI DIGNITÀ QUALE PERNO NORMATIVO

Dall’analisi sin qui posta in essere emerge una situazione normativa caratterizzata da un elevato grado di frammentarietà⁵¹, quanto di carenza di vincolatività giuridica di respiro universale. In altre parole, seppur in un “divenire” crescente, manca ad oggi una disciplina internazionale sistematica⁵²

⁵⁰ L. PÉREZ GALLARDO, J. PEREIRA PÉREZ, *Del cuidado familiar como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios*, in *Revista de Derecho Privado*, n. 4, pp. 3-24, 2023, p. 5.

⁵¹ S. SOLIDORO, *La tutela degli anziani nel diritto internazionale*, cit., p. 116.

⁵² I. DORON I., A. NUMHAUSER-HENNING, B. SPANIER, N. GEORGANTZI N. e E. MANTOVANI, *Ageism and anti-ageism in the legal system: A review of key themes*, in L. AYALON e C. TESH-RÖMER (a cura di), *Contemporary perspectives on ageism*, Cham, Springer Nature, 2018, p. 307.



rivolta agli anziani nello specifico⁵³. Sebbene non manchi chi abbia scorto in una normativa rivolta *tout court* all'anziano una potenziale fonte di pericolo per lo stesso, perché possibile causa di ulteriore emarginazione⁵⁴, è innegabile come tali soggetti non trovino un *proprio* spazio a livello internazionale. È come se fossero in un certo qual modo “invisibili” – o «*undercommons*»⁵⁵ – agli occhi del diritto pattizio e della società.

Orbene, in casi come questo le fonti che secondo il diritto internazionale potrebbero trovare applicazione sono i c.d. principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, così come previsto dall'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG)⁵⁶. Secondo l'interpretazione comune che si dà a tale disposizione, si tratterebbe di fonti alle quali far riferimento là dove manchino norme pattizie o consuetudinarie applicabili al caso concreto. Dunque, si tratterebbe di fonti non scritte utilizzabili nei casi di un *deficit* normativo, ecco perché poste dall'articolo in questione

⁵³ F. BARBARELLA, P. CHECCUCCI et al., *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Italia*, cit., p. 17.

⁵⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in P. STANZIONE (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli, 1991.

⁵⁵ V. LORUBBIO e M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, Erickson, 2023, p. 7.

⁵⁶ St. CIG, art. 38: «1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. 2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono».

⁵⁷ Secondo taluni, v. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 50; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 122, i principi riconosciuti dalla Nazioni civili sono fonti consuetudinarie “sui generis”. Altri li ricollegano solo a condotte

solo a seguito degli accordi e del diritto consuetudinario. Anche se non è chiara la classificazione di tali fonti⁵⁷, è comunque certo, vista la prassi, come queste trovino applicazione in una sorta di *analogia iuris* volta a colmare eventuali lacune⁵⁸, e questo – come sostenuto in dottrina – sarebbe dovuto ad una presunta loro assimilabilità al c.d. diritto “naturale”⁵⁹.

Fra tali principi viene ricompresa anche la dignità umana⁶⁰. Questa, dal considerarsi originariamente una questione legata al rango – perché non a tutti riconosciuta per il semplice fatto di esistere quali esseri umani –, è oramai riconosciuta come una qualità fondamentale di ognuno⁶¹; un valore collettivo in altre parole, «[...] una fonte di doveri statali nei confronti di tutti gli individui, a prescindere che la si qualifichi come contenuto di un autonomo diritto»⁶².

A parere di chi scrive, la dignità nella sua più recente concezione universale fungerebbe da vero e proprio *perno* normativo in punto di tutela degli

individuali, distinguendoli, inoltre, dai principi generali propri del diritto internazionale, sul punto E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 136.

⁵⁸ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 49 ss.

⁵⁹ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 123.

⁶⁰ A. CASSESE, *International Criminal Law, New York*, Oxford University Press, 2015, pp. 32 ss.; ID, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, S. CANNATA (a cura di), Bologna, il Mulino, 2005, p. 37.

⁶¹ Si veda, tra gli altri, J. O. COFRÉ LAGOS, *Los términos “dignidad” y “persona”. Su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 17, 9-40, in <https://bit.ly/2LVSVCg>, 2004; P. RAMOS VERGARA P. E Á. ARENAS MASSA, *Algunas conceptualizaciones acerca de la dignidad del anciano en bioderecho, Persona y Bioética*, v. 19, n. 1, 2015, in <https://bit.ly/3pmDtOq>; S. HUENCHUAN, *La discriminación por edad de la vejez: definiciones y alcances*, in S. HUENCHUAN (a cura di), *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*, Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022, p. 64.

⁶² P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *DUDI*, n. 3., pp. 573-586, 2017, p. 573.



anziani. Certo, si potrebbe giustamente asserire che a livello internazionale si andrebbe a considerare la dignità quale principio solo in mancanza di consuetudini ed accordi applicabili; ma in realtà, pur difettando, come detto, di una disciplina internazionale di insieme, e trovando comunque applicazione talune consuetudini ed accordi, si nota come in materia sia proprio la dignità la *chiave* della tutela in oggetto. Essa è la base di ogni intervento o riflessione giuridica rivolta agli anziani. È il *fil rouge* che li “avvolge”.

Al fine di comprendere a pieno la ragione per cui il principio del rispetto della dignità umana rivesta una siffatta centralità giuridica è necessario, tuttavia, partire dal concetto di vulnerabilità.

Questa è indicata come «l'insieme delle condizioni e dei processi risultanti da fattori fisici, sociali, economici e ambientali, che aumentano la suscettibilità di una comunità all'impatto dei rischi»⁶³; è un «fenomeno stratificato» calato in un contesto⁶⁴. Essa consta sia di una dimensione «ontologica» – legata strettamente al corpo umano, inteso quale “macchina” esposta a malattia e alla morte –, che di una parte «situazionale», ovvero legata al contesto ed alle reti di relazioni⁶⁵. In quest'ultima parte

si trova poi un sottoinsieme costituito dalla «vulnerabilità patogena», che include i casi derivanti da pregiudizi, abusi, discriminazioni, in cui ad essere lesa è la *dignità* delle persone⁶⁶. Non a caso, la vulnerabilità funge da “strumento” per individuare le situazioni lesive della dignità umana e per declinare i diritti accrescendone l'effettività⁶⁷. «I soggetti vulnerabili sono quelle persone la cui autonomia, connessa alla dignità e all'integrità, può essere (e di fatto spesso è) minacciata»⁶⁸. Secondo le regole di Brasilia⁶⁹, tra le cause di vulnerabilità si riscontra proprio l'età, facendo della stessa «uno dei volti della vulnerabilità»⁷⁰. Le discriminazioni, gli abusi, l'abbandono, la mancanza di autodeterminazione, sono tutti esempi di grave lesione della dignità dei soggetti già di per sé vulnerabili, come gli anziani per l'appunto. «[L]a persona mayor debe ser reconocida como sujeto de dignidad [...]»⁷¹. Quindi, la sfida che si presenta dinanzi al diritto è quella di garantire un'esistenza *dignitosa* agli anziani; perché questo è il *perno* principale tramite il quale poter assicurare una qualità della vita migliore nella terza età⁷².

⁶³ ONU, 15 dicembre 2004, *International Strategy for Disaster Reduction (ISDR), Report of the Second Committee*, A/59/483/Add.3. Così B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, in V. LORUBBIO E M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, Erickson, 2023, p. 17.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, *cit.*, pp. 19-20; S. HUENCHUAN, *La discriminación por edad de la vejez*, *cit.*, p. 27; V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in *DPCE online*, vol. 1, 2020, p. 662.

⁶⁶ Cfr. C. MACKENZIE, W. ROGERS e S. DODDS, *Introduction: What is Vulnerability and Why Does it Matter for Moral Theory?*, in C. MACKENZIE, W. ROGERS e S. DODDS (a cura di), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, pp. 1-32, Oxford Publishing, 2014.

⁶⁷ Si veda: B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, *cit.*, p. 22; ID, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*,

Torino, Giappichelli, 2021; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, vol. 8, n. 2, pp. 155-170, 2019.

⁶⁸ Così: B. PASTORE, *I molti volti della vulnerabilità*, *cit.*, p. 20; S. ALVAREZ ALBEJALES e M. C. FIGUEROLA DOMENECH, «*Emprendimientos senectus*» y *Desarrollo local. Apuntes preliminares*, Havana, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 46.

⁶⁹ V. nota 33.

⁷⁰ Così M. G. BERNARDINI, *Le vulnerabilità dell'età senile*, *cit.*, p. 96.

⁷¹ S. HUENCHUAN, *La discriminación por edad de la vejez*, *cit.* pp. 60-61.

⁷² A. A. LÉON, *Notas sobre el envejecimiento demográfico en Cuba*, Havana, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 11.



6. UNO SGUARDO DI INSIEME ALL'ORDINAMENTO CUBANO

Se questo è il contesto internazionale in cui si muove parte di questo contributo, si giunge ora al momento di addentrarsi in un ambito più circoscritto e specifico: quello cubano, per l'appunto.

Come già sostenuto in precedenza, per Cuba la questione invecchiamento ha radici ben visibili nel tessuto sociale, e questo dato fa del suo ordinamento un "terreno fertile" per l'analisi dell'implementazione di quanto specificato e richiesto sul tema dal diritto internazionale.

Tra le "chiusure" che l'ordinamento cubano pone rispetto all'"esterno" rilevano, in tema di invecchiamento, sia la mancata ratifica della Convenzione americana sui diritti umani del 1969 e della Convenzione (CIPDHPM) del 2015, che l'esplicita supremazia costituzionale rispetto ai trattati di cui la stessa fa parte⁷³. Tali presupposti fanno sì che, oltre all'esclusione della giurisdizione della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo (CIDH) e alla privazione della tutela prevista dall'unico accordo specificatamente pensato per gli anziani, tutti gli altri accordi internazionali ratificati che, come visto, potrebbero trovare un'applicazione seppur *de relato* sul tema, non avrebbero né un grado pari a quello della Carta costituzionale⁷⁴, né tantomeno una diretta attuazione.

Se questo è vero da una parte, dall'altra è altrettanto tangibile la tutela che l'ordinamento cubano prevede nei confronti degli anziani. Tutela,

questa, che affonda le sue radici giuridiche proprio sul principio della dignità umana, come avremo modo di verificare.

Ed invero, già all'interno della Costituzione del 1976 si faceva riferimento a tale ideale, visto come fondamento dello stato, pienamente realizzabile, tuttavia – a lettura del preambolo della carta fondamentale –, solo per mezzo degli insegnamenti dettati dalla teoria socialista e comunista⁷⁵. Pertanto, Cuba viene riconosciuta come «[...] *una nación que promueve la dignidad como valor primordial* [...]»⁷⁶, dove il punto di congiuntura tra il rispetto di tale valore e la tutela dei soggetti vulnerabili viene rappresentato dal principio di uguaglianza⁷⁷.

A riprova di quanto sia sedimentato tale collegamento, la Costituzione cubana – come riformata nel 2019 – afferma espressamente che «[*l*]a dignidad humana es el valor supremo» (articolo 40, co. 1) e che nessuna discriminazione basata sull'età, o altra condizione personale che implica una distinzione lesiva della dignità, sarà tollerata (articolo 42, co. 1). Detto in altre parole, la discriminazione basata, tra le altre ragioni, sull'età viene considerata come una delle circostanze lesive della dignità umana. Ma non è tutto. Di estrema centralità – e, al contempo, di novità nel panorama costituzionale – è l'articolo 88 della Costituzione cubana, a mente del quale lo stato, la società e la famiglia hanno l'obbligo di proteggere, assistere e facilitare le condizioni per soddisfare le necessità, elevare la qualità della vita, rispettare l'autodeterminazione,

⁷³ Costituzione cubana (2019), articolo 8: «*La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales*». Si veda: V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 676; Y. TORRES GARCÍA e O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *Derechos del adulto mayor en la Constitución cubana actual*, in *Revista de la Abogacía*, n. 64, 2020, p. 2.

⁷⁴ Cosa che invece accade nell'ordinamento italiano – seppur in maniera limitata – grazie all'articolo 117, co. 1, della Costituzione, secondo cui: «*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli*

derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» Cfr. (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit.

⁷⁵ V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 663.

⁷⁶ P. ARÉS MUZIO, *Familias y adultos mayores en Cuba*, Havana, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 19.

⁷⁷ *Ivi*, p. 664.

garantire il pieno esercizio dei diritti e promuovere l'integrazione e la partecipazione sociale degli anziani.

Partendo dal ruolo della società cubana, secondo taluni questa rappresenta il luogo dove alcuni dei fattori protettivi del processo di invecchiamento, come: le infrastrutture comunitarie, i programmi di assistenza agli anziani, i programmi educativi e culturali, la convivenza e la rete di scambi sociali⁷⁸, dovrebbero prendere forma. Il tessuto sociale diventa, quindi, parte imprescindibile della tutela e, soprattutto, della concezione che si ha degli anziani.

Allo stato vengono invece attribuiti diversi obblighi di garanzia. Uno tra questi, che ne comprende diversi altri al suo interno, consiste nel creare le condizioni per garantire l'uguaglianza ed educare al rispetto di tale principio tramite le politiche e gli interventi legislativi per potenziare l'inclusione sociale e salvaguardare i diritti (articolo 44 Costituzione 2019). Con specifico riferimento agli anziani, le azioni dello stato si materializzano tramite il *Sistemas Nacionales de Salud y de Seguridad y Asistencia Social*, così come i programmi per la salute fisica, mentale ed emotiva, oltre a quelli rivolti all'effettivo godimento della loro dignità⁷⁹. Sul piano socio-giuridico, inoltre, le misure pubbliche si rivolgono all'accessibilità, all'eliminazione di

barriere architettoniche, e non solo, all'assistenza sociale, ed al riconoscimento dei diritti di queste persone⁸⁰.

Su quest'ultimo punto lo strumento che per primo lo stato è tenuto ad operare è quello legislativo. A tal proposito si potrebbe prendere in considerazione la *Ley de seguridad social* (L. n. 105/2009), che all'articolo 3 fa riferimento al sistema generale di sicurezza sociale posto a tutela dei lavoratori anche in caso di vecchiaia⁸¹, mentre all'articolo seguente sottolinea l'importanza di un programma di assistenza sociale in favore di chiunque sia inabile al lavoro e non abbia familiari in grado di aiutarlo⁸².

Oltre a ciò, lo stato ha esteso il suo intervento coinvolgendo anche l'altra "protagonista" co-responsabile della salute degli anziani: la famiglia. E lo ha fatto con la legge n. 156 del 22 luglio 2022, tramite la quale ha emanato il *Código de las Familias*. «La famiglia costituisce l'unità sociale di base»⁸³; essa svolge un ruolo essenziale in merito alle decisioni ed al soddisfacimento dei bisogni degli anziani⁸⁴. Attualmente è la famiglia a sorreggere il maggior carico di responsabilità rispetto alla cura degli anziani⁸⁵; nello specifico, sono le donne del nucleo familiare ad essere nella maggior parte dei casi preclamate a tal riguardo⁸⁶. A riprova di questo dato, il codice della famiglia cubano all'articolo 2

⁷⁸ P. ARÉS MUZIO, *Familias y adultos mayores en Cuba*, cit., p. 21.

⁷⁹ T. DELGADO VERGARA E J. PEREIRA PÉREZ, *Protección legal, autodeterminación y vejez inclusiva en Cuba*, Havana, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 68.

⁸⁰ ID., *El envejecimiento*, cit., p. 32.

⁸¹ Ley de seguridad social (L. n. 105/2009) art. 3: «El régimen general de seguridad social ofrece protección al trabajador en los casos de enfermedad y accidente de origen común o profesional, maternidad, invalidez y vejez y, en caso de muerte, a su familia».

⁸² Ley de seguridad social (L. n. 105/2009) art. 4: «El régimen de asistencia social protege a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda». Si veda anche: T. DELGADO VERGARA E J. PEREIRA PÉREZ, *El envejecimiento*, cit., p. 31; ID., *Protección legal*, cit., p. 68.

⁸³ P. ARÉS MUZIO, *Familias y adultos mayores en Cuba*, cit., p. 20.

⁸⁴ U. GONZÁLEZ PÉREZ e A. ALERM GONZÁLEZ, *La dignidad del adulto mayor y su protección social*, Havana, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 76.

⁸⁵ Secondo uno studio, circa il 40% delle famiglie cubano ha a carico un anziano, mentre il 32% è composto da due o tre persone con più di 60 anni (García Quiñones, 2019, p. 131). Si veda L. C. PAUTASSI, *La centralidad del derecho al cuidado en la crisis del COVID-19 en América Latina. Oportunidades en riesgo*, in *Revista Ius et veritas*, n. 61, 2020, p. 5.

⁸⁶ Così: M. ROMERO ALMODÓVAR, D. ECHEVARRÍA LEÓN e D. DÍAZ PÉREZ, *Cuidar y ser cuidado/a: experiencias en el centro histórico de la Habana Vieja*, in *Revista Noveidades en Población*, n. 32, 2020, p. 191; N. GHERARDI E C.



sancisce come lo stato riconosca la famiglia come cellula fondamentale della società, contribuisca all'adempimento delle sue responsabilità e crei le condizioni che garantiscono l'adempimento delle sue funzioni come istituzione e gruppo sociale; mentre al comma terzo della stessa disposizione, il legislatore sottolinea come stesso i componenti di tale nucleo siano responsabili rispetto ai doveri familiari⁸⁷.

Allo stesso tempo, all'interno di tale articolato sono presenti svariate disposizioni, ed un intero titolo⁸⁸, dedicati nello specifico agli anziani. Qui la tutela a loro rivolta trova una propria specifica forma di riconoscimento da diverse angolazioni. Il primo aspetto che vale la pena in questa sede evidenziare riguarda la dignità. Questa viene posta alla base dello sviluppo delle relazioni familiari (articolo 3)⁸⁹ e viene sancito, altresì, come «[l]as personas adultas mayores tienen derecho a una vida familiar digna, siendo la familia la principal responsable de la atención a sus necesidades tanto en el orden afectivo como patrimonial [...]» (articolo 421). Il medesimo diritto è posto

come fondamento anche nel rapporto tra anziano bisognoso di cure e il c.d. «*cuidador familiar*», ovvero chi presta l'assistenza al medesimo (articolo 415). Al principio di dignità si collegano, inoltre, diverse disposizioni dello stesso codice, come: l'articolo 422 relativo al diritto di autodeterminazione degli anziani⁹⁰; l'articolo 427 concernente la creazione di un "sistema di appoggio" per gli stessi; o ancora il combinato disposto degli articoli 13 e 424, tramite il quale si delineano gli ampi contorni di una delle forme principali di violazione della dignità: la violenza. Questa viene considerata come una delle cause distruttive della persona, della famiglia e della società (articolo 85, Costituzione cubana 2019), e può prendere forma anche nell'ambiente familiare per il tramite di «[...] *maltrato verbal, físico, psíquico, moral, sexual, económico o patrimonial, la negligencia, la desatención y el abandono*⁹¹, ya sea por acción u omisión, directa o indirecta [...]» (articolo 13. 2, codice della famiglia). Al divieto di porre atti di violenza consegue, da una parte, la responsabilità per lo stato, la società e la famiglia di sanzionare e di sradicare tale

ZIBECCHI, *El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?*, in *Revista Política*, vol. 49, n. 1, 2011, p. 121.

⁸⁷ Código de las Familias (L. n. 155/22), art. 2: «1. El Estado reconoce en las familias la célula fundamental de la sociedad, las protege y contribuye a su integración, bienestar, desarrollo social, cultural, educacional y económico, al desempeño de sus responsabilidades y crea las condiciones que garanticen el cumplimiento de sus funciones como institución y grupo social. 2. Las distintas formas de organización de las familias, basadas en las relaciones de afecto, se crean entre parientes, cualquiera que sea la naturaleza del parentesco, y entre cónyuges o parejas de hecho afectivas. 3. Los miembros de las familias están obligados al cumplimiento de los deberes familiares y sociales sobre la base del amor, el afecto, la consideración, la solidaridad, la fraternidad, la coparticipación, la cooperación, la protección, la responsabilidad y el respeto mutuo».

⁸⁸ Código de las Familias (L. n. 155/22), Título IX: *De las personas adultas mayores y de las personas en situación de discapacidad en el entorno sociofamiliar*.

⁸⁹ Código de las Familias (L. n. 155/22), art. 3.1: 1. «Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos [...]».

⁹⁰ Dignità e autonomia sono strettamente collegate, secondo Kant. Grazie alla capacità di rivendicare la propria dignità di essere umano (in senso universale), questo si distingue dall'animale. Una delle forme in cui si estrinseca l'autonomia è proprio l'autodeterminazione, ovvero ciò che il soggetto fa diventa parte di ciò che il soggetto è, lo determina. Con la determinazione che un soggetto dà a se stesso, si autodetermina, cioè è lui l'effetto della sua decisione libera. Si veda: I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1977, in https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-lascostumbres-0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html; I. KANT, *De la relación entre teoría y práctica en el derecho político, Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1993, in <https://www.tecnos.es/ficha.php?id=1173088>; X. EXTEBERRIA, *Dignidad y autonomía en la vejez*, in S. HUENCHUAN (a cura di), *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*, Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022., pp. 67, 68.

⁹¹ Previsto altresì come reato ai sensi degli articoli 275 e 278 del codice penale cubano.

fenomeno; dall'altra, il diritto degli *adultos mayores* di vivere una vita familiare libera dalle discriminazioni e dalle violenze (articolo 424).

A ben guardare, però, proprio quest'ultimo punto è uno dei “nervi” rimasti ancora “scoperti” in tema di terza età. Se è vero che ad oggi la cura e l'assistenza dell'anziano riguardano nella maggior parte dei casi uno spazio “familiare”, è altrettanto vero come proprio tale spazio “privato” rappresenti uno di quei contesti nei quali le violazioni dei diritti rimangono più spesso impunte. Si tratta di una sorta di problema sociale latente e non sempre visibile⁹², riparato dagli sguardi della società e della giustizia dal velo della *privacy* familiare.

L'altra problematica solo in parte affrontata dal *Código de las Familias* riguarda la vigilanza nelle case di cura. Sebbene ad oggi circa l'85% degli anziani cubani riceva un'assistenza “informale” presso il proprio domicilio o direttamente dalla propria famiglia⁹³, ed il codice preveda la persistenza di alcuni obblighi da parte dei familiari nei confronti del proprio parente ospitato in una *hogar de ancianos* (articolo 430), oltre a quelli rivolti alla figura del *cuidador* (articolo 419), manca ancora un'istituzione nazionale per i diritti umani e, soprattutto, un meccanismo autonomo di sorveglianza che conduca delle visite in tali luoghi “istituzionalizzati”⁹⁴; destinati, seguendo il *trend* di invecchiamento, ad aumentare nel prossimo futuro.

7. CONCLUSIONI

Seppur caratterizzato da “chiusure” e da problematiche ancora irrisolte, il sistema cubano può

vantare una «[...] tutela ancora più specifica e circostanziata di quanto non sia avvenuto a livello interamericano»⁹⁵. Un esempio lampante dell'attenzione rivolta ad un elevato numero di soggetti con patologie dettate dall'età è rappresentato dalla pronta reazione di Cuba alla pandemia, che ha permesso di mantenere in percentuali molto basse i decessi di persone anziane ospitate in case di cura⁹⁶.

È pur vero che diverse sfide ancora da affrontare, in special modo rispetto al cambiamento di mentalità che, dalla visione utilitarista e materialista legata alla produzione di reddito di un soggetto nella società, dalla quale deriva spesso un'indifferenza normativa rispetto agli anziani, deve necessariamente cercare di rendere la terza età positiva, attiva e, soprattutto, *degn*.

Considerando quale *perno* normativo di base il principio di dignità, che, come mostra l'esperienza cubana, muove dal “basso” – ovvero dalle nazioni civili – verso l'“alto” – al diritto sovranazionale ed internazionale –, si potrebbero fare i primi passi verso la rivalutazione della vecchiaia, in un'ottica di maggior tutela e di considerazione.

È questa la *chiave* da utilizzare per aprire effettivamente lo “scricchio delle garanzie” in favore degli anziani. Se si riuscisse a pensare alla dignità come punto di partenza per la costruzione normativa, si potrebbero raggiungere con più facilità ed effettività gli obiettivi di tutela e di proattività in punto di vecchiaia.

⁹² P. ARÉS MUZIO, *Familias y adultos mayores en Cuba*, cit., p. 25.

⁹³ Cfr. L. PÉREZ GALLARDO, *La otra cara de la dependencia: la protección a los cuidadores familiares*, *Granma*, 6, 2021, in <https://bit.ly/39upqRv>.

⁹⁴ Committee Against Torture (CAT), 21 aprile 2022. in https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2495&Lang=en.

⁹⁵ V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 675.

⁹⁶ J. MENÉNDEZ, A. GONZÁLEZ e L. RODRÍGUEZ REY, *Cuidados de las personas mayores en Cuba: lecciones de la pandemia*, in *Rev. Temas*, nn. 100-101, 4-10, 2019-2020, p. 94.



SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 9 NOVEMBRE 2023, ARTS SPA – AZIENDA REGIONALE SARDA TRASPORTI CONTRO TR E A. NELLA CAUSA C-477/22, ECLI:EU:C:2023:838

A cura di **Fabrizio CESAREO***

MASSIMA¹

La nozione di "percorso [di linea che] non supera i 50 chilometri" corrisponde all'itinerario stabilito dall'impresa di trasporto, non superiore a tale distanza, che il veicolo di cui trattasi deve percorrere su strada per collegare un punto di partenza a un punto di arrivo e per servire, se del caso, fermate intermedie preventivamente stabilite, al fine di effettuare il trasporto di passeggeri nell'ambito del servizio regolare cui è adibito. Inoltre, la nozione di "periodo di guida complessivamente accumulato in un periodo di due settimane consecutive", contenuta in tale disposizione, include solo il "tempo di guida", ai sensi dell'articolo 4, lettera j), di tale regolamento, ad esclusione di tutte le "altre mansioni", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 5, di detto regolamento, svolte dal conducente nel corso di tali due settimane.

SOMMARIO

- 1. Antefatto della causa.....207**
- 2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia.....209**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3, lettera a), dell'articolo 4, lettera j), nonché dell'articolo 6, paragrafi 3 e 5, del regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo

2006, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada e che modifica i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 3821/85 e (CE) n. 2135/98 e abroga il regolamento (CEE) n. 3820/85 del Consiglio (GU 2006, L 102, pag. 1), come modificato dal regolamento (UE) n. 165/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014 (GU 2014, L 60, pag. 1) (in prosieguo: il "regolamento n. 561/2006").

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la A. SpA - A.R.S. (in prosieguo: la "A."), azienda di trasporto pubblico locale della regione S. (I.), e alcuni dipendenti di tale azienda, in merito al pagamento di un indennizzo e/o di un compenso parametrato alle ore di riposo non godute e alle ore eccedenti il limite massimo del periodo di guida complessivamente accumulato in un periodo di due settimane consecutive, chiesto da tali dipendenti a detta azienda.

Le questioni pregiudiziali sono due e la prima si divide a sua volta in ulteriori due parti, che è opportuno esaminare in successione.

Con la prima parte della prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006 debba essere interpretato nel senso che la nozione di "percorso [di linea che] non supera i 50 chilometri" corrisponde al chilometraggio dell'itinerario stabilito dall'impresa di trasporto per i servizi regolari di trasporto di passeggeri da essa forniti. La nozione di "percorso di linea" non è definita dal regolamento n. 561/2006 e l'articolo 3, lettera

* Assegnista di ricerca in diritto dei trasporti e diritto agroalimentare presso l'Università degli Studi di Teramo. Professore a contratto di diritto agrario presso l'Università degli

Studi di Teramo e di diritto privato presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Massima non ufficiale.

a), di quest'ultimo non effettua alcun rinvio al diritto degli Stati membri per definire tale nozione.

Ai fini dell'interpretazione di tale disposizione, occorre quindi tenere conto del senso abituale dei termini di quest'ultima nel linguaggio corrente, nonché del suo contesto e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 7 luglio 2022, P., C-13/21, EU:C:2022:531, punto 22 e giurisprudenza citata). Nel linguaggio corrente, il termine "percorso" designa un itinerario o un tragitto, seguito o da seguire, in particolare su strada, che collega un punto di partenza a un punto di arrivo. Il termine "linea" designa un tratto continuo che collega tali punti. Il testo dell'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006 si riferisce quindi a una distanza concreta, percorsa o da percorrere, su strada seguendo un itinerario che collega un punto di partenza a un punto di arrivo, al fine di effettuare il trasporto di passeggeri nell'ambito di servizi regolari al quale il veicolo di cui trattasi è adibito (v., in tal senso, sentenza del 7 luglio 2022, P., C-13/21, EU:C:2022:531, punto 24). Tale testo non contiene alcun riferimento alla distanza effettivamente percorsa, su strada, dal conducente in un determinato periodo di lavoro, o alla distanza massima percorsa dal veicolo di cui trattasi rispetto al suo punto di partenza. La nozione di "servizi regolari" è definita all'articolo 2, punto 2, del regolamento n. 1073/2009, al quale rinvia l'articolo 4, lettera n), del regolamento n. 561/2006 (...), in cui la nozione di "itinerario determinato" esclude la presa in considerazione di qualsiasi distanza effettivamente percorsa, su strada, dal conducente in un determinato periodo di lavoro, o della distanza massima percorsa dal veicolo di cui trattasi rispetto al suo punto di partenza, che vadano al di là di tale itinerario.

(...)

Pertanto, l'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006 deve essere interpretato nel senso che la nozione di "percorso [di linea che] non

supera i 50 chilometri" corrisponde all'itinerario stabilito dall'impresa di trasporto, non superiore a tale distanza, che il veicolo di cui trattasi deve percorrere su strada per collegare un punto di partenza a un punto di arrivo e per servire, se del caso, fermate intermedie preventivamente stabilite, al fine di effettuare il trasporto di passeggeri nell'ambito del servizio regolare cui è adibito.

Con la seconda parte della prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il combinato disposto dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006 debba essere interpretato nel senso che tale regolamento si applica alla totalità dei trasporti stradali effettuati dall'impresa interessata, qualora i veicoli adibiti al trasporto di passeggeri in servizio regolare siano utilizzati per coprire, in via principale, percorsi di linea non superiori a 50 km e, occasionalmente, percorsi di linea superiori a 50 km. quando, come nel caso di specie, un'impresa effettua il trasporto di passeggeri in servizio regolare di linea con percorso superiore ai 50 km utilizzando veicoli che sono normalmente adibiti al trasporto di passeggeri in servizio regolare di linea con percorso inferiore ai 50 km, tale uso misto non può rendere applicabile il regolamento n. 561/2006 alla totalità dei trasporti di passeggeri in servizio regolare effettuati da tale impresa. Infatti, i trasporti di passeggeri in servizio regolare di linea il cui percorso non supera i 50 km sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione di tale regolamento, conformemente all'articolo 3, lettera a), di quest'ultimo. (...)

Quest'ultimo in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006 deve essere interpretato nel senso che tale regolamento non si applica alla totalità dei trasporti stradali effettuati dall'impresa interessata, qualora i veicoli adibiti al trasporto di passeggeri in servizio regolare siano utilizzati per coprire, in via principale, percorsi di



linea non superiori a 50 km e, occasionalmente, percorsi di linea superiori a 50 km. Detto regolamento si applica solo quando tali percorsi sono superiori a 50 km.

Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 6, paragrafo 3, del regolamento n. 561/2006 debba essere interpretato nel senso che la nozione di "periodo di guida complessivamente accumulato in un periodo di due settimane consecutive", contenuta in tale disposizione, include, oltre al "tempo di guida", ai sensi dell'articolo 4, lettera j), di tale regolamento, tutte le "altre mansioni", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 5, di detto regolamento, svolte dal conducente in tali due settimane.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Per questi motivi, la Terza Sezione della CGUE dichiara:

- L'articolo 3, lettera a), del regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada e che modifica i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 3821/85 e (CE) n. 2135/98 e abroga il regolamento (CEE) n. 3820/85 del Consiglio, come modificato dal regolamento (UE) n. 165/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, deve essere interpretato nel senso che: la nozione di "percorso [di linea che] non supera i 50 chilometri" corrisponde all'itinerario stabilito dall'impresa di trasporto, non superiore a tale distanza, che il veicolo di cui trattasi deve percorrere su strada per collegare un punto di partenza a un punto di arrivo e per servire, se del caso, fermate intermedie preventivamente stabilite, al fine di effettuare il trasporto di passeggeri nell'ambito del servizio regolare cui è adibito.

- Il combinato disposto dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 3, lettera a), del regolamento n. 561/2006, come modificato dal regolamento n. 165/2014, deve essere interpretato nel senso che: tale regolamento non si applica alla totalità dei trasporti stradali effettuati dall'impresa interessata, qualora i veicoli adibiti al trasporto di passeggeri in servizio regolare siano utilizzati per coprire, in via principale, percorsi di linea non superiori a 50 km e, occasionalmente, percorsi di linea superiori a 50 km. Detto regolamento si applica solo quando tali percorsi sono superiori a 50 km.

- L'articolo 6, paragrafo 3, del regolamento n. 561/2006, come modificato dal regolamento n. 165/2014, deve essere interpretato nel senso che: la nozione di "periodo di guida complessivamente accumulato in un periodo di due settimane consecutive", contenuta in tale disposizione, include solo il "tempo di guida", ai sensi dell'articolo 4, lettera j), di tale regolamento, ad esclusione di tutte le "altre mansioni", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 5, di detto regolamento, svolte dal conducente nel corso di tali due settimane.

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 5 OTTOBRE 2023 NELLA CAUSA C-565/22, SOFATUTOR GMBH, ECLI:EU:C:2023:735

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

Il diritto del consumatore di recedere da un abbonamento sottoscritto a distanza, inizialmente gratuito e rinnovato automaticamente, è garantito una sola volta. Diverso è il caso in cui il consumatore non sia stato sufficientemente informato sul costo totale dell'abbonamento.

SOMMARIO

1. **Antefatto della causa210**
2. **La motivazioni della pronuncia della corte di giustizia211**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

La società Sofatutor gestisce piattaforme di apprendimento on-line destinate agli studenti. Al momento dell'iscrizione iniziale a un abbonamento, è consentito un periodo di prova gratuito della durata di 30 giorni, durante il quale è possibile risolvere l'abbonamento in qualsiasi momento. Il pagamento diviene effettivo solamente al termine del suddetto periodo di 30 giorni. Nel caso in cui l'abbonamento a pagamento scada senza essere stato annullato, esso si rinnova automaticamente per una specifica durata. Quando si procede con l'iscrizione a tale abbonamento a distanza, la Sofatutor comunica ai consumatori il loro diritto di recesso.

La Verein für Konsumenteninformation o VKI, un'associazione austriaca per la tutela dei

consumatori ha sostenuto che i consumatori avevano il diritto di esercitare il recesso non soltanto in riferimento alla sottoscrizione iniziale di un abbonamento di prova gratuito della durata di 30 giorni, ma altresì in merito alla trasformazione di tale abbonamento in un abbonamento a pagamento e al suo conseguente rinnovo.

In tali circostanze, il VKI si è rivolto al Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna, Austria) con l'obiettivo di ottenere che fosse impartito un mandato alla Sofatutor. Il mandato richiedeva che, nell'ambito dei suoi rapporti commerciali con i consumatori, in caso di rinnovo di un contratto a tempo determinato concluso a distanza, informasse chiaramente e in modo comprensibile i suddetti consumatori sulle condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del loro diritto di recesso da tale contratto, mediante la messa a disposizione del modulo tipo di recesso o di modalità analoghe.

Il 23 giugno 2021, il suddetto giudice ha emesso una sentenza favorevole alla domanda.

Successivamente, in seguito a un appello presentato dalla Sofatutor contro la suddetta sentenza, l'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land, Vienna, Austria) ha emesso una nuova sentenza il 18 marzo 2022, in cui ha respinto la domanda nel merito. Il VKI ha in seguito presentato un ricorso per cassazione ("Revision") avanti all'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria).

La Corte suprema austriaca, investita della controversia, ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, in particolare, se “il

* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Massima non ufficiale.



consumatore [può disporre] di nuovo di un diritto di recesso in caso di “rinnovo automatico” di un contratto a distanza”.

2. LA MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha dichiarato che il diritto del consumatore di revocare un contratto a distanza è garantito una sola volta in relazione a un contratto che riguarda la fornitura di servizi e che prevede un periodo iniziale gratuito per il consumatore.

Qualora il consumatore non risolva o receda dal contratto durante questo periodo gratuito, il contratto sarà automaticamente rinnovato a pagamento per una durata prestabilita. Tuttavia, al momento della stipula di tale contratto, il professionista deve informare il consumatore, come già sottolineato nella sentenza della Corte di giustizia del 7 aprile 2022, Fuhrmann-2 C 249/21, in modo chiaro, comprensibile ed esplicito che la prestazione dei servizi diventerà a pagamento dopo il periodo iniziale gratuito. Di conseguenza, il consumatore avrà diritto a una nuova opportunità di recesso dopo questo periodo.



CORTE DI GIUSTIZIA DEL 14 SETTEMBRE 2023 NELLA CAUSA C-83/22, TUK TUK TRAVEL, ECLI:EU:C:2023:664

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

In caso di risoluzione di pacchetti turistici per sopraggiunte circostanze straordinarie: un giudice nazionale può, a talune condizioni, informare d'ufficio il viaggiatore del suo diritto di risoluzione senza spese.

SOMMARIO

- 1. Antefatto della causa.....212**
- 2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia.....213**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Nell'ottobre 2019 un viaggiatore, RTG, ha acquistato un pacchetto turistico per due persone con destinazione il Vietnam e la Cambogia tramite l'organizzatore di viaggi noto come Tuk Tuk Travel SL. Il viaggio programmato prevedeva la partenza da Madrid, Spagna, fissata per l'8 marzo 2020, con il ritorno pianificato per il 24 marzo successivo. Il viaggiatore ha effettuato un pagamento iniziale pari a quasi la metà dell'importo complessivo del pacchetto, equivalente a 2.402 euro, in un anticipo sul prezzo totale del viaggio, valutato in 5.208 euro. Il contratto forniva informazioni relative alla possibilità di annullamento del viaggio prima della data di partenza, soggetta al pagamento di eventuali spese. Tuttavia, non faceva alcun cenno alla possibilità di annullamento senza spese dovuto a

circostanze eccezionali e inevitabili verificatesi nel luogo di destinazione, come previsto dalla direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati.

Il 12 febbraio 2020, considerando la diffusione del coronavirus in Asia, il viaggiatore ha notificato alla Tuk Tuk Travel la sua intenzione di risolvere il contratto e ha richiesto il rimborso completo di tutte le somme dovute. Dato che l'organizzatore del viaggio aveva precedentemente informato il viaggiatore che, dopo la detrazione delle spese di annullamento, avrebbe ricevuto un rimborso parziale dell'importo inizialmente versato di EUR 81, poi maggiorato a EUR 302, dal momento che la compagnia aerea incaricata di operare il volo di cui trattasi concedeva ai suoi viaggiatori il beneficio di una cancellazione senza spese, il viaggiatore ha deciso di citare la Tuk Tuk Travel nel procedimento principale dinanzi allo Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Cartagena (Tribunale di primo grado n. 5 di Cartagena, Spagna).

Il viaggiatore ha dichiarato di aver risolto il contratto quasi un mese prima della data di partenza programmata, sostenendo che ciò sia avvenuto a causa di una situazione di forza maggiore rappresentata dalla diffusione del coronavirus in Asia. Degna di nota è la circostanza che il viaggiatore, che ha agito senza rappresentanza legale, ha richiesto solamente un rimborso parziale dell'importo inizialmente versato, giustificando tale richiesta con l'idea che un quarto di tale somma rappresentasse un'equa compensazione per le spese di gestione sostenute dalla Tuk Tuk Travel.

* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Massima non ufficiale.

Il giudice spagnolo investito della causa ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare la direttiva sui pacchetti turistici. Egli ha posto l'accento, in particolare, sulla fattibilità di assegnare d'ufficio al viaggiatore, in conformità con la direttiva pacchetti turistici, il rimborso totale dei pagamenti effettuati, nel caso in cui quest'ultimo risolva il contratto a causa di circostanze eccezionali. Inoltre, il giudice spagnolo ha osservato che tale possibilità potrebbe andare in contrasto con i principi fondamentali del diritto processuale spagnolo.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha sottolineato, anzitutto, che la direttiva pacchetti turistici impone ad un organizzatore di viaggi di informare il viaggiatore, in particolare, del suo diritto di risoluzione. La Corte di giustizia ha successivamente constatato che, considerando l'importanza del diritto di risoluzione conferito dalla direttiva e del conseguente diritto al rimborso totale dei pagamenti effettuati, la tutela effettiva di tali diritti richiede che il giudice nazionale sia in grado di rilevarne d'ufficio la violazione, specialmente quando il viaggiatore non fa valere il suo diritto perché ne ignora l'esistenza.

L'esame d'ufficio è tuttavia subordinato a talune condizioni, che possono essere riassunte nei seguenti termini: in primo luogo, una delle parti coinvolte nel contratto di pacchetto turistico in questione deve aver avviato un procedimento giurisdizionale davanti al giudice nazionale, e tale procedura deve riguardare il contratto in oggetto. In secondo luogo, il diritto di risoluzione deve essere direttamente correlato al tema della controversia, così come definito dalle parti coinvolte. In terzo luogo, il giudice nazionale deve avere a disposizione tutti gli elementi di diritto e di fatto necessari per valutare se il viaggiatore interessato può legittimamente richiedere il diritto di risoluzione. Infine,

il viaggiatore in questione non deve aver esplicitamente dichiarato al giudice nazionale di opporsi all'applicazione della direttiva riguardante tale diritto.

Nel caso di specie, fatto salvo il giudizio del giudice spagnolo, tali condizioni sembrano essere soddisfatte, considerando che la Corte di giustizia ha già dichiarato in via generale che la nozione di «circostanze inevitabili e straordinarie» può comprendere lo scoppio di una crisi sanitaria mondiale. Inoltre, il caso pendente davanti al giudice spagnolo riguarda il rimborso dei pagamenti effettuati dal viaggiatore a seguito della sua decisione di risolvere il contratto a causa della diffusione del coronavirus, come precedentemente sottolineato nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2023, UFC — Que choisir e CLCV, C-407/21.

Non si può escludere che il viaggiatore abbia ignorato l'esistenza del suo diritto di risoluzione poiché la Tuk Tuk Travel non l'ha informato al riguardo. Pertanto, il giudice spagnolo è tenuto a esaminare d'ufficio il diritto di risoluzione. In particolare, il giudice deve, da un lato, comunicare al viaggiatore l'esistenza di tale diritto e, dall'altro, offrirgli l'opportunità di farlo valere nel procedimento legale in corso.

Tuttavia, è importante sottolineare che l'esame d'ufficio non impone al giudice nazionale di risolvere autonomamente il contratto di pacchetto turistico in questione senza costi aggiuntivi e concedendo al viaggiatore il diritto al rimborso totale dei pagamenti effettuati. La decisione spetta al viaggiatore stesso se desidera o meno far valere questo diritto dinanzi al giudice.

CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLA CAUSA C – 281/22, GK E ALTRI, ECLI:EU:C:2023:1018

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

Nel caso di un'indagine transfrontaliera svolta dalla Procura europea in più Stati membri dell'UE, la Corte di giustizia ha stabilito che la competenza a monitorare l'adozione e la giustificazione delle misure investigative spetta ai giudici dello Stato membro del procuratore responsabile dell'indagine. Il controllo giurisdizionale nei restanti Stati membri si limita agli aspetti esecutivi, tranne in caso di grave violazione dei diritti della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dove è richiesto un controllo preventivo nello Stato membro del procuratore responsabile dell'indagine.

SOMMARIO

1. **Antefatto della causa** 214
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia** 215

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

La Procura europea ha svolto alcune indagini preliminari riguardanti GK, S. L. e B O. D. GmbH attraverso un procuratore europeo delegato in Germania, sospettate di aver rilasciato false dichiarazioni doganali, causando un danno di circa 1.295.000 euro agli interessi finanziari dell'Unione.

Nel corso dell'indagine in Germania, la Procura europea ha ritenuto necessario acquisire prove da altri Stati membri, incluso l'Austria. Per questo motivo, il procuratore europeo delegato tedesco ha

disposto, in conformità all'articolo 31 del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, la perquisizione e il sequestro dei beni in Austria appartenenti agli imputati, da parte di un procuratore europeo delegato aggiunto austriaco. Quest'ultimo, il 9 novembre 2021, ha autorizzato perquisizioni e sequestri presso i locali commerciali di B O. D. e della sua società madre, nonché presso le abitazioni di G. K. e S L., tutte situate in Austria. Ha inoltre chiesto l'autorizzazione ai tribunali austriaci competenti (conformemente all'articolo 31, paragrafo 3, primo comma, del Regolamento 2017/1939).

Il 1° dicembre 2021, GK, B O. D. e S. L. hanno presentato un ricorso contro le decisioni dei giudici austriaci che hanno autorizzato le misure contestate, davanti all'Oberlandesgericht Wien (Tribunale regionale superiore di Vienna, Austria), giudice del rinvio. Nel ricorso, hanno contestato la giustificazione delle misure investigative adottate nei loro confronti.

Il giudice del rinvio si è interrogato se, in caso di atto d'indagine delegato che richieda l'ottenimento di un'autorizzazione giudiziaria nello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto, tale atto debba essere esaminato da un giudice di tale Stato membro riguardo a tutti gli aspetti formali e sostanziali previsti dalle norme dello stesso Stato membro.

La Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, nella sua sentenza ha fornito dettagli sulla portata del controllo che può essere esercitato dai giudici che ricevono una richiesta del procuratore europeo aggiunto delegato di autorizzare un atto investigativo.

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Massima non ufficiale.

2. **LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha osservato che, se l'articolo 31, paragrafo 3, primo comma, del regolamento 2017/1939 prevede l'ottenimento di un'autorizzazione giudiziaria conformemente al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto in cui si trova l'autorità investigativa delegata misura richiede tale autorizzazione ai sensi del diritto di tale Stato membro, gli articoli 31 e 32 di tale regolamento non specificano la portata del controllo effettuato dal giudice competente. Tuttavia, dal testo di questi due articoli (più specificamente, l'articolo 31, commi 1 e 2, e l'articolo 32 del Regolamento (UE) 2017/1939) risulta che l'adozione di un atto d'indagine delegato, nonché la sua giustificazione, sono disciplinati dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato competente per il caso, mentre l'esecuzione di tale misura è disciplinata dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto. La distinzione così stabilita da tali articoli tra la giustificazione e l'adozione di un atto di indagine delegato, da un lato, e la sua esecuzione, dall'altro, riflette la logica sottesa al sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale tra Stati membri, che è basato sui principi di fiducia e riconoscimento reciproci. Tuttavia, nell'ambito della cooperazione giudiziaria fondata su tali principi, l'autorità di esecuzione non è tenuta a vigilare sul rispetto, da parte dell'autorità di emissione, delle condizioni per l'emissione della decisione giudiziaria che deve eseguire.

La Corte di giustizia ha ricordato poi che, attraverso l'istituzione di una Procura europea, il regolamento 2017/1939 mira a contrastare più efficacemente i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione (considerando 12, 14, 20 e 60 del Regolamento 2017/1939). Ne consegue che,

definendo le procedure previste da tale regolamento, il legislatore dell'Unione ha inteso istituire un meccanismo che garantisca un grado di efficacia delle indagini transfrontaliere svolte dalla Procura europea almeno pari a quello risultante dalla domanda delle procedure previste nell'ambito del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale tra Stati membri basato sui principi di fiducia e riconoscimento reciproci. Tuttavia, se il rilascio dell'autorizzazione giudiziaria di cui all'articolo 31, paragrafo 3, primo comma, di tale regolamento potesse essere subordinato all'esame, da parte dell'autorità competente dello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto, degli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione del provvedimento delegato di indagine in questione, ciò si tradurrebbe, in pratica, in un sistema meno efficace di quello istituito da siffatti strumenti giuridici e pregiudicherebbe quindi l'obiettivo perseguito dal regolamento stesso. Da un lato, infatti, l'autorità competente dello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto dovrebbe, in particolare, esaminare in modo approfondito l'intero fascicolo del caso, che dovrebbe esserle trasmesso e, se necessario, tradotto. D'altro canto, per effettuare il suo esame, dovrebbe applicare la legge dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, anche se non può ritenersi nella posizione migliore per farlo.

La Corte di giustizia ha concluso che il regolamento 2017/1939 stabilisce, ai fini della cooperazione tra procuratori europei delegati nell'ambito delle indagini transfrontaliere della Procura europea, una distinzione tra le responsabilità legate alla giustificazione e all'adozione della misura delegata, che competono al procuratore europeo delegato incaricato del caso, e quelle relative all'esecuzione di tale misura, che competono al procuratore europeo delegato aggiunto. Conformemente a tale ripartizione delle responsabilità, il controllo legato all'autorizzazione giudiziaria che sarebbe richiesto



secondo il diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato aggiunto può riguardare solo gli elementi relativi all'esecuzione di tale misura, esclusione degli elementi relativi alla giustificazione ed adozione del suddetto provvedimento.

Per quanto riguarda gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura delegata, la Corte di giustizia ha sottolineato tuttavia che essi dovrebbero essere soggetti al previo sindacato giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato competente per il caso in caso di grave ingerenza nei diritti della persona dell'interessato garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, del regolamento 2017/1939, spetta allo Stato membro del procuratore europeo delegato competente per il caso prevedere il preventivo controllo giurisdizionale delle condizioni relative alla giustificazione e all'adozione di un mandato investigativo delegato, tenendo conto delle esigenze derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali. Nel caso in cui si tratti di misure investigative quali perquisizioni di abitazioni private, misure cautelari relative a beni personali o congelamento di beni, spetta poi a tale Stato membro fornire, nell'ordinamento nazionale, garanzie adeguate e sufficienti, al fine di garantire la legalità e la necessità di tali misure.



CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLA CAUSA C-333/21, SOCIETÀ EUROPEA DELLA SUPERLEAGUE SL C. FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION (FIFA) E UNIONE DELLE ASSOCIAZIONI CALCISTICHE EUROPEE (UEFA), ECLI:EU:C:2023:1011

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

Le regole della FIFA e della UEFA sull'approvazione preventiva delle competizioni calcistiche interclub, come la Super League, sono contrarie al diritto della concorrenza dell'UE e alla libertà di prestazione dei servizi.

SOMMARIO

- 1. Antefatto della causa.....217**
- 2. Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia.....218**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

La FIFA (Fédération Internationale de Football Association) è un'associazione svizzera che si propone di elaborare regolamenti per disciplinare il calcio e le questioni correlate, oltre a supervisionare il calcio a livello globale e organizzare competizioni internazionali. La UEFA (Unione delle Associazioni Calcistiche Europee), anch'essa un'associazione svizzera, ha il compito principale di monitorare lo sviluppo del calcio in Europa, operando come membro riconosciuto della FIFA.

Le associazioni calcistiche nazionali, membri sia della FIFA che della UEFA, sono tenute ad assicurare il rispetto degli statuti, regolamenti,

direttive e decisioni di entrambe le organizzazioni. La FIFA e la UEFA, conformemente ai loro statuti, hanno il potere di approvare competizioni internazionali di calcio professionistico, incluso il permesso di organizzare competizioni tra club affiliati a una specifica nazione.

La European Superleague Company SL (ESLC) è stata costituita in Spagna da alcune società di calcio professionistiche con l'intento di organizzare una nuova competizione interclub europea chiamata "Super League". L'istituzione di questa lega è subordinata all'approvazione della FIFA e della UEFA, secondo un accordo parasociale e di investimento firmato dai promotori.

Dopo l'annuncio della "Super League", la FIFA e la UEFA hanno rilasciato una dichiarazione congiunta il 21 gennaio 2021, rifiutando di riconoscerla e minacciando l'espulsione di giocatori e club partecipanti dalle loro competizioni ufficiali.

In risposta, l'ESLC ha adito il Juzgado de lo Mercantil no 17 de Madrid (Tribunale di commercio n. 17, Madrid, Spagna), contestando, in sostanza, che le regole della FIFA e dell'UEFA sull'approvazione delle competizioni e sullo sfruttamento dei diritti mediatici sono contrarie al diritto dell'UE, in particolare gli articoli 101 e 102 TFUE, nonché le disposizioni relative alle diverse libertà fondamentali garantite dal TFUE, come la libera prestazione dei servizi garantita dall'articolo 56 TFUE.

Avendo alcuni dubbi sulla questione in relazione, tra l'altro, al fatto che la FIFA e la UEFA

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Massima non ufficiale.

detengono un monopolio su tale mercato, il Tribunale Commerciale di Madrid ha adito la Corte di giustizia.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha sottolineato, anzitutto, che in quanto costituisce un'attività economica, la pratica dello sport è soggetta alle disposizioni del diritto dell'Unione applicabili a tale attività, ad eccezione di alcune norme specifiche adottate esclusivamente per motivi non economici e che riguardano questioni di interesse esclusivo per lo sport in sé. Le norme di cui trattasi nel procedimento principale, tuttavia, indipendentemente dal fatto che provengano dalla FIFA o dall'UEFA, non rientrano in tale eccezione, poiché riguardano l'esercizio del calcio come attività economica.

Dopo aver rilevato che la FIFA e l'UEFA devono essere qualificate come «imprese» ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza in quanto esercitano attività economiche quali l'organizzazione di competizioni calcistiche e lo sfruttamento dei diritti ad esse connessi, la Corte di giustizia si è posta anzitutto la questione se l'adozione da parte della FIFA e dell'UEFA di norme relative all'approvazione preventiva delle competizioni calcistiche interclub e alla loro partecipazione, sotto pena di sanzioni, possa essere considerata un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, da un lato, e, dall'altro, un accordo anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha osservato che le caratteristiche specifiche del calcio professionistico, tra cui la sua notevole importanza sociale e culturale e il fatto che esso susciti un grande interesse mediatico, unitamente al fatto che si basa sull'apertura e sul merito sportivo, consentono di ritenere che è legittimo sottoporre l'organizzazione e lo svolgimento delle competizioni internazionali

di calcio professionistico a regole comuni volte a garantire l'omogeneità e il coordinamento di tali competizioni all'interno di un calendario complessivo degli incontri nonché a favorire lo svolgimento di competizioni sportive basate sulle pari opportunità e sul merito. È inoltre legittimo garantire il rispetto di tali norme comuni attraverso norme come quelle adottate dalla FIFA e dall'UEFA sull'approvazione preventiva di tali competizioni e sulla partecipazione dei club e dei giocatori alle stesse. Ne consegue che, nel contesto specifico del calcio professionistico e delle attività economiche che danno origine alla pratica di tale sport, né l'adozione di tali norme né la loro attuazione possono essere qualificate, in linea di principio o in generale, come un «abuso» di posizione dominante» ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Lo stesso vale per le sanzioni introdotte in aggiunta a tali norme, poiché tali sanzioni sono legittime, in termini di principio, come mezzo per garantire l'efficacia di tali norme.

Comunque sia, date le condizioni in cui imprese potenzialmente concorrenti possono accedere al mercato, il potere di FIFA e UEFA deve essere soggetto a criteri idonei a garantire che siano trasparenti, obiettivi, non discriminatori e proporzionati, a causa del rischio di conflitto di interesse che esso comporta. Tuttavia, i poteri di FIFA e UEFA non sono vincolati a tali criteri. Ne consegue che l'adozione e l'attuazione di norme in materia di approvazione preventiva, partecipazione e sanzioni, laddove non esista un quadro per quelle norme che prevedano criteri sostanziali e norme procedurali dettagliate idonee a garantire che siano trasparenti, obiettive, precise, non discriminatorie e proporzionate, costituiscono abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Inoltre, data la loro natura arbitraria, le norme su approvazione, controllo e sanzioni devono essere considerate restrizioni ingiustificate alla libertà di prestare servizi garantita dall'articolo 56 TFUE. Ciò non significa che una competizione come il

progetto della Super League debba necessariamente essere approvata. La Corte di giustizia, interrogata in generale sulle norme di FIFA e UEFA, nella sua sentenza non si è pronunciata su quel progetto specifico.

Parallelamente, la Corte di giustizia ha osservato che le norme di FIFA e UEFA relative allo sfruttamento dei diritti mediatici sono tali da danneggiare i club calcistici europei, tutte le aziende operanti nei mercati dei media e, in definitiva, i consumatori e gli spettatori televisivi, impedendo loro di godere di competizioni nuove e potenzialmente innovative o interessanti.

Tuttavia, spetta al Tribunale Commerciale di Madrid verificare se tali norme possano comunque beneficiare diversi portatori di interessi nel calcio, ad esempio, garantendo una redistribuzione solidale dei profitti generati da tali diritti.

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 21 DICEMBRE 2023 NELLE CAUSE RIUNITE C-38/21, C-47/21 E C-232/21, BMW BANK E ALTRI, ECLI:EU:C:2023:1014

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

Il consumatore che stipula un contratto di leasing auto senza obbligo di acquisto non dispone dal diritto dell'Unione del diritto di recesso. Invece, nel caso di un contratto di credito stipulato in vista dell'acquisto di un'auto, invece, il consumatore può, senza commettere un abuso di diritto, esercitare il suo diritto di recesso in qualsiasi momento, fino a quando non abbia ricevuto informazioni complete ed esatte sui suoi diritti e obblighi e il contratto sia in fase di esecuzione, ossia, tipicamente, prima dell'ultima scadenza di rimborso.

SOMMARIO

1. **Antefatto della causa** 220
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia** 221

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Le tre controversie riunite riguardano dispute tra consumatori e istituti finanziari associati a concessionari di automobili, concentrandosi sulla validità dell'esercizio del diritto di recesso in relazione a differenti tipi di contratti. Questi includono un contratto di leasing per un veicolo senza obbligo di acquisto (C-38/21) e vari contratti di credito finalizzati all'acquisto di autoveicoli usati (C-47/21 e C-232/21).

Nella causa C-38/21, VK si è rivolto a un concessionario BMW, dove un dipendente, agendo

come intermediario per la BMW Bank GmbH, gli ha presentato un'offerta di leasing per un veicolo, spiegando dettagli come la durata e i pagamenti mensili. Nel novembre 2018, utilizzando la comunicazione a distanza, VK ha concluso un contratto di leasing con la BMW Bank per un veicolo ad uso privato. Il contratto, della durata di 24 mesi e basato su un prestito concesso dalla BMW Bank, non obbligava VK ad acquistare il veicolo al termine del periodo. Il 25 giugno 2019, VK ha comunicato l'intenzione di recedere dal contratto, sostenendo che il periodo di recesso di 14 giorni previsto dalla normativa nazionale non era ancora iniziato a decorrere a causa di informazioni insufficienti e illeggibili fornite secondo tale normativa.

Nelle cause C-47/21 e C-232/21, diversi consumatori hanno stipulato contratti di finanziamento per l'acquisto di autoveicoli usati per uso privato. I concessionari, agendo come intermediari per C. Bank AG (C-47/21) e Volkswagen Bank GmbH e Audi Bank (C-232/21), hanno facilitato tali transazioni. Successivamente, i consumatori hanno receduto dai contratti di finanziamento, richiedendo il rimborso delle rate versate fino alla data del recesso.

Dinanzi al Landgericht Ravensburg (Tribunale del Land, Ravensburg, Germania), giudice del rinvio, hanno sostenuto che il periodo di recesso di 14 giorni previsto dalla normativa nazionale non è iniziato a decorrere a causa della mancata trasmissione di informazioni essenziali, inclusi i dettagli sul diritto di recesso. Le banche, da parte loro, hanno sostenuto che un recesso dopo tanto tempo deve essere considerato abusivo in ogni caso.

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Massima non ufficiale.



Pertanto, il Tribunale del Land, ha interpellato la Corte di giustizia al riguardo.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha stabilito che un consumatore, il quale sottoscrive un contratto di leasing per un'autovettura ordinata secondo le sue specifiche e nel quale non è obbligato ad acquistare l'auto al termine del periodo di leasing, non ha diritto di recesso in conformità alla normativa dell'Unione Europea (si veda la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, riguardante la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori).

In pratica, un contratto di leasing senza l'obbligo di acquisto è assimilato più a un contratto di locazione che non rientra nella categoria di servizi finanziari secondo il diritto dell'Unione. Inoltre, la direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, non si applica altresì a un contratto di leasing senza obbligo di acquisto.

Nel caso di un contratto di leasing concluso per un periodo determinato e relativo a un'auto conforme alle specifiche richieste dal consumatore, si verifica un'eccezione al diritto di recesso, volta a proteggere il professionista dal rischio di non riuscire a reimmettere sul mercato l'auto senza subire significativi danni economici (direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori).

Questo principio si applica indipendentemente dal fatto che il contratto sia stato stipulato a distanza o al di fuori dei locali commerciali. Per quanto riguarda i contratti di credito ai sensi della direttiva 2008/48/CE, la Corte di giustizia ha precisato che il periodo di recesso di 14 giorni non

inizia a decorrere se le informazioni fornite dal professionista al momento della stipula del contratto sono incomplete o erranee al punto da influenzare la valutazione del consumatore sui suoi diritti e obblighi, e sulla sua decisione di stipulare il contratto.

In questo caso, l'esercizio del diritto di recesso oltre i 14 giorni non può essere considerato abusivo, anche se avviene molto tempo dopo la conclusione del contratto. Tuttavia, la Corte di giustizia ha specificato che una volta che il contratto di credito è stato completamente eseguito, il consumatore non può più esercitare il suo diritto di recesso.

**CORTE COST., UD. 8 NOVEMBRE 2023 (DEP. 8 NOVEMBRE 2023), N. 219**A cura di **Nicoletta CASTELLANO*****MASSIMA¹**

Il rapporto familiare instaurantesi tra madre e figlio viene considerato fondato su un legame di tipo “specialissimo”, come riportano testualmente le parole della Consulta.

Dunque, non può definirsi sempre prevalente il “best interest” rappresentato dalla cura degli interessi del minore (in questo caso, la cura dei rapporti familiari e a godere in maniera paritaria dei rapporti affettivi con la madre e con il padre quando uno di essi soggiaccia a pena in esecuzione), ma è opportuno ed altresì necessario operare una valutazione in concreto, priva di automatismi aprioristici, che rischino di segnare la strada di una decisione prima ancora che la stessa sia assunta.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo222**
- 2. Motivi della decisione223**
- 3. Dispositivo223**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La sentenza 219/2023 trae origine da un giudizio *a quo* originatosi dinanzi al Magistrato di sorveglianza di Cosenza in relazione alla presunta incostituzionalità dell'articolo 47-ter, comma 1, lett. a) e b), l. 354/1975, rispetto agli articoli 3 e 31, comma secondo, della Costituzione.

Il giudizio si incentra sulla mancata concessione in via provvisoria della misura alternativa della detenzione domiciliare speciale di cui all'articolo 47-quinquies, l. 354/1975 e sulla necessità – per

il giudice rimettente – di riqualificare l'istanza come volta ad ottenere la detenzione domiciliare ordinaria di cui all'articolo 47-ter, comma 1, lett. b) dell'ordinamento penitenziario.

Il giudice *a quo* ritiene che non sia possibile accogliere l'istanza del detenuto, in quanto la lettera b) dell'articolo in esame darebbe unicamente la possibilità di concedere siffatta misura al padre qualora la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Il giudice ricorrente, in sintesi, lamenta una lesione al principio della bigenitorialità come non-parità di trattamento dei due genitori: infatti, la lettera a), che riguarda la madre, dispone che, per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, il figlio debba essere convivente e debba avere meno di dieci anni, parimenti non debbano sussistere condizioni ostative in considerazione della sua pericolosità sociale.

Il padre, invece, deve dimostrare il decesso o l'avvenuta impossibilità assoluta della madre di prendersi cura della prole.

Verrebbe in questo modo leso l'articolo 31, comma 2, Cost. nel punto in cui viene negletto l'interesse del minore a godere della presenza di entrambi i genitori nella fase di crescita e sviluppo.

Viene così nettamente favorito lo sviluppo del rapporto tra madre e figlio e non anche quello tra padre e figlio.

Si segnala l'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, patrocinato dall'Avvocatura generale dello stato, che ha chiesto che le questioni fossero dichiarate inammissibili o comunque manifestamente infondate.

Ebbene, l'Avvocatura ritiene l'inammissibilità per difetto di rilevanza, poiché – a proprio dire – non è stata effettuata una valutazione in concreto

* Dottoressa in Giurisprudenza, con titolo conseguito presso l'Università “La Sapienza” di Roma.

¹ Massima non ufficiale.



sulla effettiva impossibilità della madre a dare assistenza alla prole, allineandosi quindi alle sentenze di Cassazione che prevedono e richiedono in modo cogente l'accertamento delle condizioni concrete caso per caso.

Nel merito, la questione sarebbe manifestamente infondata per il principio del bilanciamento di contrastanti valori costituzionalmente rilevanti.

In sostanza, chiosa la Corte, (...) *“il giudice a quo si duole della differente disciplina relativa alla concessione della detenzione domiciliare ordinaria alle madri e ai padri di bambini sino a dieci anni, prevista rispettivamente dalle lettere a) e b) dell’art. 47-ter, comma 1, ordin. penit. Mentre le madri che convivono con il proprio figlio possono essere senz’altro ammesse alla misura alternativa in parola allorché debbano scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a quattro anni (lettera a), i padri possono accedere a tale misura soltanto ove esercitino la responsabilità genitoriale e risulti che la madre sia deceduta, ovvero «assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (lettera b)”*.

Le questioni sono state ritenute ammissibili, e dunque è infondata l’eccezione dell’Avvocatura generale dello Stato.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Tuttavia, le questioni non sono fondate per i motivi che seguono.

Per la Corte, il giudice *a quo* ha mal impostato la questione perché si è incentrato non tanto sulla discriminazione dei genitori in base al sesso, ma sul diritto del minore ad intrattenere rapporti continuativi con entrambi i genitori, non valutabile in forma aprioristica.

Sul punto, vengono richiamate le sentenze 102/2020, 105/2023 e 187/2019, le quali affermano tutte l’importanza di garantire al figlio un rapporto continuativo con entrambi i genitori, così come suffragato anche da carte internazionali.

In sintesi – si cita la Corte – *“ (...) sul piano costituzionale, il diritto in questione costituisce una specifica declinazione del più generale principio dell’interesse “preminente” del minore: espressione con cui la giurisprudenza di questa Corte è solita tradurre il «principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (best interests) o dell’“interesse superiore” (intérêt supérieur) del minore (sentenza n. 102 del 2020).*

Tale principio si considera radicato tanto nell’art. 30, quanto nell’art. 31 Cost., quest’ultimo puntualmente evocato dal rimettente (ancora, sentenza n. 102 del 2020). È però altrettanto pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che il principio in parola impone sì una considerazione particolarmente attenta degli interessi del minore in ogni decisione – giudiziaria, amministrativa e legislativa – che lo riguarda, ma non ne assicura l’automatica prevalenza su ogni altro interesse, individuale o collettivo.”

Nel bilanciamento tra interessi del minore e tutela dell’esecuzione della pena, il primo, seppur *“best interest”*, non prevale assolutamente e aprioristicamente: in questo modo, potrebbe essere potenzialmente incostituzionale sempre l’esecuzione della pena se vi sono figli minori.

La questione viene risolta agilmente dalla Consulta con l’affermazione per cui tanto l’ordinamento penitenziario quanto il codice di procedura penale prediligano, comunque, lo sviluppo del rapporto tra madre e figlio, in virtù di un legame che viene definito *“specialissimo”*.

(...)

3. DISPOSITIVO

Le questioni sono state ritenute non fondate e dunque la Corte rimette gli atti al giudice *a quo* per assenza di conflitto con gli articoli 3 e 31, secondo comma, Cost.

CORTE COST., UD. 5 APRILE 2023 (DEP. 24 LUGLIO 2023), N. 160

A cura di **Nicoletta CASTELLANO***

MASSIMA¹

La potestà legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lett. s), Cost. esprime ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario, che sarebbero vanificate ove si attribuisse alla regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale. Ad una siffatta iniziativa si accompagnerebbe una modifica, attraverso un atto legislativo regionale, dell'assetto di competenze inderogabilmente stabilito dalla legge nazionale all'esito di una ragionevole valutazione di congruità del livello regionale come il più adeguato alla cura della materia.

SOMMARIO

1. **Svolgimento del processo 224**
2. **Motivi della decisione 226**
3. **Dispositivo 226**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La presente sentenza sanziona l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 L.R. Lombardia n. 30/2006, che attribuiva competenze ai Comuni lombardi per quanto concerne le attività di bonifica di siti inquinati.

Innanzitutto, il giudizio dinanzi alla Consulta trae origine da un ricorso presentato sotto la numerazione n. 123/2022 del registro ordinanze da parte del TAR Lombardia, sezione staccata di Brescia, con cui il ricorrente, la società incaricata della

bonifica, lamentava, appunto, la erronea attribuzione di suddetta competenza al Comune di Monticelli Brusati (BS), in quanto la competenza in materia ambientale, attribuita allo Stato come competenza esclusiva ex art. 117, secondo comma, Cost. e successivamente delegata alle Regioni con l'art. 242 del Codice dell'ambiente, non può incontrare una delega comunale da parte di una legge regionale, qual è quella oggetto di vaglio di costituzionalità. Difatti, affinché venga rispettato il principio di riparto delle competenze così come identificato dall'art. 117, c. 2, Cost. dovrebbe essere una legge statale a delegare ai Comuni la predetta competenza. Nell'ordinanza di rimessione, considerata in via di delibazione rilevante e non manifestamenti infondata, i ricorrenti lamentavano l'impugnazione del predetto atto normativo regionale anche per altre motivazioni (non specificate nel testo della sentenza), ma che la questione di legittimità costituzionale si dimostrava assorbente e prodromica rispetto alle altre, rilevanti solo in via consequenziale.

Sotto il profilo della rilevanza, la Corte osserva che il comune bresciano non si sarebbe limitato a porre in essere una mera attuazione esecutiva del contenuto della legge regionale vagliata, ma avrebbe proprio dato ordine di avviare un'attività di bonifica, per la cui attuazione è ostativa la predisposizione di un piano di analisi del rischio ex c. 4, art. 242 Cod. ambiente.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, invece, rileverebbe l'antitesi della disposizione in oggetto con gli artt. 198 e 242 Cod. dell'ambiente nel punto in cui non viene rispettato il canonico riparto di competenze tra Stato e regioni stabilito nella Carta costituzionale con la l. cost. n. 3/2001, introduttiva del rinnovato ed attualmente vigente assetto dell'art. 117 Cost.

* Dottoressa in Giurisprudenza, con titolo conseguito presso l'Università "La Sapienza" di Roma.

¹Massima ufficiale, 45697.

Nonostante la principale contrarietà rispetto all'art. 117 Cost., comunque risulta essere scorrettamente interpretato anche il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., *“che attribuisce ai comuni le funzioni amministrative – a meno che, al fine di assicurarne l'esercizio unitario, esse non vengano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato nella valorizzazione dei principi di sussidiarietà verticale, differenziazione e adeguatezza”* e che *“indicherebbe, per il rimettente, l'intenzione del legislatore costituzionale di introdurre un elemento di elasticità nell'attribuzione di tali funzioni, correlato alle esigenze unitarie di esercizio «sovraterritoriale» delle stesse”*.

Di contro, l'intervento processuale della Regione Lombardia è stato finalizzato a far valere l'infondatezza e l'irrilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale, per varie motivazioni.

In primo luogo, la Regione ha fatto valere l'inammissibilità del provvedimento perché l'illegittimità costituzionale sarebbe soltanto parziale, in quanto diretta solo a colpire l'art. 5 della legge regionale Lombardia 30/2006, articolo in virtù del quale la società ricorrente è stata investita dell'attività di bonifica da parte del piccolo comune, e non solo della mera attività di rimozione dei rifiuti, attività che legittimamente sarebbe potuta essere oggetto di esecuzione mera da parte della società.

La Regione Lombardia ha, poi, invocato una flessibilità interpretativa del concetto di sussidiarietà verticale ex art. 118 Cost., ribadendo che la legge di revisione istitutiva della riforma costituzionale del 2001 abbia rivisto il classico e ormai obsoleto criterio del parallelismo tra attività legislative ed amministrative.

L'interveniente, poi, deduce l'eccezione di infondatezza merita nel punto in cui, comunque, sarebbe proprio l'assetto tassonomico contenuto nell'art. 117 Cost. ad essere confuso, in quanto il tema ambientale, seppur declinato sotto nomenclature diverse, è presente tanto nei commi secondo, terzo e quarto, disciplinanti rispettivamente le competenze esclusive, concorrenti e residuali. Inoltre, la

difesa lombarda ha introdotto l'ulteriore eccezione secondo la quale la riforma costituzionale del 2022, modificativa degli artt. 9 e 41 Cost., ha innalzato ad un ruolo di prim'ordine il lato concetto di ambiente, giustificando quindi una delegificazione della materia ai comuni per garantire una più puntuale applicazione del principio di sussidiarietà (in quanto il comune riuscirebbe a garantire una maggiore capillarità della tutela).

Un'interessante deduzione eccezionale effettuata dalla difesa lombarda è poi legata ad una Cassazione del 2022 (si cita sezione seconda civile, sentenza 23 settembre 2022, n. 27975) che ha escluso la violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost. qualora deleghi *“il potere autorizzatorio in coerenza con i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui all'art. 118 Cost.”*. Tale tendenza delegificatoria sarebbe rinvenibile anche nei principi generali che sorreggono il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), nonché da decreti attuativi dello stesso Piano, quali l'art. 1, comma 4, lettera o), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 e l'art. 2, comma 1, lettere f) e g).

Nelle articolazioni di diritto, la Consulta giunge a conformarsi alla tesi, sostenuta dal TAR Lombardia, secondo cui l'art. 5, L.R. Lombardia 30/2006, sia contrario al riparto delle competenze costituzionalmente definite dall'art. 117 Cost. Essa individuerrebbe nel Comune l'ente preposto a farsi carico della bonifica dei siti inquinati. Ciò in quanto, tenendo invece a mente il tenore letterale degli artt. 198 e 242 Cod. ambiente, è palese che la competenza sia in realtà attribuita alle Regioni proprio in virtù del codice *de quo*.

Tutte le eccezioni sollevate dal controricorrente Regione Lombardia sono state dichiarate ininfluenti e, pertanto, inammissibili a fronte di un'interpretazione pressoché letterale degli artt. 198 e 242 D. lgs. 152/2006.

Infine, la Corte giunge all'argomentazione secondo cui la questione è fondata non solo in via



deliberatoria, ma anche nel merito, in quanto “la Regione Lombardia ha, dunque, trasferito ai comuni le funzioni che, a livello statale, l’art. 242 cod. ambiente attribuisce alle regioni, da esercitare attraverso procedure nelle quali i comuni intervengono rilasciando un parere in ordine all’approvazione da parte delle stesse regioni dei progetti di bonifica dei siti inquinati”.

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

In conclusione, il giudice delle leggi richiama l’indirizzo già inaugurato nel 2021, con cui era stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’articolo 6, comma 2, lettere b e c, L.R. Lazio 27/1998, che violava, secondo la Corte, il riparto di competenze ex art. 117, secondo comma, lett. s), attuate nel codice dell’ambiente in materia di autodemolizioni di macchinari. La sentenza 189/2021 mira proprio a fare in modo che vengano rispettate le diverse allocazioni delle competenze individuate dalla Costituzione, secondo il semplice principio per cui, se una materia è attribuita alla competenza statale, la si è attribuita per questioni di rilevanza ed importanza nella garanzia di tutela della materia.

A conferma delle predette conclusioni, la Corte si richiama ad un’interpretazione restrittiva dell’art. 198, c. 4, Cod. ambiente, per cui i Comuni hanno un ruolo solamente ancillare rispetto all’attività di bonifica delle zone inquinate, in quanto la loro unica prerogativa è quella di rilasciare un parere in cui esprimono la propria opinione sull’attività, senza però avere potere decisionale effettivo.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

(...)

per questi motivi

La Corte Costituzionale:

dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 della legge della Regione Lombardia 27 dicembre 2006, n. 30, recante «Disposizioni legislative per l’attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell’articolo 9-ter della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34 (Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione) - collegato 2007)».

Dal dispositivo riportato, si comprende agilmente l’esito della controversia: la Corte ha accolto le doglianze del ricorrente, espungendo la norma sindacata dal sistema legislativo regionale della Lombardia.

**CORTE COST., CAM. CONS. 11 GENNAIO 2023 (DEP. 10 MARZO 2023), N. 40**A cura di **Fabrizio CESAREO*****MASSIMA¹**

È costituzionalmente illegittimo - in riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU - l'art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 297 del 2004, limitatamente al primo periodo, nella parte in cui prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria "di euro cinquantamila" anziché "da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro" per le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari registrate con denominazione di origine o indicazione geografica protetta (DOP o IGP), poiché l'equiparazione delle condotte più gravi e pericolose a quelle di minor rilievo, con la previsione per tutte di una sanzione in misura fissa, contrasta con il principio di proporzionalità delle sanzioni.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo227**
- 2. Motivi della decisione228**
- 3. Dispositivo230**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ordinanza pervenuta l'8 aprile 2022 (reg. ord. n. 43 del 2022), la Corte di cassazione, sezione seconda civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legislativo 19 novembre 2004, n. 297, recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine

dei prodotti agricoli e alimentari», in riferimento all'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice a quo premette che all'Istituto nord est qualità (INEQ), al tempo l'organismo di controllo della qualità delle produzioni di Prosciutto di San Daniele, denominazione di origine protetta (DOP), è stata applicata, con provvedimento ministeriale, la sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila, in forza dell'art. 4 censurato, che prevede: «[a]lla struttura di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), che non adempie alle prescrizioni o agli obblighi, impartiti dalle competenti autorità pubbliche, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario concernenti una denominazione protetta, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila». L'INEQ si è opposto alla sanzione, dinanzi al competente tribunale, adducendo l'insussistenza delle tre violazioni contestate: 1) avere omesso di rilevare che un'azienda agricola aveva rettificato un'annotazione sulla certificazione unitaria di conformità, utilizzando modalità diverse da quelle prescritte dal «manuale 1»; 2) avere omesso di rilevare l'errore del produttore che mancava di registrare cosce di suino introdotte per la lavorazione, violando regole impartite nel «manuale 2»; 3) non avere debitamente sottoscritto per presa visione il registro di un produttore, contravvenendo, ancora, a una regola del «manuale 2». Adduceva, inoltre, il carattere eccessivo della sanzione fissa.

Il tribunale ha rigettato l'opposizione e anche la Corte d'appello di Venezia, adita da INEQ, ha

* Assegnista di ricerca in diritto dei trasporti e diritto agroalimentare presso l'Università degli Studi di Teramo. Professore a contratto di diritto agrario presso l'Università degli

Studi di Teramo e di diritto privato presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Massima non ufficiale.



disatteso l'impugnazione. La medesima Corte, nel confermare le decisioni sul merito della controversia, si è, inoltre, pronunciata sulla manifesta infondatezza dell'eccezione di parte sulla illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria, in riferimento all'art. 3 Cost.

Nel ricorso per cassazione, l'INEQ ha proposto quattro motivi. Nei primi tre, ha denunciato l'erronea applicazione delle regole dei manuali sul controllo della qualità, da cui sarebbe scaturita l'ingiusta contestazione delle violazioni; nel quarto motivo, ha dedotto l'applicazione di un ragionamento «eccessivamente schematico» da parte dei giudici di merito, i quali – sulla scorta della «vincolatività» dei manuali – non si sarebbero soffermati a discernere quali condotte possano configurare un inadempimento alle prescrizioni e agli obblighi tanto grave da essere punito secondo la previsione dell'art. 4 del d.lgs. n. 297 del 2004.

(...)

Il giudice a quo ritiene che (...) l'entità della sanzione sarebbe di notevole rilievo, «anche a volerla rapportare a capacità economica non modesta», e il ventaglio delle condotte sanzionate sarebbe vasto, punendo la previsione l'inadempimento «alle prescrizioni o agli obblighi, impartiti dalle competenti autorità pubbliche, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario concernenti una denominazione protetta».

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Le questioni sarebbero rilevanti, visto che l'oggetto del giudizio principale verte sulla corretta applicazione della norma censurata: non sarebbe, dunque, possibile pronunciarsi indipendentemente dalla risoluzione dell'incidente di legittimità costituzionale. Le censure sarebbero, inoltre, non

manifestamente infondate; la giurisprudenza di questa Corte avrebbe, difatti, stabilito la necessità che le sanzioni fisse rispondano al principio di proporzionalità. Sussisterebbero, in particolare, gli stessi vizi rilevati nella sentenza n. 185 del 2021, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che puniva l'inosservanza di taluni obblighi informativi sui rischi connessi al gioco d'azzardo con sanzione amministrativa pari a euro cinquantamila, riscontrando la violazione dell'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione dell'art. 1 Prot. addiz. CEDU.

Anzitutto, il d.lgs. n. 297 del 2004, che contiene la norma censurata, è stato adottato, in attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 3 febbraio 2003, n. 14 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2002), per stabilire le sanzioni legate alla violazione delle norme del regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 2081/92, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, poi modificato con il passare del tempo: oggi la disciplina è contenuta nel regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari. (...) Per utilizzare il nome, si deve osservare il disciplinare di produzione relativo allo specifico prodotto (art. 7). E, proprio al fine di assicurare il corretto sfruttamento delle potenzialità evocative legate all'uso di DOP e IGP, oltre che la stessa qualità di tali prodotti agroalimentari, è previsto che autorità pubbliche, designate dagli Stati membri, effettuino accurati controlli. Viene, in proposito, in rilievo il regolamento (UE) n. 625/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli

alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari. (...).

Lo stesso regolamento prevede, inoltre, che «[g]li Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni del presente regolamento e adottano tutte le misure necessarie ad assicurare la loro attuazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive» (così, l'art. 139).

(...)

In Italia la responsabilità dei controlli in questione compete al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste. Il Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF) del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste vigila sulla regolarità dei controlli, verificando l'attività svolta dagli organismi autorizzati, e commina le sanzioni conseguenti la violazione delle procedure, compresa quella prevista nella disposizione censurata. Gli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 297 del 2004 prevedono sanzioni amministrative pecuniarie, graduabili entro un minimo e un massimo, per i produttori di DOP e IGP che facciano un uso commerciale scorretto delle denominazioni protette. Sono, infatti, puniti comportamenti come il mancato assoggettamento al controllo, la violazione della disciplina di produzione, l'imitazione o contraffazione della denominazione nella presentazione del prodotto. È, inoltre, prevista l'inibizione all'uso della denominazione o l'inibizione del comportamento sanzionato, la cui inosservanza comporta l'applicabilità di una sanzione fissa di euro cinquantamila (art. 7). Gli artt. 4 e 6 stabiliscono le sanzioni applicabili agli organismi di controllo e ai consorzi di tutela che compiano condotte non lecite; si tratta di sanzioni stabilite in misura fissa.

(...)

Un sistema parallelo a quello che tutela le DOP è previsto per le produzioni da agricoltura biologica: da ultimo, regolamento (UE) n. 848/2018 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici.

La norma in esame prevede che ogni inadempienza alle prescrizioni o agli obblighi impartiti dalle competenti autorità pubbliche agli organismi di controllo delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario, è punita con la sanzione amministrativa fissa di euro cinquantamila. La gamma di condotte riconducibili alla medesima fattispecie sanzionatoria è quanto mai vasta (...), considerato che l'esecuzione dei controlli è regolata, per ciascuna produzione protetta, da «manuali», che contengono indicazioni della natura più diversa (...). La previsione in esame, in definitiva, equipara le condotte più gravi e pericolose a quelle di minor rilievo, stabilendo per tutte una sanzione in misura fissa. Ciò è in aperto contrasto con il principio di proporzionalità delle sanzioni.

Con riferimento alle sanzioni penali, le «previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale», potendo il dubbio di illegittimità costituzionale essere superato solo «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato» (sentenze n. 222 del 2018 e, nello stesso senso, n. 50 del 1980).

Tali affermazioni valgono anche in materia di sanzioni amministrative (...).

Pure «per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la



sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato» (sentenza n. 185 del 2021).

La sanzione, tuttavia, non può, in questa occasione, essere eliminata puramente e semplicemente, per effetto della pronuncia di accoglimento. La rimozione del vulnus costituzionale deve, quindi, passare attraverso la sostituzione della sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, secondo la regola che discende dalla già evocata e costante giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 40 del 2019, ... e n. 236 del 2016).

Si deve, perciò, ritenere ragionevole che le violazioni più gravi siano punite con la sanzione pecuniaria di cinquantamila euro, nel rispetto della scelta legislativa originaria, dovendosi, al contempo, individuare la forbice edittale entro cui commisurare la sanzione. Occorre, dunque, attingere a «precisi punti di riferimento», nel tessuto normativo, per fissare il minimo edittale.

La soluzione è offerta, nella specie, dall'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 20 del 2018, che punisce con sanzione graduabile le violazioni degli organismi di controllo sui prodotti BIO. Esso prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di diecimila (e sino ad un massimo di trentamila euro) all'organismo di controllo che commetta illeciti nello svolgimento delle attività delegate.

La misura sanzionatoria indicata s'intende naturalmente modificabile dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con altra, purché rispettosa del principio di proporzionalità.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 2004, n. 297, recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle

indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari», nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «di euro cinquantamila», anziché «da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro».

CORTE COSTITUZIONALE, UD. 5 LUGLIO 2023 (DEP. 28 SETTEMBRE 2023), N. 183/2023

A cura di **Arianna ZURZOLO***

MASSIMA¹

Secondo l'attuale disciplina dell'adozione piena, il giudice valutato il preminente interesse del minore ha la possibilità di decidere che vengano mantenute relazioni di tipo socio-affettivo con i componenti della famiglia di origine dell'adottato. Infatti, la cessazione dei rapporti giuridici stabilita dall'articolo 27, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 non comporta una cessazione in termini assoluti altresì delle relazioni sociali, in quanto il loro mantenimento potrebbe comunque realizzare il best interest del minore.

SOMMARIO

1. **Svolgimento del processo 231**
2. **Motivi della decisione 232**
3. **Dispositivo 233**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ordinanza del 5 Gennaio 2023, la prima sezione civile della Corte di Cassazione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 27, terzo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui veniva esclusa la valutazione concreta del preminente interesse del minore a mantenere dei rapporti con i componenti della famiglia di origine, in violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli artt. 3, 20, comma 3, e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n.

* Dottoressa in Giurisprudenza, titolo conseguito presso Università degli Studi di Messina.

176, nonché all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte di Appello di Milano aveva constatato lo stato di abbandono dei minori R.Z.S. e A.Z.S, dichiarando la loro adottabilità, con la possibilità di conservare delle relazioni con la nonna materna e alcuni familiari dal lato paterno, con incontri stabiliti dai servizi territoriali al fine di tutelare al massimo i bambini. Contro tale sentenza aveva proposto ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Milano, chiedendo di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 27, comma 3, l. 184/1983 qualora l'assolutezza del divieto fosse stata ritenuta insuperabile. Secondo il giudice a quo, il suddetto articolo lasciava poco spazio ad interpretazione costituzionalmente orientata, non potendosi quindi effettuare una valutazione concreta dell'interesse del minore a mantenere dei rapporti sociali con la famiglia di origine.

Il 6 Marzo 2023 si costituiscono quindi in giudizio i minori, rappresentati da un tutore provvisorio. Secondo la loro difesa: «*il principio costituzionale del miglior interesse del minore non ama gli automatismi legislativi, e anzi è ontologicamente incompatibile con soluzioni legislative rigide*». Inoltre, a detta della difesa, secondo il principio personalista la persona è da intendersi quale “uomo sociale”, la cui realizzazione è strettamente collegata alle relazioni che intrattiene con gli altri, richiamando altresì la sentenza della Corte Costituzionale n.79/2022 secondo la quale le relazioni parentali concorrono alla costruzione dell'identità del minore.

Il ricorrente lamenta principalmente che la norma censurata non consentirebbe di mettere in campo tutte le energie affettive e relazionali che possono contribuire all'adeguato sviluppo della

¹ Massima non ufficiale.



personalità dei minori, in quanto andrebbero a subire delle deprivazioni di tipo affettivo di particolare gravità: l'eccezione è stata comunque ritenuta non fondata in quanto la pronuncia che è stata richiesta alla Corte Costituzionale sottende la volontà del ricorrente di attribuire al giudice il potere discrezionale di garantire la continuità dei rapporti affettivi, pur sempre mantenendo la cessazione di quelli giuridici. Pertanto, la tipologia di intervento richiesta non sarebbe destinata ad avere alcun riverbero sull'instaurazione di una relazione di parentela piena ed esclusiva con la famiglia adottiva, rendendo così infondato il timore di una presunta incertezza riguardo i possibili effetti dello *status* di figlio conseguente all'adozione. Seconda eccezione di inammissibilità riguarda invece la genericità ed ambiguità dell'ordinanza di rimessione, con cui non viene chiarito il motivo per cui il significato di "famiglia di origine" debba essere sostituito con la previsione di cui all'art. 10, comma 2, l. 184/83.

Infine, l'Avvocatura generale dello Stato ha sollevato un'eccezione di inammissibilità fondata sul carattere eccessivamente manipolativo dell'intervento richiesto alla Corte Costituzionale: secondo la difesa statale infatti la richiesta del giudice a quo rischia di divenire un intervento di sistema, compito che spetta sostanzialmente al legislatore, unico competente a tenere conto di tutti i particolari interessi coinvolti. Anche tale eccezione è stata ritenuta non fondata.

La Corte ha infatti specificato che il rimettente non aveva intenzione di riformare l'intero sistema degli effetti dell'azione, ma si trattava di un intervento circoscritto al comma 3 del già citato articolo, che non andrebbe ad incidere né sul rapporto giuridico di filiazione né sul procedimento che conduce alla sentenza di adozione.

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

I motivi che hanno spinto la Corte Costituzionale a dichiarare l'inammissibilità della questione proposta dal giudice rimettente possono essere riassunti come segue:

La Corte ha esaminato la questione innanzitutto in relazione all'articolo 3 Cost, ritenendola infondata in relazione all'«ingiustificata disparità di trattamento con gli altri modelli di genitorialità adottiva, previsti dall'art. 44 legge n. 184 del 1983, per i quali non è normativamente prevista la reciproca con i nuclei familiari d'origine», in quanto l'adozione in casi particolari richiamata dall'ordinanza non recide l'originario vincolo di filiazione e i rapporti di parentela con la famiglia biologica, nonostante la creazione di una filiazione adottiva. Conseguentemente, nell'adozione di cui all'articolo 44, non vi è alcun ostacolo al permanere di relazioni di fatto con i componenti della famiglia di origine. Pertanto, la questione riguardante l'irragionevole disparità di trattamento con la disciplina dell'adozione in casi particolari non è da ritenersi fondata.

In relazione alla legittimità costituzionale della norma censurata in riferimento agli artt. 2, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 3, 20, comma 3, e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo, le questioni invece non sono fondate in quanto l'articolo censurato fa derivare la cessazione del rapporto giuridico-formale di filiazione e conseguentemente le relazioni parentali con la famiglia di origine successivamente ad un giudizio di assoluta inidoneità nei confronti dei genitori biologici e degli altri parenti che sarebbero tenuti ad occuparsi del minore. Secondo la Corte, l'articolo lascia presumere che sia interesse del minore in quanto abbandonato interrompere le relazioni con la famiglia di origine: tuttavia, se tale presunzione fosse da intendersi in maniera assoluta, si andrebbe però a creare un punto di rottura con i principi costituzionali



posti a difesa degli interessi del minore e della sua identità.

Da una parte, infatti, gli artt. 2 e 30 mettono in luce l'importanza della tutela dell'identità del minore, che si costruisce non soltanto nel presente ma altresì nel passato, richiedendo una consapevolezza delle proprie radici. Dall'altra, invece, la tutela dell'identità del minore non è compatibile con presunzioni assolute che non sono attente alle singole situazioni personali che si creano. La formulazione del censurato articolo, infatti, esclude un divieto assoluto di preservare le relazioni socio-affettive con la famiglia di origine del minore, tant'è che sempre la legge n.184/83 contempla la tutela normativa di una tipologia di relazione socio-affettiva tra i componenti della famiglia di origine, ovvero quello tra fratelli e sorelle in stato di abbandono, dimostrando così che la legge preserva l'interesse del minore alla continuità della relazione socio-affettiva con la famiglia di origine.

(...)

3. *DISPOSITIVO*

Dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, terzo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia).

**CASS. PEN., SEZ III, UD. 4 APRILE 2023 (DEP. 4 SETTEMBRE 2023), N. 36572**A cura di **Federico ALOISIO*****MASSIMA¹**

In tema di delitti contro la personalità individuale, integra la detenzione penalmente rilevante ai sensi dell'art. 600-quater co. 1 c.p. la disponibilità di file di contenuto pedopornografico archiviati sul cloud storage di una chat di gruppo nello spazio Telegram e accessibili, per il tramite delle proprie credenziali, da parte di ogni componente del gruppo che abbia ad esso consapevolmente preso parte.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo234**
- 2. Motivi della decisione235**
- 3. Dispositivo237**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Napoli ha confermato la decisione di primo grado del Tribunale di Napoli con cui, all'esito della fase dibattimentale, E.F. veniva ritenuto colpevole del delitto di cui all'art. 600-quater c.p. e condannato alla pena di anni due e mesi otto di reclusione e € 3.000 di multa.

L'imputazione si strutturava su due capi: al capo A, veniva contestato all'imputato il delitto di cui all'art. 600-quater comma 1 c.p. perché deteneva all'interno di uno spazio virtuale, segnatamente nella cartella dei *media* condivisi di una chat di gruppo facente parte del servizio di messaggiera istantanea denominato 'Telegram' – cui accedeva utilizzando un *account* abbinato alla sua utenza

telefonica – più di centocinquanta *file* contenenti materiale pedopornografico, con l'aggravante dell'ingente quantità; al capo B, veniva contestato il delitto *ex art. 600-ter* comma 4 c.p., così riqualificata l'originaria imputazione, per aver condiviso i predetti *file* in chat private, di cui facevano parte un ristretto numero di persone.

Avverso la sentenza l'imputato ha proposto due ricorsi per cassazione, redatti da due difensori differenti, affidando le proprie censure a 8 diversi motivi complessivi.

Con il primo motivo, riferibile alla configurabilità del delitto di cui al capo A, l'imputato deduceva il vizio di violazione di legge per avere la Corte territoriale erroneamente ritenuto sussistente l'elemento oggettivo della detenzione richiesto dalla fattispecie incriminatrice, non avendo l'imputato effettuato alcuna operazione di *download* dei *file* presenti sulla chat sul proprio cellulare – *file*, invece, contenuti nel *cloud storage* abbinato alla *chat* Telegram "Abusi e Famiglia" di cui l'imputato faceva parte – non avendo, pertanto, la fisica disponibilità dei *file* in contestazione bensì potendo soltanto visualizzarli attraverso l'accesso alla rete internet. In considerazione di un tanto, la difesa sosteneva la necessità di riqualificare la condotta di cui al capo in parola nella fattispecie individuata dall'art. 600-quater comma 3 c.p., anche e soprattutto ritenuto che l'iscrizione ad una chat non appariva assimilabile alla mera navigazione in internet, presupponendo, invece, la memorizzazione automatica dei *file* sul dispositivo elettronico o nella cartella degli elementi multimediali condivisi a cui l'imputato aveva libero accesso.

Con il secondo motivo, deduceva il vizio di violazione di legge riferito all'art. 552 c.p.p. e al vizio

* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Trieste.

¹ Massima non ufficiale.

di motivazione, posto che il fatto ritenuto in sentenza appariva diverso da quello contestato e che la Corte territoriale non si era espressa sul punto nonostante l'espressa contestazione sollevata con l'atto d'appello.

Con il terzo motivo, lamentava il vizio di violazione di legge *ex art. 600-quater* comma 2 c.p. e il vizio di motivazione, posto che la configurabilità dell'aggravante di cui al capo A) non poteva essere commisurata al numero complessivo dei *file* detenuti da tutti i partecipanti alla chat Telegram, non potendo la natura indiretta della detenzione da parte dell'imputato far ricadere solo su di lui gli effetti di una condotta qualificabile come collettiva, oltre a non aver la Corte di appello neppure verificato il numero dei *file* presenti sulla chat, limitandosi ad un'indicazione largamente approssimativa degli stessi.

Con il quarto motivo, contestava il vizio di violazione di legge di cui all'art. 62-*bis* c.p. e il vizio di motivazione, nella considerazione che la negazione della concessione delle circostanze attenuanti generiche non trovava rispondenza, prima, nella condotta collaborativa procedimentale dell'indagato e, dopo, nel generale contegno processuale del soggetto medesimo, elementi – questi – da valorizzare nel quadro di un genuino tentativo dell'imputato, che ha risarcito il danno ed intrapreso un percorso terapeutico, di improntare la propria condotta futura ad un minor se non azzerato disvalore penale.

Con il quinto motivo, deduceva il vizio di motivazione con riferimento al *quantum* di pena irrogato, determinato senza valutare la positiva condotta dell'imputato successiva al fatto commesso.

Con il sesto motivo lamentava la violazione di legge riferibile all'art. 600-*quater* c.p., sostenendo – come nel perimetro del primo motivo sopra menzionato – l'assenza di uno specifico atto di *download* del materiale pedopornografico contestato, essendo questo presente all'interno della chat di Telegram "Famiglia e abusi", altresì sottolineando come non

si potesse ravvisare alcuna differenza con il caso della consultazione di un sito internet attraverso un *browser* dal momento che la cartella dei *media* condivisi della chat non era nella disponibilità dell'imputato, potendovi quest'ultimo accedere solo in presenza di una rete o di una connessione internet.

Con il settimo motivo contestava la violazione di legge dell'art. 600-*quater* c.p. e il vizio di motivazione, posto che le indagini di P.G., come risultanti dal verbale delle operazioni compiute, avevano determinato l'emersione della detenzione di circa 150 *file*, numero, tuttavia, approssimativo e non del tutto indicativo dell'entità della condotta dell'imputato, considerato che – come appurato in seguito – tale indicazione si saturava della presenza tanto di *file* a contenuto pedopornografico quanto pornografico (questi ultimi penalmente irrilevanti), nonché di immagini variamente duplicate, difettando in tal guisa una precisa quantificazione riferibile ai contenuti in parola e, conseguentemente, l'aggravante dell'ingente quantitativo.

Con l'ottavo ed ultimo motivo, lamentava il vizio di violazione di legge relativo agli artt. 62-*bis* c.p. e 133 c.p. e il vizio di motivazione con riferimento al trattamento sanzionatorio, sottolineando il travisamento della prova per avere la Corte di appello ritenuto contraddittoria la confessione resa dall'imputato e la censurabilità delle conclusioni tratte con particolare riguardo al percorso di sostegno psicoterapeutico intrapreso dall'imputato, posto che gli esiti di tale percorso si sarebbero potuti apprezzare con riferimento ad una riduzione del rischio di recidiva, anche considerata, come segnalato dal terapeuta, la rinnovata consapevolezza dell'imputato circa il disvalore penale della condotta realizzata e un maturato senso di responsabilità.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

I principi sanciti dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- il concetto di “detenzione”, seppur di matrice civilistica, viene mutuato dal legislatore penale solo con riferimento al “*corpus possessionis*”, senza alcun apprezzabile interesse ad approfondire l’elemento soggettivo dell’*animus possidendi*. Ciò appare coerente con le ricostruzioni della dottrina civilistica che si è occupata di studiare gli odierni fenomeni della realtà virtuale, grazie allo sviluppo e all’impatto delle nuove tecnologie sul mercato (si pensi, *ex multis*, alle criptovalute), e che ha ritenuto di precisare come i beni immateriali (a cui tali fenomeni appaiono equiparati) non siano, per la loro medesima natura, suscettibili di quell’uso esclusivo che fonda la disciplina positiva della detenzione e del possesso, sicché – pur potendosene sostenere nella realtà fenomenica il loro godimento ed utilizzo – non appare verosimile assimilare i diritti assoluti su beni immateriali ai diritti reali, perciò ritenendone ammissibile il possesso se utilizzati da un soggetto che – pur non essendone titolare – si comporti come tale.

Dal punto di vista del diritto penale, i *file* condividono con i beni immateriali la caratteristica di poter essere utilizzati da più soggetti anche contemporaneamente senza che l’esercizio dell’uno impedisca quello degli altri, apparendo così necessario ampliare il concetto di “detenzione”, sganciandolo dalla relazione materiale con la *res* intesa in termini strettamente fisici e traslandone il nucleo essenziale sulla fruibilità della medesima in termini non già concreti bensì anche solo meramente potenziali, prescindendo dall’utilizzo effettivo;

- ogni qual volta un soggetto entri in una chat, avrà la possibilità di accedere alle conversazioni e ai contenuti condivisi all’interno del gruppo, significando che i contenuti, non appena condivisi, vengono automaticamente salvati con il sistema *cloud storage* nella chat del gruppo, divenendo

patrimonio comune di ogni componente del gruppo medesimo che, pertanto, sarà libero di accedere, consultarli, condividerli al pari di ogni detentore individuale;

- resta, in ogni caso, fondamentale accertare la consapevolezza dell’utente circa la partecipazione ad una chat che presenti contenuti integranti la violazione della fattispecie incriminatrice *de qua* e, quindi, creata allo specifico fine di condividere materiale pedopornografico, dimostrazione di consapevolezza che – sul piano strettamente soggettivo – graverà sull’accusa e di cui dovrà puntualmente dare conto l’organo giudicante nel pronunciare l’eventuale sentenza di condanna;

- non vi è alcuna differenza tra un’operazione di *download* dei file fatta sul proprio cellulare e l’accesso incondizionato ad un archivio condiviso tra i partecipanti ad una chat collettiva, accesso ottenuto proprio in conseguenza della propria consapevole partecipazione al gruppo telematico, giacché – in ambedue le ipotesi – l’agente ha la piena e incondizionata possibilità di fruire del materiale archiviato, a nulla rilevando che sia stato lui stesso o altri ad aver effettuato le operazioni di salvataggio. Di conseguenza, è da ritenersi che integri la detenzione penalmente rilevante di materiale pedopornografico la disponibilità di *file* di siffatta specie archiviati sul *cloud storage* di una chat di gruppo nello spazio Telegram e accessibili, con le proprie credenziali, da parte di ogni componente del gruppo e che abbia consapevolmente ad esso preso parte;

- non è profilabile alcun contrasto tra contestazione e sentenza quando l’imputato abbia comunque potuto difendersi in ordine all’oggetto dell’imputazione, sussistendo la violazione *de qua* ogniqualvolta il fatto ritenuto in sentenza si trovi, rispetto a quello contestato, in un rapporto di incompatibilità ed eterogeneità di fronte al quale l’imputato non abbia potuto esercitare il proprio diritto a difendersi;



- con riferimento alle doglianze sollevate rispetto al mancato accertamento del dato numerico dei *file* presenti sulla chat, la Suprema Corte ha rilevato la genericità della contestazione mossa, precisando che la valutazione compiuta dalla Corte distrettuale, oltre a rappresentare un apprezzamento di merito insindacabile in sede di legittimità, rappresenta puntuale declinazione del principio invalso nella giurisprudenza relativa alla fattispecie incriminatrice *de qua* secondo cui la configurabilità della circostanza aggravante dell'ingente quantità nel delitto di detenzione di materiale pedopornografico impone al giudice di tenere conto non solo del numero dei supporti informatici detenuti ma anche – così come il termine “materiale” impiegato dal legislatore autorizza a ritenere – del numero di immagini, da considerare come obiettiva unità di misura, che ciascuno di essi contiene²;

- con riferimento al diniego delle attenuanti generiche, la Corte di legittimità ha sottolineato come sia stato reiteratamente affermato che il riconoscimento delle circostanze anzidette ai sensi dell'art. 62-*bis* c.p. è oggetto di un giudizio di fatto, potendo pertanto essere escluso dal giudice di merito con motivazione fondata anche sui soli elementi ritenuti ostativi alla concessione del beneficio la cui configurabilità preclude la disamina degli altri parametri di cui all'art. 133 c.p., non potendosi, in ultima battuta, sindacare per cassazione la stessa motivazione – purché congrua e non contraddittoria – altresì chiarendo che la *ratio* cui risponde il beneficio delle circostanze attenuanti generiche è esclusivamente quello di mitigare la pena rispetto alla forbice edittale che, nel caso di specie, la Corte di Appello non ha ritenuto passibile di alcuna attenuazione rispetto alla quantificazione effettuata già dalla sentenza di primo grado.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Rigetta i ricorsi e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

² Cfr. *ex multis* Cass. Pen., sez. III, sent. n. 35876/2016, Rv. 268008; Cass. Pen., sez. III, sent. n. 39543/2017, Rv. 271461).

CASS. PEN., SEZ III, UD. 26 SETTEMBRE 2023 (DEP. 16 NOVEMBRE 2023), N. 46188

A cura di **Federico ALOISIO***

MASSIMA¹

In tema di impianti audiovisivi e altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, la presenza dei lavoratori nel luogo ripreso dagli impianti di videosorveglianza è requisito imprescindibile per la configurabilità del reato che, comunque, non risulta configurabile laddove l'impianto audiovisivo o di controllo a distanza, sebbene installato sul luogo di lavoro in difetto di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate o di autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, sia strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale, sempre che il suo utilizzo non implichi un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti o resti necessariamente "riservato" per consentire l'accertamento di gravi condotte illecite degli stessi.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 238**
- 2. Motivi della decisione 238**
- 3. Dispositivo 239**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Messina ha condannato C.M., in qualità di titolare di un bar, per il reato di cui all'art. 4 L. 300/1970 alla pena di € 3.000,00 di ammenda, in quanto ritenuta colpevole di aver installato un impianto di videosorveglianza senza la preventiva autorizzazione richiesta dalla legge.

Avverso la sentenza l'imputata ha proposto ricorso per cassazione, articolando tre motivi:

* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Trieste.

Con il primo motivo denunciava la violazione di legge, con riferimento all'art. 4 L. 300/1970, posto che non sono stati approfonditi taluni aspetti richiesti dalla fattispecie incriminatrice in parola, vale a dire la predisposizione dell'impianto alla registrazione e la qualità di datrice di lavoro di qualcuno dell'imputata, elementi – questi – di segno negativo posto che, come sostenuto dalla Difesa, l'impianto era a circuito chiuso (e, pertanto, non appariva deputato a registrare alcunché) e l'azienda non aveva dipendenti;

Con il secondo motivo, lamentava la sproporzionalità del quantum sanzionatorio, eccessivo sia con riferimento al fatto contestato che al contesto di sua realizzazione;

Con il terzo motivo, deduceva la mancata applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., posto che la particolare tenuità del danno si sarebbe dovuta riconoscere tanto per la minima offensività della condotta quanto per la esigua intensità dell'elemento soggettivo.

Per la Suprema Corte il ricorso è fondato con riferimento alle doglianze esposte nel primo motivo, potendosi ritenere le altre interamente assorbite in esso.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

I principi sanciti dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- la presenza di lavoratori nel luogo ripreso dagli impianti di videosorveglianza sono requisiti imprescindibili per la configurabilità del reato in parola, previsto dall'art. 15 D.lgs. 101/2018 e

¹ Massima non ufficiale.



successivamente integrato dall'art. 4 comma 1 L. 300/1970 che appare preordinato a regolamentare l'uso, da parte del datore di lavoro, degli impianti audiovisivi e degli strumenti attraverso i quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori;

- non è configurabile il reato in parola (in particolare, la violazione degli artt. 4 e 38) quando l'impianto audiovisivo o di controllo a distanza, sebbene installato sul luogo di lavoro in difetto di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate o di autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, sia strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale, sempre che il suo utilizzo non implichi un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti o resti necessariamente "riservato" per consentire l'accertamento di gravi condotte illecite degli stessi².

Posti tali principi, la sentenza impugnata pecca di lacunosità sotto entrambi i profili, posto che:

a) il Tribunale di Messina si limita a dare atto che, nel bar di cui l'imputata era titolare, erano stati installati 5 monitor e 5 telecamere, sebbene in difetto di espressa autorizzazione, senza tuttavia precisare né se all'interno del locale commerciale prestassero attività lavorativa altri soggetti né se l'impianto di videosorveglianza implicasse un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti e non vi fosse la necessità di mantenerlo "riservato" per consentire l'accertamento di illeciti degli stessi.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla con rinvio la sentenza impugnata per nuovo giudizio al Tribunale di Messina, in diversa persona fisica.

² Cfr. Cass. Pen., sez. III, ud. 14.12.2020 (dep. 2021), n. 3255, Wang Yong Kang, Rv. 280542-01.

**CASS. PEN., SEZ II, UD. 14 MARZO 2023 (DEP. 6 APRILE 2023), N. 14608**A cura di **Filippo Marco Maria BISANTI*****MASSIMA¹**

Il porto in luogo pubblico di una bomboletta contenente spray a base di "oleoresin capsicum" (principio estratto dalle piante di peperoncino) integra la contravvenzione di cui all'art. 4, comma 2, legge 18 aprile 1975, n. 110, nel caso in cui le particolari circostanze di tempo e di luogo della detenzione depongano per la destinazione della "res" a finalità univocamente illecita (nella specie, in danno di soggetti rapinati) e del tutto incompatibile con quella di autodifesa, per la quale è normativamente consentito il porto in luogo pubblico.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo240**
- 2. Motivi della decisione240**
- 3. Dispositivo241**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di Appello di Roma confermava la sentenza di condanna nei confronti di due imputati ritenuti responsabili di due episodi di rapina aggravata, lesione personali, nonché della contravvenzione disciplinata dall'art. 4, comma 2, legge 18 aprile 1975, n. 110.

In particolare, agli imputati era stato contestato, inoltre, di aver portato al di fuori della loro abitazione una bomboletta spray contenente il principio attivo "oleoresin capsicum".

In conseguenza dell'uso dello spray, gli imputati riuscirono a impossessarsi di una borsa della persona offesa cagionandole anche una lesione

personale diagnosticata in "iperemia congiuntivale da spray al peperoncino".

Fra i molteplici motivi dedotti nel ricorso per Cassazione, gli imputati censuravano le decisioni di merito sicché la condanna sarebbe stata inflitta in violazione di legge, giacché il porto della bomboletta al di fuori dell'abitazione era da ritenersi consentito per legittima difesa.

La questione di diritto sottoposta al vaglio della Cassazione è chiara e ha un impatto particolarmente incisivo perché perimetra ciò che può essere detenuto e portato all'esterno della propria abitazione ai fini di autodifesa; si tratta, dunque, di una materia di estrema attualità.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La Corte di Cassazione esplora i referenti normativi sottesi al porto e all'utilizzo delle bombolette spray contenenti *oleoresin capsicum*, evidenziando come il D.M. n. 103/2011 del Ministero dell'Interno, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", qualifica questi strumenti di per sé inoffensivi a condizione che siano connotati da specifiche caratteristiche tecniche (in dettaglio, devono: a) contenere una miscela non superiore a 20 ml; b) contenere una percentuale di *oleoresin capsicum* disciolto non superiore al 10 per cento, con una concentrazione massima di capsaicina e capsaicinoidi totali pari al 2,5 per cento; c) la miscela erogata dal prodotto non deve contenere sostanze infiammabili, corrosive, tossiche, cancerogene o aggressivi chimici; d) essere sigillati all'atto della vendita e muniti di un sistema di sicurezza contro l'attivazione

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

¹ Massima C.E.D. Cassazione, 2023 (rv. 284404-01).



accidentale; e) avere una gittata utile non superiore a tre metri).

In assenza di tali requisiti - da accertarsi previa verifica giudiziale - la bomboletta spray è considerata uno strumento atto ad offendere la cui detenzione integra la fattispecie ex art. 699 c.p., come tra l'altro già deciso in pregresse pronunce di legittimità (cfr. Cass. pen., sez. 1, 10 febbraio 2021, n. 15083, per cui *“Integra la contravvenzione di porto abusivo di armi, di cui all’art. 699 c.p., il porto in luogo pubblico di una bomboletta contenente “spray” urticante a base di “oleoresin capsicun” che non rispetti le caratteristiche stabilite dal decreto ministeriale 12 maggio 2011 n. 103”*).

Nel caso in esame, invece, il Pubblico ministero non aveva contestato agli imputati il reato ex art. 669 c.p. (invero, non aveva disposto alcun accertamento tecnico sulla bomboletta spray sequestrata), ma aveva ritenuto integrata la contravvenzione di cui alla l. n. 110 del 1975, art. 4, sul rilievo che il porto sarebbe stato ingiustificato per circostanze di tempo e di luogo.

La Cassazione, con motivazione succinta e diretta al fulcro della questione, rammenta che la contravvenzione ex art. 4 l. n. 110/75 distingue due categorie di oggetti: quelli indicati specificamente nella prima parte dell’art. 4, comma 2, sono equiparabili alle armi improprie, per cui il loro porto costituisce reato alla sola condizione che avvenga *“senza giustificato motivo”*, mentre per gli altri oggetti, non indicati in dettaglio, cui si riferisce l’ultima parte della citata disposizione, occorre anche che appaiano *“chiaramente utilizzabili, per le circostanze di tempo e di luogo, per l’offesa alla persona”*.

Dunque, a prescindere che la bomboletta spray urticante al peperoncino sia conforme alle caratteristiche del richiamato decreto ministeriale, è innegabile che rimanga comunque uno strumento ontologicamente e funzionalmente deputato a recare (anche) offesa alla persona.

In altre parole, gli spray al peperoncino costituiscono senza ombra di dubbio dei validi ausili per

evitare o interrompere aggressioni, ma se usati per aggredire anziché per difendersi perdono quella destinazione finalistica che imprime al porto il carattere di liceità, diventando strumenti pienamente idonei a vincere resistenze al fine di commettere o rendere più agevole la commissione di reati, tra i quali notoriamente rientra proprio quello di rapina di natura plurioffensiva, poiché viene in rilievo anche la lesione della libertà morale e/o dell’integrità fisica del soggetto verso cui è esercitata la violenza predatoria, avendo l’uso della bomboletta un’idoneità a neutralizzare, per un tempo apprezzabile, le capacità di difesa della vittima.

Traendo le proprie conclusioni, la Corte di Cassazione precisa che laddove non ricorrano le condizioni per contestare il reato di cui all’art. 699 c.p., per la cui configurazione occorre fare applicazione del combinato disposto della l. n. 110 del 1975, art. 2, comma 3, e D.M. n. 203 del 2011, art. 1, comma 1, che prefigura una condotta illecita ancorata alle caratteristiche di offensività degli strumenti di autodifesa fondati sull’uso di capsaicina (su cui si impone un accertamento giurisdizionale da parte del giudice del merito), nulla osta alla possibilità di contestare la contravvenzione ex art. 4, comma 2, l.n. 110/75, qualora le particolari circostanze di tempo e di luogo depongano per un porto univocamente finalizzato a finalità illecite e del tutto incompatibile con quello della difesa legittima per cui è normativamente consentito.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

CASS. PEN., SEZ IV, UD. 12 OTTOBRE 2023 (DEP. 8 NOVEMBRE 2023), N. 44916

A cura di **Filippo Marco Maria BISANTI***

MASSIMA¹

In tema di lesioni stradali, il giudice che, in assenza delle circostanze aggravanti della guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, applichi la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida in luogo di quella più favorevole della sospensione, deve dare conto, in modo puntuale, delle ragioni che lo hanno indotto a scegliere il trattamento più sfavorevole sulla base dei parametri di cui all'art. 218, comma 2, cod. strada.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo242**
- 2. Motivi della decisione242**
- 3. Dispositivo243**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Su accordo delle parti il Tribunale di Salerno applicava la pena di un anno di reclusione nei confronti di un imputato ritenuto responsabile dei reati *ex art. 590-bis c.p. e d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186, comma 7.*

Il Giudice disponeva la revoca della patente di guida.

La scelta del Giudice di disporre la revoca della patente di guida veniva ritenuta affetta da mancanza o manifesta illogicità della motivazione, considerato che il Giudice si era determinato facendo apodittico riferimento alla condotta dell'imputato, che si era sottratto agli accertamenti volti a verificare il suo eventuale stato di alterazione.

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La sentenza ha due aspetti di indubbio interesse.

Un primo, di matrice pratica, consente all'interprete di saggiare come debba articolarsi il giudizio volto a stabilire quale sia in concreto la sanzione amministrativa accessoria da applicare laddove ricorrano le ipotesi delittuose di cui agli artt. 589-bis e 590-bis c.p.

Il secondo aspetto, per converso, ha natura generale e rimarca con vigore come l'ordinamento ripudia – oramai – forme di automatismo valutativo che privano l'interprete dei poteri di giudicare un fatto nella sua concretezza e peculiarità (sempre senza ricorrere a interpretazioni creative).

Invero, nella formulazione voluta dal legislatore, il secondo comma dell'art. 222 c.d.s. prevede, tra l'altro, che alla condanna, ovvero all'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., per i reati di cui agli articoli 589-bis e 590-bis c.p., consegue la revoca della patente di guida.

In realtà, la Corte di Cassazione, nella sentenza che qui si commenta, ha dovuto confrontarsi con gli insegnamenti espressi dalla Corte costituzionale nel 2019.

Nella specie, è stata sancita l'incostituzionalità dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, c.d.s., nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis c.p., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della

¹ Massima non ufficiale.



stessa allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis c.p. (Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88).

In chiave pragmatica, la statuizione della Corte costituzionale appena richiamata si traduce in un preciso obbligo per il giudice di motivare la propria scelta qualora ritenga di applicare, sussistendo i presupposti di legge, la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida in luogo di quella più favorevole della sospensione e di dare conto, in modo puntuale, delle ragioni che lo hanno indotto a scegliere il trattamento più sfavorevole sulla base dei parametri di cui all'art. 218 c.d.s., comma 2 (Cass. Pen., Sez. IV, 23 marzo 2022, n.13747).

Ciò in ragione del fatto che, venendo meno qualsiasi forma di automatismo valutativo, si rie-spande con vigore l'esigenza di una precisa motivazione che è alla base dell'indefettibile esercizio del diritto di difesa (*“se conoscono il perché hai scelto così, posso allora addurre efficaci e puntuali motivi difensivi”*).

Nella sentenza che si esamina la Cassazione evidenzia in radice una carenza motivazionale della scelta del Tribunale rammentando come, secondo la giurisprudenza consolidata di legittimità, i criteri di determinazione della sanzione amministrativa accessoria sono del tutto autonomi rispetto a quelli che devono essere posti a base della determinazione della sanzione penale, sicché le motivazioni relative alla misura della sanzione penale e a quella amministrativa restano tra di loro autonome e non possono essere raffrontate ai fini di un'eventuale incoerenza o contraddittorietà intrinseca del provvedimento (Cass. Pen., Sez. IV, 18 novembre 2020, n. 4740).

Non vi è spazio per una soluzione alternativa: il giudice non ha motivato la sua scelta e la sentenza deve essere cassata e rinviata al Tribunale per un nuovo giudizio sul punto.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alla disposta revoca della patente di guida e rinvia, per un nuovo giudizio sul punto, al Tribunale di Salerno altro magistrato.

CASS. PEN., SEZ II, UD. 4 OTTOBRE 2023 (DEP. 15 NOVEMBRE 2023), N. 46130

A cura di **Filippo Marco Maria BISANTI***

MASSIMA¹

Il decreto di perquisizione e sequestro probatorio emesso nel corso delle indagini preliminari, da parte del pubblico ministero, deve essere sorretto da adeguata motivazione che consenta di identificare concretamente il fumus commissi delicti, non essendo sufficiente una mera indicazione delle norme di legge assunte come violate. Ne consegue che, qualora si disponga il sequestro di beni pertinenti al reato, il decreto deve dare adeguata contezza delle motivazioni per cui quei determinati beni siano configurabili in tale accezione, illustrando in maniera chiara e puntuale anche le finalità probatorie perseguite. Per tali ragioni, è affetto da nullità il decreto di perquisizione e sequestro che non racchiude in sé tali imprescindibili requisiti, sicché da ritenersi emesso in violazione di legge e in frustrazione dei principi di adeguatezza, proporzionalità e adeguatezza.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 244**
- 2. Motivi della decisione 244**
- 3. Dispositivo 245**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale del Riesame di Fermo rigettava l'istanza di riesame promossa da un indagato avverso un decreto di convalida di perquisizione e sequestro di beni costituenti cose pertinenti al reato, perché ritenuti legati da vincolo di pertinenzialità con l'attività illecita ipotizzata dal pubblico ministero.

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

Nel ricorso per Cassazione, il ricorrente riteneva che la perquisizione fosse stata disposta in assenza di una puntuale indicazione nel decreto, da parte dell'Autorità giudiziaria, della motivazione da cui ricavare la sussistenza del *fumus commissi delicti*.

Questa carenza avrebbe comportato – quale conseguenza logica – l'impossibilità di comprendere la finalità probatoria sottesa alla decisione di sottoporre a vincolo determinati beni.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La Corte di Cassazione condivide le doglianze del ricorrente.

In primo luogo, evidenzia come la decisione dell'Autorità giudiziaria di disporre una perquisizione esiga che sia indicata l'astratta configurabilità del reato ipotizzato in relazione alla congruità degli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari, senza che ciò si traduca in un giudizio di merito sulla concreta fondatezza dell'accusa.

In altre parole, nel corso delle indagini preliminari l'impulso investigativo del pubblico ministero non deve essere sostenuto da un giudizio prognostico in ordine all'esito del procedimento/processo, ma non può nemmeno essere svincolato dalla sussistenza di idonei elementi di prova che diano contezza che l'ipotesi di reato non sia nebulosa e/o infondata.

Pertanto, la motivazione che deve sorreggere il decreto di sequestro probatorio attiene:

- alla esistenza di un *fumus commissi delicti*;
- alla ragione per cui i beni possono considerarsi il corpo del reato o cose pertinenti;

¹Massima C.E.D. Cassazione, 2023 (rv. 284404-01).

- alla concreta finalità probatoria perseguita.

Si è detto e si rimarca, come non si tratti di un sindacato che investe la fondatezza dell'accusa, ma riguarda la possibilità di verificare concretamente la possibilità di sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato, non potendosi ritenere sufficiente la mera postulazione della sua esistenza da parte del pubblico ministero ovvero la prospettazione esplorativa di indagine rispetto ad una notizia di reato.

Nel caso sottoposto al giudizio della Cassazione è emerso che il sequestro e il decreto di perquisizione fossero carenti circa la descrizione fattuale, seppure sommaria, della fattispecie per cui era procedimento; non solo, la Corte rileva come non potesse essere sufficiente un generico richiamo alle norme violate (sintomo di un mero adempimento formale non in grado di prospettare adeguatamente la motivazione che la legge esige).

Di tal guisa, il mezzo di ricerca della prova è tramutato, in modo occulto, in un mezzo di ricerca della notizia di reato, con finalità meramente esplorativa.

La carenza motivazione circa il requisito del *fumus commissi delicti* impediva, quale conseguenza inevitabile, la possibilità di comprendere perché fossero stati sequestrati quei determinati beni e per quale ragione costituissero, nella loro specie, corpo di reato.

La Cassazione, proseguendo nella sua argomentazione, ricorda come sia tratizio in giurisprudenza il principio per cui il sequestro probatorio, ancorché avente una funzione cautelare, deve essere in armonia con i principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità di cui all'art. 275 c.p.p.

Orbene, il principio di proporzione è innegabile che assolve a una funzione strumentale per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale, nonché soddisfa una esigenza finalistica essendo un parametro necessario per

verificare la giustizia della soluzione nel caso concreto.

Dopo aver tracciato queste coordinate ermeneutiche, la S.C. giunge alla soluzione e stabilisce che il decreto di perquisizione e sequestro:

- non consentiva di chiarire per quale fatto si stesse procedendo (la mera indicazione degli articoli di legge assunti violati non basta);
- non permetteva di comprendere perché i beni sequestrati dovessero essere considerati cose pertinenti al reato (non c'è alcun automatismo o presunzione di legge);
- non era in grado di spiegare le ragioni per cui il sequestro potesse essere considerato proporzionale e adeguato.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata nonché il decreto di sequestro e ordina il dissequestro e la restituzione di quanto in sequestro agli aventi diritto.

CASS. PEN., SEZ V, UD. 17 NOVEMBRE 2022 (DEP. 9 MARZO 2023), N. 9957

A cura di **Antonino DI MAIO***

MASSIMA¹

Ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata è sufficiente che l'agente posteggi l'autoveicolo di cui aveva la disponibilità in posizione tale da ostruire la libera circolazione dell'altrui vettura anche per un breve lasso di tempo, così determinando l'integrazione del reato.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo246**
- 2. Motivi della decisione247**
- 3. Dispositivo248**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di appello di Brescia ha parzialmente riformato la sentenza con cui il Tribunale di Bergamo riteneva l'imputato responsabile del delitto di violenza privata ex art. 610 c.p., con contestuale rideterminazione del risarcimento del danno pari ad euro 200 per ciascuna parte civile.

Nel caso di specie, l'agente aveva posizionato l'automobile della propria consorte in modo da bloccare il passaggio ad un altro veicolo regolarmente parcheggiato e, nonostante la richiesta di spostare il mezzo promossa dalle parti offese, non aveva rimosso la propria vettura per un determinato periodo, così determinando l'intervento della Polizia locale.

Il difensore dell'imputato, impugnata la decisione della Corte di appello di Brescia, proponeva

ricorso per cassazione che si articolava in cinque motivi.

Con riferimento al primo motivo, si ravvisava violazione di legge nella misura in cui la Corte di appello desumeva la configurabilità del capo di imputazione contestato nonostante la mancata contestuale presenza dell'imputato e delle vittime nel momento in cui l'agente effettuava il parcheggio della macchina, ostruendo la possibilità di manovra dell'altrui veicolo, e così integrando al massimo un mero comportamento scarsamente collaborativo, non sussumibile nella fattispecie criminosa contestata.

Quanto al secondo motivo, il difensore eccepiva il mancato assorbimento del reato di violenza privata nella fattispecie criminosa di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Sotto tale profilo, le persone offese avevano occupato uno dei posti riservati all'imputato, il quale si era limitato a posizionare posteriormente il veicolo da lui guidato, per cui le condotte compiute dai soggetti passivi configurerebbero un'indebita compromissione del diritto di proprietà e del possesso dell'agente che potrebbe così agire per la sua tutela in sede civile.

Negli ulteriori tre motivi, la difesa del ricorrente lamentava poi la mancata concessione della circostanza attenuante della provocazione ex art. 62, n. 2, c.p. e delle c.d. attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p., nonché della recidiva di cui all'art. 99, primo comma, c.p., che era stata ritenuta sussistente solamente in virtù di una valutazione fondata sui precedenti penali dell'imputato e senza procedere ad un corretto accertamento dell'esistenza del nesso tra il reato contestato e le antecedenti condanne.

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

Infine, risulterebbe incongrua la mancata concessione della sospensione condizionale della pena *ex art. 164 c.p.*, in virtù della presenza di un precedente patteggiamento e dell'irrogazione di un decreto penale di condanna avente ad oggetto una pena pecuniaria.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

I motivi esaminati dalla Suprema Corte possono essere così brevemente sintetizzati:

-Preliminarmente, con riguardo all'erronea configurabilità del delitto di violenza privata da parte della Corte di appello di Brescia, giova osservare che vari orientamenti della giurisprudenza di legittimità si pongono in netto contrasto con le asserzioni difensive, secondo cui ai fini della sussistenza dell'art. 610 c.p. occorrerebbe la simultanea presenza dell'agente e della vittima.

Quest'ultima ricostruzione interpretativa promossa dal difensore dell'imputato attraverso la menzione di un risalente indirizzo giurisprudenziale non è pertinente, giacché dall'esame di tale pronuncia si evince che l'imputato non aveva consentito all'altrui vettura il passaggio rispetto ad un luogo in cui quest'ultima non aveva diritto di transito (Cass. pen. Sez. V, 30 settembre 1998 n. 11875; Cass. pen. Sez. V, 16 ottobre 2017 n. 1913).

Va poi precisato che proprio le sentenze richiamate dalla difesa del ricorrente non solo ribadiscono la configurabilità del reato di cui all'art. 610 c.p. nell'ipotesi in cui l'agente collochi il proprio veicolo in modo tale da ostruire le vie di accesso e di passaggio all'altrui vettura, ma valorizzano anche una interpretazione estensiva dell'espressione "violenza", per cui il reato oggetto di esame è integrato dall'esercizio di qualunque energia fisica da parte del soggetto attivo da cui

deriva, quale conseguenza, la compressione della volontà o della libertà di autodeterminazione della persona offesa.

Sotto tale profilo, persino la concezione dottrinale maggiormente restrittiva ha ricondotto nel concetto di violenza qualsiasi violazione dei beni giuridici inerenti l'individuo, tra cui occorre necessariamente menzionare anche la libertà di circolazione.

Nel caso de quo, la compromissione dell'interesse protetto della vittima risulterebbe confermata dalle risultanze processuali ove si evince che la parte offesa era in stato di gravidanza e aveva rinunciato alla prescritta visita medica a causa dell'impossibilità di spostare il proprio veicolo.

Orbene, la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito penale di cui all'art. 610 c.p. potrebbe agevolmente desumersi dal tenore della condotta dell'imputato che ha prodotto l'insorgenza di un "pati" in capo al soggetto passivo, ovvero la creazione di un disagio per un determinato lasso temporale da cui è derivato, quale esito, un *vulnus* alla libertà di autodeterminazione altrui, senza che la contestuale presenza delle parti fosse necessaria.

-Con riguardo al secondo motivo, esso è inammissibile poiché, secondo un seguito indirizzo giurisprudenziale, ricorre il delitto di violenza privata e non quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza nei confronti delle persone qualora l'agente superi i limiti dell'agire per un proprio asserito diritto e così determini la violazione dell'altrui libertà individuale (Cass. pen. Sez. V, 28 novembre 2013 n. 7468).

Nel caso di specie, il comportamento dell'imputato non è preordinato all'esercizio di un presunto diritto che poteva essere soddisfatto da un organo giudicante ma si è esplicato in un mero atteggiamento ritorsivo attuato nei confronti delle parti civili.

-Quanto al terzo motivo, esso è manifestamente infondato e privo di logica specificità.

Secondo un orientamento giurisprudenziale prevalente, la circostanza attenuante dell'aver agito in stato di provocazione non si applicherebbe qualora sussista una netta sperequazione tra l'illecito altrui e il reato commesso dall'agente, la cui gravità, talmente evidente, esclude nel caso de quo la preesistenza di uno stato d'ira (Cass. pen. Sez. V., 19 gennaio 2022 n. 8945).

Orbene, l'assenza di proporzione tra il comportamento dell'imputato e quello delle parti offese risulterebbe palese giacché l'ostruzione dell'area di parcheggio attuata nei riguardi delle vittime, di cui una in stato di gravidanza, e per un rilevante lasso di tempo, non è equiparabile al mancato rispetto dell'ingiunzione rivolta soltanto con missiva alle parti offese, - peraltro pervenuta successivamente rispetto alle vicende processuali di cui si discute, - di lasciare uno spazio libero per un altro veicolo.

Nemmeno può ritenersi idoneo a provare il nesso causale tra offesa e reazione il mancato adempimento del canone di locazione dell'appartamento dell'imputato, di cui i soggetti passivi erano conduttori.

Infine, la mancata concessione delle circostanze attenuanti è stata ampiamente motivata da parte della Corte di appello di Brescia, in virtù del comportamento processuale tenuto dall'imputato e della sua respiscenza nei riguardi delle parti civili e degli organi di polizia municipale.

-Con riferimento agli ultimi due motivi, essi sono entrambi inammissibili perché, rispettivamente, generici e infondati.

La Corte di appello di Brescia ha adeguatamente impiegato i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di adozione della recidiva e dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.

Nel caso specifico, l'imputato risulta già gravato da alcuni precedenti penali relativi al delitto di

usura e infedele dichiarazione annuale d'imposta (2001,) nonché per il reato di rifiuto d'indicazione sulla propria identità personale *ex. art. 651 c.p.*

Inoltre, la valutazione prognostica della recidiva da parte della Corte territoriale deve ritenersi corretta, in quanto l'irrogazione della sanzione penale è subordinata ai principi di congruità e proporzionalità rispetto alla gravità del fatto contestato e alla capacità a delinquere dell'agente, che può desumersi anche in ordine al contegno serbato nonostante l'intervento della polizia municipale.

Il giudice di merito non ha poi ritenuto l'imputato meritevole della concessione della sospensione condizionale della pena sulla base di una valutazione prognostica negativa, legata alla probabilità che quest'ultimo non si astenga dal compimento di ulteriori illeciti penali e alla scarsa efficacia deterrente delle precedenti condanne.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

La Suprema Corte reputa inammissibile il ricorso e condanna l'imputato al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma pari a 3000 euro presso la Cassa delle ammende.

CASS. PEN., SEZ V, UD. 13 SETTEMBRE 2023 (DEP. 13 OTTOBRE 2023), N. 41749

A cura di **Antonino DI MAIO***

MASSIMA¹

Ai fini della configurabilità del delitto di diffamazione aggravata con il mezzo della stampa il travisamento del fatto storico è ravvisabile non soltanto nell'ipotesi nella propagazione immediata di un dato non corrispondente al vero o nella mancata descrizione di una notizia rilevante realmente avvenuta, ma anche nel suggestivo parallelismo tra due avvenimenti entrambi veritieri, laddove tale paragone sia tale da sot-tendere l'offesa alla reputazione della parte offesa.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 249**
- 2. Motivi della decisione 249**
- 3. Dispositivo 250**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Firenze, con pronuncia del 4 febbraio 2022, ha confermato il giudizio di responsabilità penale con cui l'organo giudicante di primo grado ha ravvisato la sussistenza del delitto di diffamazione aggravato col mezzo della stampa nei riguardi dell'imputato.

Nel caso di specie, l'agente aveva proferito durante un comizio video registrato dichiarazioni allusive nei riguardi delle parti offese che aveva criticato per la gestione politica della Regione Umbria ("l'Umbria era marcia") e per l'esistenza di presunti condizionamenti politici (elargizione di incarichi) compiuti dal Presidente del Consiglio regionale nei

confronti dei familiari di uno dei componenti dell'organo collegiale che aveva emesso giudizio di assoluzione a favore del politico nell'ambito di un precedente processo penale.

La difesa dell'imputato, impugnata la decisione della Corte d'Appello di Firenze, proponeva ricorso per cassazione che si articolava in due motivi.

Con il primo motivo, il difensore del ricorrente deduceva la mancata osservanza delle norme processuali in quanto il decreto di citazione per il giudizio di appello risultava notificato in un luogo

diverso (ufficio del legale) nonostante la dichiarazione di domicilio prodotta dall'imputato.

Quanto al secondo motivo, si eccepeva violazione di legge con riguardo alla fattispecie penale contestata poiché la condotta dell'imputato si esplicava nella mera rievocazione di due autonomi fatti storici realmente accaduti che non oltrepassavano i limiti garantiti dal diritto di critica politica.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere sintetizzati:

- Preliminarmente, con riguardo all'inosservanza delle norme processuali, tale doglianza non può essere accolta, in quanto il difensore del ricorrente non ha indicato le modalità e le tempistiche dell'allegazione agli atti del documento in esame, con conseguente mancanza di specificità della censura ed inosservanza del principio di autosufficienza del ricorso.

Sotto tale profilo, la difesa, in ossequio al principio di buona fede, avrebbe dovuto precisare

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.



meglio i parametri necessari per un corretto esame della censura, mediante l'individuazione dell'atto medesimo e delle modalità e dei relativi termini temporali di acquisizione.

In altri termini, la difesa dell'imputato non ha fornito alcuna prova dell'errata notifica del decreto di citazione in appello (Cass. pen. Sez. II, 12 febbraio 2019 n. 7597).

-Quanto al profilo della violazione di legge, il tenore delle dichiarazioni formulate dall'agente durante un raduno pubblico non rientrano nell'ambito dell'esercizio della critica politica che presuppone il rispetto dei limiti della continenza linguistica, della veridicità del fatto narrato e dall'attualità della notizia.

Sul punto, un seguito indirizzo giurisprudenziale ha poi ribadito che il delitto di diffamazione aggravata con il mezzo della stampa può essere integrato anche dal mutamento del fatto storico, la cui sussistenza può derivare non soltanto dalla rievocazione diretta di una falsa rappresentazione o dalla sua omissione ma anche dal subdolo parallelismo tra due avvenimenti veritieri da cui possa desumersi un successivo accadimento avente autonoma portata lesiva (Cass. pen. Sez. V, 6 dicembre 2016 n. 22193).

Nel caso di specie, il rapporto tra le posizioni lavorative conferite ai parenti del giudice e il giudizio di assoluzione emesso nei riguardi della parte offesa delinea una connessione funzionale tra queste due vicende che configura un ulteriore e autonomo significato trascendente la notizia, come tale lesivo dell'onore e della reputazione delle vittime.

(...)

3. DISPOSITIVO

La Suprema Corte rigetta il ricorso soltanto agli effetti civili e condanna l'imputato alle spese legali sostenute dalla parte civile, pari ad euro 4000.

Con riferimento al profilo penale della vicenda, si dichiara l'intervenuta prescrizione, maturata in data 25 ottobre 2022, per il reato di diffamazione aggravata con il mezzo della stampa.

CASS. PEN., SEZ III, UD. 17 OTTOBRE 2023 (DEP. 27 DICEMBRE 2023), N. 51442

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA¹

In tema di atti di pirateria commessi al di fuori delle acque territoriali italiane (e in particolare nella c.d. zona Contigua), la definizione di cui all'art. 1135 c.n., comprende le condotte di chi commette atti di depreazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico, ovvero a scopo di depreazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo251**
- 2. Motivi della decisione251**
- 3. Dispositivo253**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ordinanza il Giudice per le indagini preliminari aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, non convalidando il fermo disposto dal pubblico ministero nei confronti dei quattro indagati, indiziati del reato di cui all'art. 1135 c.n. (delitto di "pirateria"), riqualificando il fatto contestato in quello di cui all'art. 629 c.p., avvenuto al di fuori delle acque territoriali italiane.

Ritiene in particolare il giudice agrigentino che il concetto di pirateria richiamato nella Convenzione di Montego Bay del 1982 è simile a quello di cui all'art. 1135 c.n. ed è di tipo predatorio; esso, secondo il giudice denegante, non si presterebbe a ricomprendere la condotta fattuale espressamente contestata agli odierni indagati, ossia l'aver offerto aiuto in cambio di consegna di denaro e telefoni

cellulari, condotta che ha spiegato di dover riqualificare in termini estorsivi e non di rapina, violenza o sequestro, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Avverso tale ordinanza ricorre il Procuratore della Repubblica di Agrigento.

Il ricorrente censura, in particolare, violazione di legge e segnatamente dell'art. 1135 c.n., artt. 628-629 c.p., artt. 101-105 della Convenzione di Montego Bay del 1982, in relazione alla qualificazione giuridica del fatto data dal Giudice per le indagini preliminari.

Evidenza in particolare come la condotta di pirateria deve ricomprendere sia il delitto di estorsione che quello di rapina.

Il ricorrente deduce altresì violazione dell'art. 15 c.p., in quanto la condotta di pirateria si pone in termini di specialità sia con riferimento al delitto di rapina che a quello di estorsione, ciò da cui conseguirebbe la giurisdizione del giudice italiano ai sensi della Convenzione di Montego Bay.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- la Corte ha ritenuto fondato il ricorso in quanto l'art. 1135 c.n., rubricato «*Pirateria*», sanziona con la pena della reclusione da dieci a venti anni il comandante o l'ufficiale di nave nazionale o straniera, che commette atti di depreazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico, ovvero a scopo di depreazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera.

* Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Massima non ufficiale.



Nonostante la rubrica dell'articolo, la norma non contiene una precisa definizione delle condotte di pirateria, contenuta invece nell'art. 101 della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay del 10/12/1982, ratificata in Italia con L. 2 dicembre 1994, n. 689.

La norma, nel testo italiano della Convenzione, definisce la condotta incriminata come ogni atto illecito di violenza o di sequestro, o ogni atto di rapina. Tale formulazione letterale della norma sembrerebbe, *prima facie*, includere solamente quelle condotte predatorie indicate dal GIP quali necessarie per integrare la fattispecie penale invocata dal pubblico ministero;

- inoltre, il testo originale della Convenzione, in lingua inglese, nella definizione di pirateria (*piracy*) non menziona il termine «*robbery*», ossia rapina, bensì parla di «*any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation*», ossia «*qualsiasi atto di violenza o sequestro, o qualsiasi atto di depredazione*».

Il termine esatto, per descrivere la condotta (accanto alla violenza e al sequestro di persona) è, quindi, non quello di rapina, utilizzato nella traduzione italiana della Convenzione, bensì quello di depredazione (termine inglese/americano, quello di «*depredation*», che indica ogni «*act of preying upon or plundering*», ossia qualsiasi atto di predoneria o saccheggio), che, puntualmente, è dato rinvenire nell'art. 1135 c.n.-

Tale disposizione, come correttamente evidenziato dal ricorrente, va letta congiuntamente al successivo art. 1137 c.n., a mente del quale il comandante o l'ufficiale di una nave nazionale o straniera, che sul litorale della Repubblica commette alcuno dei fatti previsti negli artt. 628 e 629 c.p., è punito a norma dell'art. 1135 c.n., previsione che ricalca quella prevista dal «*Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships of the International Maritime Organisation (IMO)*» (Assembly Resolution A.1025), il quale sanziona gli atti di pirateria compiuti nelle acque interne (ovvero nelle

acque territoriali), anziché in mare aperto, definendo i primi quali «*armed robbery against ships (territorial waters)*», e, i secondi, come «*acts of piracy (international waters)*»;

- il termine depredazione ricomprende, secondo la legislazione italiana, tutte le ipotesi di spossessamento violento di beni altrui, indipendentemente dalla qualificazione della condotta in termini di rapina ovvero di estorsione.

Ai presenti fini, pertanto, stante la latitudine del concetto di depredazione, a nulla rileva la tradizionale distinzione secondo cui la rapina si differenzia dall'estorsione in virtù del fatto che nell'estorsione il soggetto passivo, benché coartato, partecipa alla condotta criminosa ponendo in essere l'atto di disposizione patrimoniale che rappresenta l'ingiusto profitto, mentre nella rapina la vittima è soggetto meramente passivo della violenza esercitata dal rapinatore sulla sua persona, e quindi la consumazione del reato non richiede la cooperazione della persona offesa (differenza che porta, tradizionalmente, ad affermare che nella rapina vi è una *vis absoluta* e nell'estorsione una *vis relativa*), anche se le condizioni in cui è maturato il fatto, in concreto, già inducessero a ritenere sussistente un atto di violenza ricompreso nella prima parte della definizione di pirateria, posta la evidente mancanza di scelta in capo alle persone offese, minacciate di essere lasciate alla loro sorte alla deriva.

- per quanto poi attiene il delitto di pirateria, oltre ad essere un reato proprio del comandante o dell'ufficiale di nave nazionale o straniera (nonché, ai sensi del comma 2, ma con pene via via ridotte, degli altri componenti dell'equipaggio e degli estranei, comunque a bordo di nave), contiene l'ulteriore elemento specializzante costituito dall'essere, la condotta, commessa in danno di una nave nazionale o straniera o del carico.

In applicazione del principio di specialità, pertanto, la norma di cui all'art. 1135 c.n. deve trovare

applicazione in luogo degli artt. 628 e 629 c.p., risolvendo un caso di concorso apparente di norme.

Non può quindi dubitarsi, in presenza di una condotta sussumibile nell'ambito dell'art. 1135 c.p., proprio in applicazione del principio di specialità, della sussistenza della giurisdizione italiana.

Ed infatti, l'art. 7 c.p., n. 5), richiama ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana, tra cui va sicuramente ricompreso l'art. 105 della citata Convenzione di Montego Bay, a mente del quale nell'alto mare o in qualunque altro luogo fuori della giurisdizione di qualunque Stato, ogni Stato può sequestrare una nave o aeromobile pirata o una nave o aeromobile catturati con atti di pirateria e tenuti sotto il controllo dei pirati; può arrestare le persone a bordo e requisirne i beni. Gli organi giurisdizionali dello Stato che ha disposto il sequestro hanno il potere di decidere la pena da infliggere nonché le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede, così disciplinando una ipotesi di giurisdizione universale;

- in conclusione, la Corte ha dettato i seguenti principi di diritto:

1. in tema di atti di pirateria commessi al di fuori delle acque territoriali italiane (e in particolare nella c.d. zona Contigua), la definizione di cui all'art. 1135 c.n., comprende le condotte di chi commette atti di depredazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico, ovvero a scopo di depredazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera.

La definizione di pirateria (*piracy*) si desume dall'art. 101 della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay del 10/12/1982, ratificata in Italia con L. 2 dicembre 1994, n. 689, il cui testo originale definisce la condotta come «*any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation*» (termine,

quest'ultimo, erroneamente tradotto in italiano con "rapina"), ossia «*qualsiasi atto di violenza o sequestro, o qualsiasi atto di depredazione*», termine comprensivo di qualsiasi sottrazione a base violenta. La norma include anche il delitto di estorsione, come si ricava dal combinato disposto dell'art. 1135 c.n. con il successivo 1137, a norma del quale «*il comandante o l'ufficiale di una nave nazionale o straniera, che sul litorale della Repubblica commette alcuno dei fatti previsti negli artt. 628, 629 c.p., è punito a norma dell'art. 1135 c.n.*»;

2. la norma di cui all'art. 1135 c.n. si pone in termini di specialità rispetto alle disposizioni contenute nel codice penale.

A ciò consegue l'applicazione, alle condotte di pirateria commesse in acque internazionali, del principio di "giurisdizione universale" di cui all'art. 105 della citata Convenzione di Montego Bay, applicabile ai sensi dell'art. 7 c.p., n. 5), che richiama "ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana".

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata perché il fermo è stato legittimamente eseguito.

CASS. PEN., SEZ V, UD. 10 NOVEMBRE 2023 (DEP. 13 DICEMBRE 2023), N. 49674

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA¹

In tema di legittima difesa, prevista dall'art. 52 c.p., non può ritenersi vi sia un difetto di proporzionalità della reazione del soggetto aggredito solo per i più gravi esiti che la medesima ha avuto sull'aggressore.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 254**
- 2. Motivi della decisione 254**
- 3. Dispositivo 255**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'imputato era assolto dal delitto di lesioni, commesse in concorso con il fratello all'epoca minorenni, in danno di , dal quale erano all'esito derivate lesioni guaribili in giorni trenta.

Propone ricorso immediato per cassazione contro l'indicata pronuncia assolutoria il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale lamentando inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 52 c.p.

A fondamento della doglianza è evidenziato che: l'imputato si era posto volontariamente, accorrendo sul posto su richiesta del fratello, nella situazione di pericolo; non sussisteva la necessità della reazione in quanto egli avrebbe potuto darsi alla fuga o organizzare una difesa non violenta rispetto all'aggressione; mancava, ad ogni modo, la proporzionalità della reazione, stante anche le più gravi

lesioni riportate, che pure aveva aggredito per primo, sferrando un pugno all'imputato.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- in via preliminare la Corte ha ritenuto infondato il ricorso in quanto non può ritenersi che l'imputato si sia posto volontariamente in una situazione di pericolo, poiché egli è solo accorso in loco su richiesta del fratello essendosi recato presso casa loro tre ragazzi, tra i quali la persona offesa, per chiarire alcune questioni, ciò che aveva determinato nello stesso un ragionevole stato di timore. Di talché non ricorre la determinazione volontaria dello stato di pericolo che esclude la configurabilità della legittima difesa per difetto del requisito della necessità della difesa, nel senso che l'esimente non è applicabile a chi agisce nella ragionevole previsione di determinare una reazione aggressiva, accettando volontariamente la situazione di pericolo da lui determinata;

- inoltre, la reazione dell'imputato era corredata dal requisito della necessità anche sotto l'ulteriore profilo dell'impossibilità o, comunque, della concreta difficoltà dello stesso di darsi alla fuga o di reagire con altre modalità pacifiche, alla presenza di altri due soggetti che si trovavano sul posto con la persona offesa e che avrebbero ragionevolmente impedito la fuga ovvero impedito di inibire l'ulteriore protrarsi dell'azione aggressiva. Sul punto, sussiste il requisito della necessità quando

* Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Massima non ufficiale.

l'agredito non ha la possibilità di sottrarsi al pericolo se non offendendo, a sua volta, l'aggressore e, quindi, quando si trova nell'alternativa fra il reagire ed il subire.

È stato precisato che il metro con il quale dev'essere valutato il suddetto criterio è quello relativo e non assoluto perché si deve tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto (mezzo difensivo a disposizione, forza fisica delle persone coinvolte, condizioni di tempo e di luogo, modalità dell'aggressione, ecc.); onde è comprensibile come una stessa reazione, mentre può risultare giustificata per un individuo debole ovvero in certe condizioni di tempo e di luogo, può invece non apparire più tale per una persona fisicamente robusta ovvero in presenza di diverse condizioni spazio temporali;

- infine, con riferimento alla proporzionalità della reazione, va osservato che, ferma l'identità dei beni giuridici tutelati, è emerso nel corso dell'istruttoria svolta nel giudizio di primo grado, per come versata nella sentenza impugnata, in parte qua non attinta dal ricorso del Procuratore della Repubblica, che l'unica azione aggressiva dell'imputato nei confronti della persona offesa è consistita in quella, eguale e contraria, posta in essere per prima dalla stessa, ossia nello sferrargli a propria volta un pugno a mani nude. La proporzione sussiste quando il male inflitto all'aggressore è inferiore, eguale o tollerabilmente superiore, al male da lui minacciato.

Non basta cioè che il soggetto si trovi nella necessità di difendersi e nella impossibilità di farlo se non con l'offesa arrecata, ma occorre che questa non sia sproporzionata al male che si vuole evitare.

La valutazione fra la difesa e l'offesa va effettuata in relazione sia ai mezzi usati, ed a quelli a disposizione dell'agredito, che ai beni giuridici in conflitto: di conseguenza, nel raffronto tra il bene di un aggressore e il bene di un agredito il requisito della proporzione viene meno, nel caso di beni

eterogenei in conflitto, quando la consistenza dell'interesse leso, quale la vita e l'incolumità della persona, sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso, ed il male inflitto all'agredito abbia una intensità di gran lunga superiore a quella del male minacciato.

Talché non può ritenersi vi sia un difetto di proporzionalità della reazione solo per i più gravi esiti che la medesima ha poi avuto sulla persona offesa.

(...)

3. DISPOSITIVO

Dichiara inammissibile il ricorso.

CASS. PEN., SEZ V, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 16 NOVEMBRE 2023), N. 46333

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA¹

L'omicidio del coniuge comporta la pena dell'ergastolo con la conseguente preclusione, ai sensi dell'art. 438 c.p.p., della possibilità per l'imputato di accedere al rito abbreviato.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo256**
- 2. Motivi della decisione257**
- 3. Dispositivo259**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Assise di appello ha confermato la sentenza emessa Corte di Assise che aveva condannato F.A. alla pena dell'ergastolo per l'omicidio della moglie E.A.D., aggravato ai sensi dell'art. 577 c.p.p., comma 1, n. 1.

La vicenda - nel suo nucleo essenziale un tipico "femminicidio", essendo stata motivata dal timore dell'imputato di essere lasciato dalla moglie, la quale aveva manifestato l'intenzione di separarsi - secondo le dichiarazioni del F. era avvenuta al culmine di un litigio, svoltosi nell'abitazione familiare e generato dalla richiesta dell'imputato di chiamare la madre in vista del Ramadan.

Ciò aveva determinato una reazione aggressiva della moglie, che offendeva F. e lo colpiva in corrispondenza della ferita di una recente operazione chirurgica. Sempre secondo la versione difensiva, che è stata resa nell'udienza preliminare del 16/7/2020, la donna aveva puntato un coltello

contro il marito, il quale aveva tentato di afferrarle il polso della mano.

I ricordi dell'imputato si arrestavano a questo punto, ma dalle evidenze oggettive è emerso che E.A.D. era stata colpita con otto fendenti da arma bianca da punta e da taglio, concentrati nelle regioni antero-laterali del collo; al rinvenimento del cadavere della donna, il coltello era ancora conficcato nel suo collo, in regione antro-laterale sinistra.

L'omicidio è stato ammesso dall'imputato, il quale - nell'appello aveva invocato la concessione delle circostanze attenuanti generiche. Tuttavia, la Corte territoriale di secondo grado ha confermato il diniego già opposto dal primo collegio, con diffusa motivazione.

Con il primo motivo di gravame si deduce la violazione di legge riferita all'art. 438 c.p.p., comma 1-*bis*, nonché illogicità della motivazione sul punto.

La tesi del ricorrente, già espressa nei gradi di merito, prende le mosse dall'analisi dell'indicata disposizione, che vieta di accedere al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Si propone un collegamento con l'art. 344-*bis* c.p.p. che, al comma 9, esclude l'operatività del nuovo istituto della improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.

Si sostiene che la specificazione contenuta in tale ultima disposizione dimostra che il rito abbreviato deve ritenersi escluso soltanto per giudicare i delitti puniti ex se con la pena dell'ergastolo, e non per quelli che prevedono la pena perpetua a seguito di circostanze aggravanti, altrimenti non vi sarebbe stata ragione di specificare diversamente per l'improcedibilità dell'appello.

* Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Massima non ufficiale.

Si propugna un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 438 c.p.p., comma 1-*bis*, che sarebbe confermata da recenti arresti di legittimità, quale quello in materia di messa alla prova disciplinata dall'art. 168-*bis* c.p., in cui si è escluso che nel sistema esista un criterio normativo unitario in base al quale determinare la pena ai fini dell'applicazione di istituti processuali, come in tema di competenza - art. 4 c.p.p. - o in tema di applicazione di misure cautelari personali - art. 278 c.p.p. - e si è aggiunto che il legislatore, quando vuole dare rilevanza alle circostanze del reato, lo fa in modo esplicito.

Con il secondo motivo si censura per omessa motivazione la ritenuta manifesta infondatezza della eccezione di incostituzionalità dell'art. 577 c.p., comma 1, n. 1.

Ripercorrendo le argomentazioni del gravame a sostegno di tale censura, ci si duole dell'apparenza della motivazione con cui essa è stata respinta nella impugnata sentenza, senza avere analizzato le numerose ipotesi aggravate di omicidio volontario previste dal legislatore, né avere valutato la graduazione che emerge dalle circostanze descritte nell'art. 576 c.p. e art. 577 c.p., commi 1 e 2.

Invero, fino al 2018, l'omicidio del coniuge non divorziato non rientrava tra le ipotesi di maggiore gravità, ed era punito con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, ai sensi dell'art. 577 c.p., comma 2.

Sussisterebbe quindi la violazione dell'art. 3 Cost. e art. 27 Cost., commi 1 e 3, ad opera del nuovo art. 577 c.p., comma 1, n. 1, che impone una pena rigidamente predeterminata, l'ergastolo, in spregio al principio di massima individualizzazione del trattamento sanzionatorio ricavabile dagli indicati parametri costituzionali e dal criterio di proporzione che presiede alla graduazione delle sanzioni in base alla concreta gravità oggettiva e soggettiva del delitto.

Si ripropone, dunque, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 577 c.p., comma 1, n. 1, - come modificato dalla L. 11 gennaio 2018, n. 4 e dalla L. 19 luglio 2019, n. 69 nella parte in cui commina la pena dell'ergastolo per l'omicidio del coniuge, anche legalmente separato, dell'altra parte dell'unione civile, della persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva.

Conseguenzialmente, si solleva dubbio di costituzionalità anche per la norma dell'art. 577 c.p., comma 2, per le ipotesi di omicidio aggravato ivi considerate, limitatamente alle predette relazioni coniugali o affettive, ove cessate.

Nel terzo, quarto e quinto motivo - da trattarsi congiuntamente attesa la comune doglianza - si evoca violazione di legge con riferimento agli artt. 517 e 521 c.p.p., quanto alla ritenuta sussistenza di fatto delle aggravanti della crudeltà, della presenza della minore, e della premeditazione, aggravanti mai formalmente contestate.

Nel sesto motivo si censura per violazione di legge, riferita agli artt. 238 e 526 c.p.p., l'acquisizione della relazione degli assistenti sociali ASP Azalea relativa ai figli minori dell'imputato e della vittima.

Con l'ultimo motivo di impugnazione si deduce contraddittorietà della motivazione rispetto alle risultanze in atti, quanto alla negazione delle circostanze attenuanti generiche.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- in via preliminare, la pronuncia impugnata è una c.d. doppia conforme. Tale costruzione postula che il vizio di motivazione deducibile e

censurabile in sede di legittimità sia soltanto quello che - a presidio del *devolutum* - discende dalla pretermissione dell'esame di temi probatori decisivi, ritualmente indicati come motivi di appello e trascurati in quella sede. Al di fuori di tale perimetro, resta precluso il rilievo del vizio di motivazione secondo la nuova espressione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), nel caso di adeguata valutazione conforme nei gradi di merito del medesimo compendio probatorio;

- con riferimento alla questione di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale - investita della questione riguardante il dubbio di costituzionalità della preclusione del rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, anche con riferimento a tale caso specifico nella sentenza n. 260 del 18 novembre 2020, depositata il 3 dicembre 2020, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438 c.p.p., comma 1-bis, nonché della L. 12 aprile 2019, n. 33, art. 3 sollevate - in riferimento all'art. 3 Cost., art. 27 Cost., comma 2, e art. 111 Cost., comma 2 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.

La disposizione relativa al giudizio abbreviato, dettata nella sede specifica dell'art. 438 c.p.p., è lapidaria nell'escludere tale rito speciale per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo. La mancanza di specificazioni, limitazioni, distinguo di ogni genere, denota la volontà legislativa di escludere il rito preminale per tutti i delitti che comportano tale sanzione, in via diretta oppure come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti;

- dal punto di vista della pena, l'ergastolo, a ben vedere, risponde ad una precisa scelta di politica criminale alla quale si è ispirato il legislatore nei suoi interventi legislativi del 2018 e del 2019, in quanto tale insindacabile in questa sede e non sospettabile di illegittimità costituzionale alla luce dei richiamati parametri *ex* art. 3 Cost. e art. 27 Cost., commi 1 e 3, con riferimento al nuovo art. 577 c.p., comma 1, n. 1, nei termini prospettati dalla difesa dell'imputato, che ha erroneamente paventato una pena rigidamente predeterminata, l'ergastolo, in spregio al principio di massima individualizzazione del trattamento sanzionatorio ed al criterio di proporzione che presiede alla graduazione delle sanzioni in base alla concreta gravità oggettiva e soggettiva del delitto. Si è già detto, infatti, che la comminatoria della pena perpetua non è una imposizione rigida, ma soggetta all'ordinario vaglio di personalizzazione alla stregua dei criteri codicistici che presidiano la discrezionalità vincolata del giudice in detta materia.

La sollecitazione difensiva all'interpello di costituzionalità è dunque manifestamente infondata nella parte riguardante l'omicidio del coniuge e manifestamente irrilevante per le ulteriori fattispecie di omicidio aggravato, non coinvolte dalla presente vicenda;

- i motivi terzo, quarto e quinto evocano violazione di legge con riferimento agli artt. 517 e 521 c.p.p., quanto alla denunciata ritenuta sussistenza di fatto delle aggravanti della crudeltà, della presenza della minore, e della premeditazione, aggravanti mai formalmente contestate.

Tali doglianze sono tuttavia inammissibili per carenza di correlazione con le statuizioni del primo giudice. Inoltre, la pretesa del ricorrente di escludere ogni riferimento alla violenza usata contro la moglie al fine di consentire il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche è palesemente contraria all'art. 133 c.p. che richiede la

valutazione di ogni modalità dell'azione, motivatamente ritenuta dai giudici di ambo i gradi connotata da particolare violenza;

- il sesto motivo denuncia violazione di legge, riferita agli artt. 238 e 526 c.p.p., per l'acquisizione della relazione degli assistenti sociali ASP Azalea relativa ai figli minori dell'imputato e della vittima. Sul punto, prescindendo dalla doglianza difensiva che ha deplorato l'assenza di ogni presa di contatto dei servizi sociali con il padre in ordine ai rapporti con i figli minori, contatti che invero non avrebbero mai potuto essere instaurati, essendo stato F. immediatamente sospeso dalla responsabilità genitoriale, si osserva che in alcun modo è stata dimostrata la decisività della acquisita relazione ai fini delle determinazioni sulla responsabilità penale e sul trattamento sanzionatorio dell'imputato. Dal canto suo, la Corte di Assise di appello ha affermato che tale documento non ha modificato in alcun modo il quadro probatorio e le determinazioni in ordine alla pena, la cui specie discende direttamente dall'aggravante del coniugio, e dall'assenza di ragioni per il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche;

- nemmeno il settimo motivo di gravame è stato ritenuto degno di accoglimento in quanto, in tema di circostanze attenuanti generiche, la consolidata giurisprudenza di legittimità afferma che la relativa valutazione si configura come un giudizio di fatto, lasciato alla discrezionalità del giudice di merito, il quale deve motivare la sua decisione nei soli limiti atti a far emergere, in misura sufficiente, l'avvenuta valutazione circa l'adeguamento della pena concretamente applicata rispetto alla gravità effettiva del reato e alla personalità dell'imputato. Non è stato questo il caso dell'impugnata sentenza, che ha affrontato ogni profilo, oggettivo e soggettivo, della vicenda in termini assolutamente approfonditi, analizzando premesse, svolgimento e condotta *post*

crimen patratum dell'imputato, e rendendo una motivazione ineccepibile per coerenza e completezza.

(...)

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 E.A.N., nella sua qualità di tutore dei figli minori, ammessa al patrocinio a spese dello Stato, nella misura che sarà liquidata dalla Corte di Assise di appello con separato decreto di pagamento, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 82 e 83 disponendo il pagamento in favore dello Stato.

Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalle parti civili H.F., E.A.N. in proprio, E.A.M., E.A.A. ed E.A.S., che liquida in complessivi Euro 4.497,00, come da nota spese.

**CASS. PEN., SEZ II, UD. 19 APRILE 2023 (DEP. 2 OTTOBRE 2023), N. 39836**A cura di **Andrea PROVENZANO*****MASSIMA¹**

L'estorsione realizzata, con minaccia silente, da un soggetto appartenente ad un'associazione mafiosa integra esclusivamente l'aggravante di cui all'art. 628, co. 3, n. 3, c.p., in quanto connessa alla sola provenienza qualificata della condotta intimidatoria, e non anche quella di cui all'art. 416 bis.1 c.p., sotto il profilo dell'utilizzo del metodo mafioso, poiché richiede una sua concreta manifestazione all'esterno, funzionale ad agevolare la commissione del reato.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo260**
- 2. Motivi della decisione261**
- 3. Dispositivo262**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I profili di maggior interesse della vicenda in esame attengono ai capi di imputazione nn. 1 e 3.

Il capo n.1 (art. 416 bis c.p.) indica Giorgi Salvatore e Catalanotto Francesco quali partecipi dell'associazione mafiosa Cosa nostra radicata nei territori di Mazara del Vallo, Campobello di Mazara e Castelvetro.

La contestazione di cui al capo n. 3 indica Giorgi Salvatore quale partecipe (in concorso con Messina Dario e Buffà Marco) di una vicenda estorsiva posta in essere nei confronti dei gestori del bar 'Fiocca' di Marsala, tesa a imporre il mantenimento all'interno del locale delle *slots machines* riferibili a Giorgi e a Luppino.

In riferimento alla posizione di Giorgi Salvatore, la Corte di Appello ha accolto la doglianza difensiva in riferimento al delitto di cui al capo n. 1, con assoluzione dell'imputato perché il fatto non sussiste.

Avverso la sentenza della Corte di Appello il PG territoriale propone ricorso, limitatamente alla posizione di Giorgi Salvatore ed in riferimento alla assoluzione dal delitto di associazione mafiosa e alla esclusione della circostanza aggravante (capo n.3) di cui all'art.628, comma 3 n.3 c.p.

In riferimento al capo n.1, si deduce vizio di motivazione per illogicità, contraddittorietà e travisamento.

Si afferma, infatti, che la Corte di secondo grado ha svalutato la portata indiziante — a carico di Giorgi - di numerosi elementi di prova esposti nella decisione di primo grado.

Si rappresenta, in particolare, che la Corte di secondo grado in modo contraddittorio non ha tenuto conto della rilevanza probatoria della condotta di estorsione (capo 3), realizzata da Giorgi in concorso proprio con il Messina, nel corso della quale si manifesta in modo inequivoco la consapevolezza in capo al Giorgi del ruolo di vertice mafioso del Messina.

Sul piano oggettivo, non vi è dubbio che la condotta tenuta da Giorgi abbia agevolato la riscossione da parte del Messina dei contributi economici derivanti dall'attività dei centri scommesse e in numerose conversazioni è lo stesso Giorgi a manifestare la assoluta consapevolezza della destinazione del denaro ai bisogni della consorteria mafiosa, adottando particolari precauzioni durante gli incontri.

In riferimento al capo n.3, si deduce erronea applicazione di legge in riferimento alla esclusione

* Abilitato all'esercizio della professione forense, già tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013.

¹ Massima non ufficiale.



della circostanza aggravante di cui all'art.628, comma 3 n.3 c.p.

Secondo quanto prospettato dal ricorrente, l'assoluzione di Giorgi è irrilevante: si ritiene sufficiente ad integrare l'aggravante che l'estorsione sia stata commessa da costui in concorso con Messina Dario e Buffa Marco, questi ultimi certamente appartenenti all'associazione mafiosa.

Propone altresì ricorso Giorgi Salvatore. Il motivo di ricorso di maggior interesse concerne il capo n. 3, che si appunta sul riconoscimento della circostanza aggravante dell'impiego del metodo mafioso.

La mera presenza del Messina, mai raggiunto da condanna per appartenenza al sodalizio mafioso, mai poteva essere considerata idonea a realizzare la particolare coartazione prevista dalla norma che configura l'aggravante in parola.

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Il giudice di legittimità ha giudicato fondato il ricorso proposto dal Procuratore Generale territoriale, con riferimento alla posizione di Giorgi Salvatore. Ha, inoltre, giudicato fondati, nei limiti che si diranno, gli altri ricorsi.

(...)

La Cassazione ha dunque accolto il ricorso del PG territoriale sulla ricorrenza della circostanza aggravante di cui all'art.629 comma 2 in rapporto all'art.628 comma 3 n.3 c.p.: tale circostanza determina un incremento sanzionatorio se la violenza o minaccia è posta in essere da chi fa parte di un'associazione mafiosa.

La ratio della suddetta previsione non va rinvenuta nella mera condizione soggettiva di mafioso (altrimenti si rientrerebbe in una logica di diritto

penale d'autore), bensì nel surplus della capacità intimidatoria ricollegabile alla provenienza qualificata della condotta intimidatoria.

Del resto, già in precedenti arresti, la Cassazione aveva ritenuto che, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante prevista dall'art. 628, comma terzo n. 3, c. p., non è necessario che l'appartenenza dell'agente a un'associazione di tipo mafioso sia accertata con sentenza definitiva, ma è sufficiente che tale accertamento sia avvenuto nel contesto del provvedimento di merito in cui si applica la citata aggravante (così Sez. II n. 33775 del 4.5.2016, rv 267850).

Il giudice di legittimità si è altresì confrontato con le censure difensive dirette a contestare la ricorrenza della circostanza aggravante di cui all'art.416 *bis*.1 c.p., qui declinata nel senso dell'avvalersi delle condizioni di cui all'art.416 *bis* c.p.

In particolare, la Cassazione ha ritenuto necessario escludere l'aggravante appena citata. In tal senso ha valorizzato quanto sostenuto a proposito della modalità di realizzazione della estorsione con applicabilità dell'art.628 comma 3 n.3 c.p., nonché l'esigenza di evitare irragionevoli duplicazioni sanzionatorie.

Da un lato, infatti, si valorizza - in negativo - una particolare modalità commissiva del delitto, rappresentata dall' essersi gli agenti avvalsi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Tali condizioni sono, per dettato normativo, rappresentate dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva tra i consociati.

Si è ritenuto, sul punto che tale 'corno' dell'aggravante incrimini essenzialmente le condotte espressive in concreto di una maggior valenza intimidatoria, poste in essere da soggetti associati o anche non associati.

In tale direzione, si è ritenuto che l'aggravante dell'impiego del metodo — di natura oggettiva- è

configurabile nel caso di condotte che presentano un nesso eziologico immediato rispetto all'azione criminosa, in quanto logicamente funzionali alla più pronta e agevole perpetrazione del crimine, non essendo pertanto integrata dalla sola connotazione mafiosa dell'azione o dalla mera ostentazione, evidente e provocatoria, dei comportamenti di tale organizzazione.

In altre parole, in caso di estorsione, ad essere incriminata è la maggior forza dell'intimidazione - derivante dalla pregressa opera di riduzione delle altrui difese in virtù dell'esistenza del gruppo mafioso - tesa a determinare una più intensa coartazione psicologica.

Nel caso di soggetto associato che realizzi (anche in concorso) una estorsione si è ritenuto, in generale, che le due aggravanti (utilizzo del metodo e pregressa appartenenza del soggetto alla associazione) siano in un rapporto di possibile coesistenza. In tema di estorsione, la circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis.1 c.p. può pertanto concorrere con quella di cui all'art. 628, comma terzo, n.3, c.p., richiamata dall'art. 629, comma secondo, c.p., essendo le stesse ancorate a presupposti fattuali differenti: la prima, infatti, presuppone l'accertamento che la condotta di reato sia stata commessa con modalità di tipo mafioso, pur non essendo necessario che l'agente appartenga al sodalizio criminale, mentre la seconda si riferisce alla provenienza della violenza o minaccia da soggetto appartenente ad associazione mafiosa, senza la necessità di accertare in concreto le modalità di esercizio di tali violenza o minaccia né che esse siano attuate utilizzando la forza intimidatrice derivante dall'appartenenza all'associazione mafiosa.

Qualora, dunque, venga in considerazione la minaccia «silente», come nel fatto storico in esame, ad essere rilevante è esclusivamente il dato dell'appartenenza del soggetto - che realizza la minaccia - alla consorterìa mafiosa, posto che la capacità intimidatoria è correlata alla sola appartenenza.

Se ciò consente, come si è detto, l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art.628 comma 3 n.3 c.p., altrettanto non può dirsi per l'avvenuto utilizzo del metodo mafioso (art.416 *bis*.1 c.p.) che richiede una ulteriore esternazione funzionale alla semplificazione delle modalità commissive del reato.

Di conseguenza, nel particolare caso della «minaccia silente» l'applicazione dell'aggravante specifica di cui all'art.628 comma 3 n.3 esclude la contemporanea applicazione dell'aggravante di cui all'art.416 *bis*.1 c.p.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

In accoglimento del ricorso del Procuratore Generale annulla la sentenza impugnata nei confronti di Giorgi Salvatore con riferimento all'assoluzione dal delitto di cui al capo n.1 e alla esclusione dell'aggravante di cui all'art.628 comma 3 n. 3 c.p. per il delitto di cui al capo 3, con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Palermo.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di Giorgi Salvatore limitatamente all'aggravante di cui all'art.416 *bis*.1 c.p., contestata per il delitto di cui al capo 3, aggravante che esclude.

Rigetta nel resto il ricorso di Giorgi Salvatore.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di Catalanotto Francesco limitatamente all'aggravante di cui all'art.416 *bis* comma 6 c.p., che esclude, e ridetermina la pena nei confronti di Catalanotto Francesco in anni otto di reclusione.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di De Santo Paolo limitatamente all'aggravante di cui all'art.416 *bis*.1 c.p., che esclude, e ridetermina la pena nei confronti di De Santo Paolo in anni due di reclusione, con la sospensione condizionale della pena.

Revoca l'interdizione temporanea dai pubblici uffici nei confronti del De Santo. Condanna Catalanotto Francesco alla rifusione delle spese delle parti civili: Comune di Castelvetro, che liquida in euro 6.000 oltre accessori di legge; Comune di Campobello di Mazara, che liquida in euro 6.000 oltre accessori di legge; Associazione Antiracket e Antiusura di Trapani che liquida in euro 6.000 oltre accessori di legge; Codici Sicilia e Associazione Antimafia e Antiracket la verità vive! Onlus, ammesse al patrocinio a spese dello Stato, nella misura che sarà liquidata dalla Corte di Appello di Palermo con separato decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 DPR n.115/2002, disponendo il pagamento in favore dello Stato.

Rimette al merito la liquidazione delle spese sostenute dalle predette parti civili nei confronti di Giorgi Salvatore.

CASS. PEN., SEZ UN, UD. 13 LUGLIO 2023 (DEP. 13 DICEMBRE 2023), N. 49686A cura di **Andrea PROVENZANO*****MASSIMA¹**

In ossequio al principio di offensività e alla funzione selettiva del dolo specifico, la fattispecie incriminatrice di cui all' art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019 deve essere letta in termini di pericolo concreto, punendo le sole omesse o false informazioni, contenute nella autodichiarazione volta a conseguire il beneficio del reddito di cittadinanza, che siano concretamente idonee a ottenere un beneficio altrimenti non dovuto o a ottenere un beneficio dovuto ma in misura superiore a quello effettivamente spettante.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo264**
- 2. Motivi della decisione264**
- 3. Dispositivo267**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di appello di Salerno ha confermato la sentenza emessa dal GUP del Tribunale di Nocera Inferiore che aveva condannato l'imputato alla pena di due anni e due mesi di reclusione per il reato di cui agli artt. 81, co. 2 c.p., 640, co. 2, n.1, c.p., 7, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. con mdoif in legge 28 marzo 2019, n. 26.

La vicenda trae origine dall'aver l'imputato portato all'attenzione dell'amministrazione erogatrice del reddito di cittadinanza (d'ora in avanti, Rdc) dati non veritieri, seppur questi ultimi non avessero alterato in termini economici i limiti reddituali fissati per l'ottenimento del beneficio.

* Abilitato all'esercizio della professione forense, già tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013.

L'imputato ha proposto ricorso, per il tramite del difensore, articolando tre motivi di ricorso.

In particolare, il ricorrente lamentava l'errata interpretazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019, affermando che, in forza del dolo specifico ivi previsto nonché leggendo la fattispecie in termini aderenti al principio di offensività, la condotta decettiva assuma rilevanza penale nei soli casi in cui il soggetto abbia agito al fine di ottenere indebitamente un beneficio che altrimenti risulterebbe non dovuto, non sussistendo cioè le condizioni per l'erogazione dello stesso.

La Terza Sezione penale della Corte di Cassazione, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito all'interpretazione del primo comma dell'art. 7, d.l. n. 4 del 2019, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La questione sottoposta all'intervento risolutore delle Sezioni Unite riguarda la possibilità di ritenere integrato il reato descritto dall'art. 7, comma 1, anche nelle ipotesi in cui – a prescindere dalla condotta di mendacio – il richiedente fosse comunque nelle condizioni (reddituali, ma non solo) per accedere al beneficio.

Il Supremo Consesso nomofilattico ricostruisce i due opposti indirizzi esegetici nei termini che seguono.

Secondo un primo orientamento, il reato in esame va ricostruito in termini di pericolo astratto. In altri termini, tale *figura criminis* sussisterebbe

¹ Massima non ufficiale.

indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, e dunque anche nel caso in cui il mendacio non incida sul diritto a ottenere il Rdc o sull'ammontare di quest'ultimo, diritto effettivamente sussistente in capo al richiedente.

Tale tesi si fonda su un argomento assiologico e su un argomento sistematico.

In primo luogo, opererebbe un generale principio antielusivo, che trova il suo fondamento nell'art. 53 Cost., e che si riflette in un dovere di lealtà del cittadino verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico, idoneo di per sé solo a giustificare la punibilità del mendacio o della reticenza.

In secondo luogo, alla luce di un confronto tra la fattispecie in materia di falso per l'ottenimento del Rdc e l'ipotesi di cui all'art. 95 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, relativa alle false dichiarazioni sostitutive per l'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, ritenute figure di reato omogenee, anche in relazione all'art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019 opererebbero i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in materia di falso per l'ammissione al gratuito patrocinio (Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 6591). Ad avviso della giurisprudenza appena richiamata, infatti, il reato è integrato indipendentemente dalla sussistenza effettiva delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio.

Secondo un secondo orientamento, invece, la fattispecie delittuosa in esame va ricondotta al paradigma del pericolo concreto: sono penalmente rilevanti le sole condotte finalizzate all'ottenimento di un beneficio non dovuto. Tale indirizzo ermeneutico fa leva sul dolo specifico rappresentato dal "fine di ottenere indebitamente il beneficio", non presente nella fattispecie che punisce le false dichiarazioni sostitutive per l'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato. Proprio la presenza del dolo specifico induce a ritenere che, ai fini della

configurazione del reato di cui all'art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019, occorre che la condotta sia necessariamente idonea a conseguire l'obiettivo di ottenere un sussidio non dovuto.

Le Sezioni Unite hanno accolto il secondo orientamento.

Il massimo organo nomofilattico mostra, infatti, di non condividere il parallelismo effettuato dal primo filone esegetico tra le ipotesi di cui all'art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019 e all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002.

Tra queste fattispecie intercorrono, infatti, differenze strutturali, di contesto e funzionali.

La prima risulta caratterizzata dal dolo specifico e prescinde dall'effettivo conseguimento del sussidio, laddove invece la seconda contempla il semplice dolo generico e offre rilevanza all'ottenimento del beneficio (l'accesso al gratuito patrocinio) in termini di circostanza aggravante.

Diversi sono anche contesti procedurali entro i quali si inseriscono gli illeciti. L'ammissione al patrocinio a spese dello Stato segue una procedura informata alla massima celerità e snellezza, nella quale il giudice precedente si limita di fatto a recepire quanto dichiarato dal richiedente, mentre il procedimento relativo al Rdc, pur caratterizzato anch'esso da rapidità, contempla una sia pur minima attività istruttoria volta a verificare il possesso dei requisiti per l'accesso al beneficio.

Sul piano funzionale, infine, si contesta il riferimento al già menzionato principio antielusivo. Si evidenzia, invero, che il dovere di lealtà del cittadino verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico non costituisce il corrispondente di un beneficio concesso per grazia al cittadino, essendo piuttosto attribuito in forza di un diritto espresso riconosciuto per legge sulla base di dati obiettivi e verificabili. Parimenti, alla luce di una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di principio di offensività, si sottolinea come la violazione di un generico dovere di lealtà non

può costituire elemento idoneo a giustificare la sanzione penale, atteggiandosi piuttosto quale un guscio vuoto, privo di sostanza concreta, che attrae a sé anche fatti privi di ogni offensività. Il disvalore di fattispecie deve allora essere individuato nella circostanza per la quale il mendacio possa esporre a pericolo o ledere gli interessi pubblici alla cui tutela il beneficio economico è finalizzato.

Pertanto, letto al lume del principio di offensività, il reato in esame viene espressamente qualificato in termini di reato di pericolo concreto a consumazione anticipata, posto a tutela del patrimonio dell'ente erogante, da intendere come le limitate risorse destinate all'erogazione del Rdc e al perseguimento del fine pubblico ad esso sotteso.

Tale conclusione è supportata da un argomento letterale e da un argomento sistematico:

- in primo luogo, si valorizza l'uso dell'avverbio "indebitamente" utilizzato dal legislatore nella descrizione del dolo specifico. Ad avviso del giudice di legittimità, con tale sintagma il legislatore richiede, sul piano dell'elemento soggettivo, un *quid pluris* rispetto alla mera consapevolezza del mendacio, che si sostanzia nella volontà di accedere ad un beneficio che il soggetto sa essere non dovuto;

- in secondo luogo, le Sezioni Unite si soffermano sui rapporti tra la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 7, d.l. n. 4 del 2019 e quella di cui al successivo secondo comma, ove viene sanzionata l'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio ovvero di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del Rdc.

In particolare, la relazione tra le due ipotesi criminose può essere ricostruita in termini di coerenza soltanto laddove si consideri quale comune bene giuridico protetto quello del patrimonio dell'ente erogante il beneficio, inteso in chiave dinamica, contemplando cioè anche l'interesse pubblico al cui

perseguimento tali risorse patrimoniali risultano destinate.

Emblematica in questa prospettiva è la disciplina prevista per l'ipotesi di decadenza dal beneficio di cui al comma sesto dell'art. 7, dove il legislatore dispone che l'ente erogatore, in caso di percezione del Rdc in misura maggiore di quanto dovuto per effetto delle condotte decettive di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, debba recuperare solo quanto versato in eccesso (e non l'intero ammontare del sussidio). Il suddetto dato normativo induce allora a ritenere che il legislatore non abbia inteso dare rilievo alcuno al richiamato dovere di lealtà. Se così fosse stato, infatti, la decadenza dal beneficio a seguito di false o omesse comunicazioni avrebbe dovuto determinare il recupero totale delle somme erogate.

Ne consegue che la disciplina di cui al primo comma dell'art. 7 risulta applicabile solo nei casi in cui il Rdc è integralmente non dovuto oppure laddove il dichiarante agisca nella prospettiva di ottenere il sussidio in misura superiore a quanto spettante.

In conclusione, i giudici di legittimità escludono che il bene protetto dalla fattispecie di cui all'art. 7, primo comma, d.l. n. 4 del 2019 sia rappresentato dalla tutela della fede pubblica. Il reato in parola viene dunque iscritto non nel novero dei reati di falso, bensì in quello delle frodi nelle erogazioni pubbliche. Ad essere tutelate sono, invero, le risorse pubbliche e le finalità (anch'esse di rilevanza pubblicistica) al cui perseguimento le stesse risorse sono destinate.

Il dolo specifico funge qui da parametro di selezione delle condotte penalmente rilevanti, identificate nelle sole condotte suscettibili di esporre a concreto pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma.

Se ne ricava che, laddove il richiedente abbia comunque diritto ad accedere al beneficio, a prescindere dalle informazioni mendaci o da quelle

indebitamente omesse, non vi è alcuna offesa al bene protetto: una siffatta condotta è pertanto estranea al fatto tipico, poiché è esclusa la natura indebita del beneficio.

Sulla base dei suddetti principi, le Sezioni Unite hanno accolto il primo motivo di ricorso, avendo la Corte di appello omissa di verificare se, ed in che misura, l'infedele rappresentazione della consistenza del patrimonio immobiliare del ricorrente potesse incidere sull'*an* o sul *quantum* del beneficio richiesto (ed ottenuto).

(...)

3. DISPOSITIVO

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio alla Corte di appello di Napoli.

CASS. PEN., SEZ. II, UD. 25 OTTOBRE 2023, (DEP. 15 NOVEMBRE 2023), N. 46097

A cura di **Andrea PROVENZANO***

MASSIMA¹

L'interesse proprio del terzo esecutore materiale che determina il mutamento della qualificazione giuridica del fatto da esercizio arbitrario delle proprie ragioni a estorsione deve essere correlato all'ingiusto profitto e al danno altrui, elementi costitutivi del reato di cui all'art. 629 c.p. Laddove il terzo agisca nell'erronea convinzione, determinata dall'inganno dello pseudo-creditore, circa la fondatezza del credito altrui, ai sensi degli artt. 47 e 48 c.p., del più grave reato di estorsione risponde il creditore-mandante, mentre del meno grave reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni risponde l'incaricato.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 268**
- 2. Motivi della decisione 268**
- 3. Dispositivo 270**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di appello di Palermo, in parziale riforma della pronuncia del GUP presso il medesimo tribunale, ha riformato la sentenza, riducendo per ciascuno degli imputati la pena ad anni 4, mesi 8 di reclusione ed € 3334,00 di multa in ordine al delitto di concorso in estorsione aggravata agli stessi contestato.

I fatti da cui scaturisce la vicenda possono essere così riassunti.

Gli imputati avevano ricevuto l'incarico da parte della proprietaria di un immobile di sfrattare

i conduttori e lo avevano eseguito ricorrendo a violenza e minaccia. Le persone offese erano poi rientrate nell'abitazione il giorno seguente in virtù della qualifica di detentori legittimamente posseduta in forza di un regolare contratto di locazione.

Avverso tale sentenza i difensori degli imputati hanno proposto ricorso.

Il motivo di gravame di maggior interesse concerne la qualificazione dei fatti in termini di estorsione, anziché di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Si sostiene che il giudice di merito abbia attribuito peso ad un elemento, l'aver la proprietaria dell'immobile promesso ai due imputati una retribuzione di € 5.000,00 per il loro intervento, circostanza rimasta tuttavia del tutto labile. Si contesta, in ogni caso, che tale compenso possa configurare l'ingiusto profitto richiesto quale elemento costitutivo dall'art. 629 c.p.: secondo i ricorrenti la somma summenzionata era stata invero concepita non già come corrispettivo dell'attività illecita, bensì come possibile frutto dell'attività di mediazione per la futura vendita dello stesso appartamento.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La Corte ha ritenuto fondati i ricorsi.

La pronuncia in esame si pone quale ideale completamento dei principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite in merito ai rapporti tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e il reato di estorsione (Sez. Un., n. 29541 del 16/07/2020, Rv. 280027 - 02).

* Abilitato all'esercizio della professione forense, già tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013.

¹ Massima non ufficiale.

Volendo richiamare brevemente quanto già affermato dal Supremo Consesso, a distinguere i due reati è l'elemento soggettivo.

Nel reato di ragion fattasi, reato proprio non esclusivo, l'agente persegue il profitto nella convinzione non meramente astratta ed arbitraria, ma ragionevole, di esercitare un suo diritto o di soddisfare personalmente una sua pretesa che potrebbe formare oggetto di azione giudiziaria; nell'estorsione, invece, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza della sua ingiustizia. Se ne ricava che, per aversi esercizio arbitrario, occorre che l'agente abbia posto in essere la condotta per la realizzazione di una pretesa giuridica esattamente tutelabile senza travalicarne il contenuto.

Inoltre, in ipotesi di concorso di terzi, sussiste concorso nel reato di cui all'art. 393 c.p. nei soli casi in cui l'incaricato si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore. Viceversa, risulta configurato il più grave di reato di estorsione (sia per l'incaricato che per il creditore), laddove l'incaricato persegua anche o solo un diverso fine.

Da quanto sinteticamente richiamato risulta, dunque, determinante il fatto che i terzi eventualmente concorrenti *ad adiuvandum* del preteso creditore abbiano o meno perseguito (anche o solo) un interesse proprio.

Con la sentenza in esame, come anticipato, la Cassazione ha ritenuto di fornire talune interessanti precisazioni che, in particolare, si appuntano sulla nozione di interesse proprio del terzo. Quest'ultimo è un elemento idoneo a determinare la qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 629 c.p., piuttosto che dell'art. 393 c.p. Per tale ragione, allora, tale interesse va individuato sulla scorta degli elementi costitutivi del delitto di estorsione e, in particolare, dei due eventi naturalistici ivi contemplati (l'ingiusto profitto e l'altrui danno).

In tal senso, ai fini dell'integrazione del reato di estorsione, occorre che vi sia una correlazione tra

l'interesse che l'incaricato soddisfa (e che realizza il profitto) e il danno inflitto alla vittima del reato. In altri termini, il terzo risponde di estorsione ogni volta che, incaricato di riscuotere un credito di un determinato importo, abbia poi agito richiedendo alla persona offesa un importo superiore a quanto dovuto. Tale importo superiore è infatti estraneo al diritto originariamente agito: in tale ipotesi il terzo arreca alla vittima un danno e consegue un ingiusto profitto corrispondente alla soddisfazione di un proprio interesse.

La suddetta correlazione difetta, invece, laddove il terzo richieda alla persona offesa esattamente lo stesso importo del diritto agito. A nulla rileva, invece, l'eventuale motivo che possa averlo spinto ad agire. Si pensi alla prospettiva di ottenere una ricompensa dal creditore: non si tratta di un interesse proprio diretto, in quanto non determina alcun danno alla vittima (che paga l'esatto importo del suo supposto debito). Semmai l'eventuale guadagno sotteso può costituire il prezzo del reato di cui all'art. 393 c.p. o il movente del reato.

I giudici di legittimità osservano allora come sia nota l'irrilevanza del movente ai fini della sussistenza del reato: un conto, invero, è il dolo che è elemento costitutivo del reato e riguarda la sfera di rappresentazione e volizione dell'evento; un altro conto è il motivo che è causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire. E, con particolare riguardo al delitto di estorsione, la volizione e rappresentazione deve avere ad oggetto la coartazione del soggetto passivo per conseguire un ingiusto profitto con altrui danno, senza che alcun rilievo assuma la spinta a delinquere che ha mosso il reo a realizzare la condotta criminosa.

Nel caso di specie, la Corte di appello aveva attribuito rilievo decisivo, ai fini della qualificazione dei fatti a titolo di estorsione, alla somma di € 5.000,00. Tuttavia, questa somma era stata prospettata come eventuale e futura possibilità di



guadagno dalla proprietaria dell'immobile e, pertanto, non aveva mai costituito oggetto di richiesta ai conduttori dell'immobile. In altri termini, i terzi incaricati alla riscossione avrebbero qui soddisfatto un proprio interesse, distinto da quello del creditore-mandante, non collegato all'inflizione di un danno alla persona offesa.

In chiusura, i giudici di legittimità pongono l'accento sulla necessità di verificare se i terzi abbiano agito nei confronti delle persone offese con la convinzione di esercitare un preteso diritto del creditore sulla base di una falsa rappresentazione della realtà da parte di quest'ultimo. Potrebbe, invero, aversi un'ipotesi in cui il creditore ben sa che la propria pretesa è infondata, ma induce in errore gli incaricati descrivendo loro la propria pretesa come fondata.

In tale evenienza vengono allora in considerazione gli artt. 47 e 48 c.p.

A mente dell'art. 47, infatti, l'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente (comma 1) ma ciò non esclude la punibilità per un reato diverso (comma 2).

Quando il suddetto errore è dipeso dall'altrui inganno, ai sensi dell'art. 48 c.p., del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo.

Applicando tali norme al caso specifico, gli incaricati agiscono, dunque, nella convinzione di esercitare un diritto in capo al titolare-mandante che li ha indotti in errore, agendo con il dolo tipico dell'esercizio arbitrario. Diversamente, lo pseudo-creditore (il *deceptor*) risponde del più grave reato di estorsione, cioè del più grave fatto materialmente commesso dai terzi incaricati.

Ne consegue, pertanto, la possibilità di ipotizzare un concorso di persone nel medesimo fatto storico ma con titoli di reato diversi. Del resto, una siffatta possibilità non deve sorprendere, essendo già stata riconosciuta dalla giurisprudenza in più occasioni.

Va segnalato, infine, che, peraltro, il concorso di persone in titoli di reato eterogenei è stato, di recente, riconosciuto in via generale dalle Sezioni Unite (di tale pronuncia è, allo stato attuale, nota la sola informazione provvisoria, non essendo state ancora depositate le motivazioni).

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Palermo per nuovo giudizio.

CASS. PEN., SEZ V, UD. 14 LUGLIO 2023 (DEP. 10 NOVEMBRE 2023), N. 45471

A cura di **Alessia SABATASSO***

MASSIMA¹

La nozione di “privata dimora” deve intendersi in senso più esteso rispetto al concetto di “abitazione”, in quanto essa nozione va riferita al luogo nel quale la persona compia, anche in modo transitorio e contingente, atti della vita privata in modo riservato e precludendo l’accesso a terzi.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo271**
- 2. Motivi della decisione272**
- 3. Dispositivo273**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Catanzaro con sentenza emessa in data 08/11/2022 ha parzialmente riformato la decisione resa dal Tribunale di Cosenza con cui, ad esito di giudizio abbreviato, *OMISSIS* era ritenuto responsabile del delitto di cui all'art. 624 *bis* e 648 cod. pen.

La Corte è pervenuta ad una rideterminazione della pena, ritenuta la continuazione tra i predetti reati, in anni due di reclusione ed euro 600,00 di multa, confermando nel resto l'impugnata sentenza.

Avverso la sentenza suindicata ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure a due motivi.

* Praticante Avvocato del Foro di Napoli. Tirocinante ex art. 73 DL 69/2013 presso la Corte D'Appello di Napoli, VI sezione penale.

Con il primo si deduceva una violazione di legge, sostanziale e processuale, nonché un vizio di motivazione, in relazione alla qualificazione del fatto, per avere la Corte territoriale erroneamente inquadrato la fattispecie delittuosa in quella di furto in abitazione.

Il fatto per il quale si procedeva si sostanziava nella sottrazione di beni mobili – specificamente, un portafogli ed un cellulare – mediante un'illegitima introduzione in un appartamento sottoposto a lavori di ristrutturazione ad opera dell'imputato ai danni dell'operaio del cantiere in qualità di proprietario dei suddetti beni.

La difesa, con il seguente motivo, lamentava l'erronea valutazione della Corte d'Appello nel ritenere che la nozione di “privata dimora” potesse trovare applicazione nell'ipotesi di un cantiere- abitazione. A fondamento della propria tesi difensiva, il ricorrente richiamava precedenti orientamenti giurisprudenziali, che si erano occupati del compito di definire i contorni concettuali attorno alla definizione di *privata dimora*, sottolineandone l'incompatibilità concettuale e normativa rispetto ai luoghi di lavoro.

Secondo tali orientamenti, i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di *privata dimora* salva l'ipotesi speciale, idonea a derogare alla regola di carattere generale, per cui il fatto commesso avviene all'interno di un'area riservata al compimento di atti privati, il cui accesso risulta inibito a terzi privi del consenso del titolare e salva la continuità del rapporto tra il luogo e la persona.

Alla stregua di tale principio, la difesa riteneva che nel caso di specie il delitto, avvenuto in luogo adibito a cantiere, non potesse inquadrarsi nella fattispecie legale ed astratta descritta dalla norma

¹ Massima non ufficiale.



di cui all'art. 624 *bis* c.p. rubricata “*furto in abitazione o furto con strappo*”, in quanto il cantiere edile non è considerabile come privata dimora.

Con il medesimo motivo, si deduceva un vizio di travisamento della prova, per avere la Corte d'Appello erroneamente ritenuto che la persona offesa fosse un operaio impiegato nel cantiere, laddove invece, la stessa si era definita “disoccupata” al momento dell'accaduto.

Col secondo motivo, si lamentava il vizio di violazione di legge, sostanziale e processuale, nonché un vizio di motivazione, in relazione alla mancata concessione della circostanza attenuante della speciale tenuità del fatto, esclusa nonostante l'imputato si fosse tempestivamente attivato al fine di rimediare al danno provocato mediante la restituzione di quanto illegittimamente sottratto.

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- in riferimento al primo motivo di gravame, la Corte ne pronuncia l'infondatezza, stante la corretta qualificazione del fatto ad opera dei giudici di merito.

Il Supremo Collegio, in adesione a quanto affermato in precedenti pronunce, afferma che ai fini della configurabilità della fattispecie delittuosa descritta dalla norma incriminatrice di cui all'art. 624 *bis* cod. pen. – per la quale appare opportuno rammentare che, si richiede la destinazione del luogo in tutto o in parte a privata dimora – la nozione di “*privata dimora*” debba assumere un'ampia portata, dovendosi riferire a tutti i luoghi nei quali la persona si trattiene al fine di compiere attività della vita privata (*Sez. V, n. 2768 del 01/10/2014, dep. 2015, Baldassin, Rv. 262677*) anche in modo

transitorio e contingente, purché in modo privato e precludendo un libero accesso a soggetti terzi. (*Sez. IV, n. 37795 del 21/09/2021, Bosio, Rv. 281952*).

Al fine di adeguare tale principio, da considerare ormai come pienamente affermato nella casistica giurisprudenziale, al caso di specie i giudici di legittimità sottolineano la piena congruenza tra quanto osservato concettualmente e quanto verificatosi materialmente nel caso attenzionato.

In primo luogo, la Corte osserva che – come evidenziato correttamente dai giudici di merito – nel cantiere in cui il fatto veniva realizzato l'accesso a soggetti privi del consenso da parte dell'avente diritto era totalmente precluso, dovendosi dunque considerare soddisfatto uno dei requisiti previsti al fine di ricomprendere tale luogo nel concetto di *privata dimora*.

Ulteriore requisito che risulta essere pienamente soddisfatto è quello che attiene alla necessaria continuità del rapporto tra il luogo e la persona. Dal compendio probatorio è emerso in tal senso, che gli operai lavorassero in quel cantiere in maniera non occasionale.

In ultimo, la Corte evidenzia che al momento del furto, nel luogo erano in corso lavori edili, ragion per cui l'imputato poteva e doveva immaginare che vi fossero degli operai intenti a svolgere la propria professione.

Per quel che concerne il vizio di travisamento della prova eccepito dal ricorrente, la Corte ne afferma l'irrilevanza ai fini della questione di diritto edotta. Specificamente, l'informazione attinente allo *status* di “disoccupato” della persona offesa – che veniva estrapolata da una dichiarazione resa dalla stessa in sede di querela – non risulta come elemento idoneo ad escludere la presenza della vittima nel luogo né ad escludere la possibilità che la stessa, in quel preciso momento storico, ricoprisse le vesti di operaio.;



- anche il motivo di gravame inerente il mancato riconoscimento della circostanza attenuante della speciale tenuità del danno, non è stato considerato meritevole di accoglimento e pertanto, la Corte ne dichiara l'infondatezza.

La Suprema Corte ritiene che la tesi difensiva non tenga conto del giudizio complessivo reso dalla Corte D'Appello in merito all'effettivo valore dei beni sottratti, comprendenti non solo danaro contante ma anche documenti personali ed uno smartphone di ultima generazione. Sul punto si evidenzia che, la sottrazione di un bene contenente dati personali – come uno *smartphone* - arreca al proprietario non solo un danno economico, più o meno consistente in virtù del valore effettivo del dispositivo, ma un pregiudizio di più ampio respiro che non permette di qualificare la condotta in termini di speciale tenuità in relazione al lucro conseguito.

Considerato dunque il pregiudizio complessivo in termini effettivi e potenziali arrecato, la Corte territoriale ha correttamente escluso la concessione della circostanza attenuante motivandone adeguatamente l'esclusione, riferendosi sia alle modalità del fatto che al valore complessivo del danno causato.

In merito alla prospettazione difensiva volta alla valorizzazione della condotta del reo successiva al compimento del fatto, la Corte di Cassazione evidenzia che la valutazione sull'entità del danno viene prodotta in considerazione del momento della consumazione del reato, in ossequio al principio per cui il danno non può considerarsi di speciale tenuità per condotte successive.

(...)

3. DISPOSITIVO

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

**CASS. PEN., SEZ VI, UD. 3 OTTOBRE 2023 (DEP. 31 OTTOBRE 2023), N. 43941**A cura di **Alessia SABATASSO*****MASSIMA¹**

La condotta susseguente al reato, per essere valutata negativamente ai fini dell'applicazione della non punibilità ex art. 131-bis cod. pen., deve incidere effettivamente sull'offesa, aggravandola, mentre dovranno ritenersi inconferenti rispetto al giudizio sull'entità dell'offesa comportamenti successivi che si limitino a manifestare la capacità a delinquere.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo274**
- 2. Motivi della decisione275**
- 3. Dispositivo276**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Bologna con sentenza del 16/02/2023 ha confermato la decisione resa dal giudice di prime cure, con la quale *OMISSIS* veniva condannato alla pena di mesi quattro di reclusione ed euro 850,00 di multa, essendosi reso responsabile dei reati di detenzione a fine di cessione di stupefacenti (di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990) e porto ingiustificato di un coltello (di cui all'art. 4 I. 110/1975).

Avverso la suindicata sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, argomentando le proprie censure mediante la formulazione di due motivi.

Con il primo, la difesa deduceva un'erronea applicazione della legge penale, per avere la Corte

territoriale erroneamente qualificato la finalità della detenzione della sostanza come fine di cessione a terzi e non come consumo per uso personale, valorizzando in tal senso indici meramente presuntivi ed ipotetici.

La Corte d' Appello, pur avendo qualificato il dato quantitativo rinvenuto come "modesto" (ca. 0,25 gr. di principio attivo), ha escluso che l'imputato avesse acquistato la sostanza per consumo personale, alla luce di una valutazione complessiva, con esito negativo per il reo, circa le concrete modalità e circostanze con le quali il fatto contestato veniva realizzato.

Col secondo motivo, si deduceva un'ulteriore violazione di legge, con conseguente vizio di motivazione della sentenza sul punto, per la mancata applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. I giudici di merito non avevano riconosciuto la suddetta causa di non punibilità, ritenendone inibita l'applicabilità poiché la condotta risultava connotata dal carattere dell'abitudine. Tale giudizio era il frutto di una valutazione in cui erano state valorizzate le condanne subite dall'imputato per fatti analoghi, che, tuttavia, erano state pronunciate in relazione a fatti commessi successivamente a quello per cui si procedeva.

La difesa ha posto a fondamento della propria doglianza, l'erronea valutazione ad opera della Corte D'Appello in merito all'individuazione degli elementi da considerare ai fini della concessione del beneficio della non punibilità, avendo la stessa incentrato la valutazione esclusivamente sulla gravità del fatto, disobbedendo agli insegnamenti offerti dalla giurisprudenza di legittimità in materia che impongono invece, una valutazione di più ampio

* Praticante avvocato del Foro di Napoli. Tirocinante ex art. 73 DL 69/2013 presso la Corte d'Appello di Napoli, VI sezione penale.

¹ Massima non ufficiale.

respiro, comprendente tutti gli elementi e le peculiarità del caso concreto.

La Corte avrebbe erroneamente escluso dalla valutazione gli indicatori positivi per la posizione del reo, come ad esempio la sua incensuratezza al momento del fatto.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di Cassazione possono essere così evidenziati:

- con riferimento al primo motivo di gravame, esso è stato considerato come generico e manifestamente infondato.

La Corte ha condiviso e confermato la qualificazione giuridica del fatto prospettata dai giudici di merito, nell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990, escludendo l'ipotesi di detenzione per uso personale.

Partendo dall'assunto che la quantità materiale rinvenuta viene effettivamente considerata modesta, il Supremo Collegio evidenzia che tuttavia, vi sono una serie di indicatori che la Corte D'Appello ha correttamente posto a fondamento della propria decisione, dai quali non risulta possibile la sussunzione del fatto nell'ipotesi di acquisto destinato al consumo personale.

Specificamente, nel caso di specie rinveniva: un frazionamento della sostanza in cinque dosi e la disponibilità della somma di euro 400,00, in danaro contante, considerata quale provento di spaccio pregresso non avendone l'imputato dimostrato altra legittima provenienza. Alla luce del compendio probatorio la ricostruzione circa le circostanze e le modalità con le quali il fatto veniva commesso - l'imputato, era stato controllato nel parcheggio di un supermercato mentre si trovava in compagnia di altri due connazionali, e, al momento del controllo, aveva lasciato cadere un pacchetto di

sigarette nel quale si trovava lo stupefacente, suddiviso in cinque dosi non permette di sostenere l'ipotesi che l'imputato si trovasse nel luogo, in cui era stato controllato, per acquistare droga destinata al consumo personale.

La Suprema Corte nell'argomentare la motivazione su tale punto, ha evidenziato che nei giudizi pendenti in sede di legittimità, resta preclusa al giudice precedente l'attività finalizzata ad una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata.

- con riferimento al secondo motivo, che costituisce il cuore della sentenza di cui in commento, la Corte ha provveduto ad una chiarificazione in merito alle condizioni di applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* cod. pen., producendo una decisione che condivide le doglianze del ricorrente.

La Corte riprendendo un principio già affermato nella casistica giurisprudenziale, (*Sez. 3, n. 2216 del 22/11/2019, Anzaldi, Rv. 278391*), afferma l'irrelevanza delle condotte assunte dall'imputato posteriormente alla commissione del reato ai fini della valutazione circa la condizione di non abitudine della condotta, alla luce della premessa per cui la norma *de qua* associa l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esso desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da valutare alla stregua dei soli profili di cui all'art. 133, comma 1, cod. pen. e non quelli di cui al comma 2, come indici della capacità a delinquere dell'agente.

Sancita tale premessa, la Suprema Corte invita a ricordare che dall'entrata in vigore del d.lgs 150/2022, avvenuta in data 31.12.2022, il criterio della condotta susseguente al reato viene posto tra gli indici da valutare per la tenuità dell'offesa.

La Corte sul punto, richiama alcune pronunce rese all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, in cui si evidenziava che la condotta successiva alla commissione del reato costituisca un



parametro da valutare nel giudizio in merito alla sussistenza delle condizioni per applicabilità dell'esimente, ma rilevando ai fini della valutazione sull'entità del danno oppure come indicatore di un'intensità dell'elemento soggettivo. (Sez. 3, n. 20279 del 21/03/2023, *Malgrati*, Rv. 284617; Sez. 3, n. 18029 del 04/04/2023, *Hu Qinglian*, Rv. 284497; SS.UU., n. 18891 del 27/01/2022, *Ubaldi*, Rv. 283064). Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ritiene che, nell'ambito dei parametri che congiuntamente il giudice di merito deve esaminare ai fini del giudizio di particolare tenuità dell'offesa, la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì quale criterio che, nell'ambito di un complessivo giudizio, può incidere sulla valutazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità.

Le condotte *post delictum*, possono dunque essere valorizzate in seno alla globale valutazione dell'entità dell'offesa qualora esse incidano sul disvalore oggettivo del fatto per cui si procede.

In sintesi, è possibile affermare che, secondo il Collegio, la condotta susseguente al reato per essere valutata nell'ambito dell'art. 131 *bis* c.p., deve incidere sul disvalore oggettivo del fatto, di contro, saranno superflue rispetto al giudizio sull'entità dell'offesa comportamenti successivi che si limitino a manifestare la capacità a delinquere dell'agente, al bene che la norma intende tutelare. complessiva in merito ai parametri non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente.

Ed infatti, nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha imposto una rivalutazione in merito alle condizioni di applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* cod. pen.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alla causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., rinviando per nuovo giudizio sul punto ad altra Sezione della Corte di appello di Bologna. Dichiara inammissibile nel resto il ricorso.

CASS. PEN., SEZ VI, UD. 5 OTTOBRE 2023 (DEP. IL 23 NOVEMBRE 2023) N. 47121

A cura di **Alessia SABATASSO***

MASSIMA¹

Sussiste violenza assistita a prescindere dall'età del minore, purché il numero, la qualità e la ricorrenza degli episodi cui questi assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo277**
- 2. Motivi della decisione277**
- 3. Dispositivo279**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d' Appello di Bologna con sentenza dell' 11.01.2023 ha confermato la decisione resa dal Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale locale con la quale, a seguito di giudizio abbreviato, *OMISSIS* veniva ritenuto responsabile del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., comma 2, ed il delitto di lesioni di cui all' art. 582, art. 585 in relazione all'art. 576 n. 5 c.p., e pertanto ne ha confermato la condanna.

Avverso la sentenza citata, ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure a due motive complessivi.

Con il primo motivo, si deduceva il vizio di violazione di legge per avere la Corte territoriale erroneamente applicato la circostanza aggravante di cui all'art. 572 comma 2 c.p. per aver commesso il

fatto in presenza di persona minore, stante l'assenza di un accertamento in merito all'idoneità delle condotte ad incidere negativamente sullo sviluppo psico-fisico del soggetto presente, nonché il vizio di motivazione, posto che la Corte territoriale non si era espressa con adeguata argomentazione sul punto.

Nel caso di specie, i fatti prendevano vita da due specifici episodi avvenuti alla presenza del figlio lattante della coppia, privo per la difesa – considerata la tenera età – della consapevolezza circa la portata negativa e lesiva per lo sviluppo della propria personalità, dello scenario a cui passivamente era obbligato ad assistere. La Corte d' Appello, in virtù della pronuncia resa, avrebbe dato per scontato la sussistenza dell'aggravante *de qua*, senza considerare la possibilità che il delitto sia stato commesso mediante condotte concretamente inidonee ad incidere sull'equilibrio psico-fisico dell'incosciente infante.

Col secondo motivo di ricorso, la difesa lamentava un ulteriore vizio di motivazione, indicando quale altro elemento sottaciuto dalla Corte territoriale, la valutazione della condotta assunta dal reo successiva al reato e alla generale personalità dell'imputato, ai fini della valutazione in merito alla concessione delle attenuanti generiche.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di cassazione possono essere così evidenziati:

- con riferimento al motivo di gravame inerente la circostanza aggravante di cui all'art. 572,

* Praticante avvocato del Foro di Napoli. Tirocinante ex art. 73 DL 69/2013 presso la Corte D'Appello di Napoli, VI sezione penale.

¹ Massima non ufficiale.

comma 2, c.p. vengono presi in considerazione i diversi orientamenti sorti nella casistica giurisprudenziale di legittimità, evidenziando che il Collegio procedente nel caso in esame, intende aderire ad un orientamento in senso contrario a quello posto a fondamento della tesi difensiva, che risulta esser ormai superato.

Partendo dal dato normativo, la Suprema Corte sottolinea che, anche per dare attuazione all'art. 46, lett. D) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (cd. *Convenzione di Istanbul del 2011*), il legislatore ha introdotto la fattispecie delittuosa dei "maltrattamenti assistiti", non come fattispecie autonoma, ma come fattispecie aggravante, inserendola nel corpo normativo dell'art. 572 c.p. rubricato "*maltrattamenti contro familiari o conviventi*" disponendo un consistente aumento di pena se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore (art. 572, comma 2, cp).

La norma, stante il suo dato letterale, si limita a circoscrivere l'applicabilità della stessa ai minori di anni diciotto, senza alcuna specificazione ulteriore in merito all'età del minore. Alla stregua di un'interpretazione letterale, dunque, si esclude l'ipotesi di un diverso giudizio nei confronti dei neonati o infanti, in quanto si considera quale condizione sufficiente e necessaria l'età inferiore agli anni diciotto.

Passando dal piano normativo a quello teorico-sistematico la Corte rileva che, richiedere la verifica sulla concreta idoneità della condotta a produrre un danno psico-fisico nel minore, comporterebbe una diversa qualificazione del reato, nello specifico in chiave di pericolo concreto imponendo di conseguenza un accertamento di caso in caso.

Il reato di maltrattamenti assistiti è stato tipizzato invece, quale reato di pericolo astratto, in quanto assume l'elevata probabilità di produzione del danno in ragione della semplice realizzazione della condotta tipica alla presenza del minore, al fine di integrare non solo la tipicità del reato, ma anche l'offesa.

La Suprema Corte sul punto invita a riflettere sugli insegnamenti offerti dalla Corte costituzionale (*ex multis* sent. n. 139/2023) in tema di offensività in astratto del reato, secondo i quali è sufficiente che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale ed arbitraria ma risponda all'*id quod plerum que accidit*. La Corte costituzionale specifica che, ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa descritta dal legislatore in astratto al principio di offensività nella sua concretezza, resta affidato al giudice ordinario in quanto inglobato nel suo potere interpretativo.

Abbandonando una valutazione teorica per giungere ad una meramente fattuale, la Corte afferma che non rinvia alcun dubbio in merito al pericolo di danno generato dalla visione di comportamenti violenti in capo al minore, anche quando quest'ultimo è in un'età particolarmente tenera. Di contro a quanto sostiene la difesa, la Corte evidenzia che è proprio nelle prime fasi di vita che lo sviluppo neurobiologico si sostanzia in un procedimento ancor più delicato, data l'incapacità del neonato e dell'infante di elaborare le immagini cui sono sottoposti passivamente, ragion per cui, assistere a maltrattamenti, potrebbe compromettere il normale sviluppo psico-fisico indipendentemente dalla percezione momentanea del soggetto in merito al disvalore della condotta.

La Corte, richiamando precedenti pronunce², delimita il perimetro dell'applicabilità della

² Cass. pen. Sez. VI, n. 18833 del 23/02/2018; Cass. pen. Sez. VI n. 27901 del 22/09/2020.

circostanza aggravante di cui all'art. 572, comma 2 c.p., indicando i contenuti minimi sul piano dell'offensività e della tipicità.

Si impone un riscontro sull'offensività in concreto ad opera dei giudici di merito, in quanto ai fini dell'applicazione dell'aggravante *de qua*, è necessario che il minore, quale ne sia l'effettiva età, abbia presenziato ad un numero di episodi che, per la loro gravità e per la loro ricorrenza nel tempo – requisito dell'abitudine -, possano compromettere il sano sviluppo psico-fisico. Mediante un'interpretazione *a contrario*, si giunge ad esempio, all'esclusione della fattispecie delittuosa nelle ipotesi in cui il minore assista ad un solo atto di maltrattamento verso terzi, venendo meno il requisito dell'abitudine.

Il principio di diritto espresso nella sentenza in commento, risulta dunque essere il seguente: sussiste violenza assistita a prescindere dall'età del minore, purché il numero, la qualità e la ricorrenza degli episodi cui questi assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico.

Alla luce di quanto esposto, la Corte di cassazione ritiene infondata la questione e pertanto, rigetta il motivo di ricorso.

- il motivo inerente al diniego delle circostanze attenuanti generiche è stato ritenuto dalla Corte di legittimità inammissibile, in quanto formulato in termini aspecifici e pertanto meramente apodittico. Il motivo non indicava alcun rilievo critico rispetto alle ragioni di fatto e di diritto, poste a fondamento della decisione dei giudici di secondo grado, ostative alla concessione del beneficio. In termini di dosimetria della pena, la Cassazione ha comunque ritenuto che la Corte territoriale abbia adeguatamente applicato i criteri di cui all'art. 133 c.p., giungendo ad una pena finale proporzionata al disvalore del fatto contestato.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese giudiziali in favore della parte civile *OMISSIS*, in proprio e nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale nei confronti del figlio minore *OMISSIS*, ammessa al gratuito patrocinio, nella misura che sarà liquidata dalla Corte di appello di Bologna con separato decreto di pagamento ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 82 e 83, disponendo il pagamento in favore dello Stato.

Dispone, a norma del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52, che sia apposta, a cura della cancelleria, sull'originale del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati in sentenza.

CASS. CIV., SEZ III, UD. 25 MAGGIO 2023 (DEP. 9 OTTOBRE 2023), N. 28244*

A cura di **Valeria BARBATO****

MASSIMA¹

È riconosciuta la risarcibilità del danno esistenziale da notevole ritardo ferroviario in quanto le difficili condizioni da esso derivanti si prestano idonee a rappresentare un'offesa seria e grave all'individuo. La tutela riparatoria del danno non patrimoniale si estende a situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite lese senza condotte integranti reato quali, nel caso di specie, la libertà di autodeterminazione e di movimento.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 280**
- 2. Motivi della decisione 280**
- 3. Dispositivo 281**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

V.S. conveniva in giudizio, dinanzi al Giudice di Pace di Cassino, Trenitalia S. p. a., chiedendo alla giustizia adita di accertare e dichiarare l'inadempimento di parte resistente nella gestione del trasporto ferroviario passeggeri contestando un ritardo di quasi ventiquattro ore del treno regionale (Omissis), in data (Omissis), e chiedendo, di conseguenza, la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

Il Giudice di Pace accoglieva la domanda di parte ricorrente e condannava Trenitalia S. p. a. al pagamento della somma pari a cinque Euro e venticinque centesimi a titolo di indennizzo da ritardo

e della somma pari a Euro quattrocento a titolo di risarcimento del danno esistenziale.

La parte soccombente proponeva appello dinanzi al Tribunale avverso detta pronuncia, deducendo l'incompetenza del Giudice di pace di Cassino ed eccependo l'insussistenza del liquidato danno esistenziale.

Con sentenza n. 1123 del 25 Settembre 2019, il Tribunale di Cassino rigettava l'appello ed avverso la detta sentenza Trenitalia S. p. a. proponeva Ricorso per Cassazione contenente sette motivi ed assistito da memoria. V.S resisteva con controricorso.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

I motivi alla stregua dei quali la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso possono essere così riassunti:

Con il primo motivo, il ricorrente contestava la violazione o falsa applicazione delle norme di diritto (artt. 1176, 1218, 1256, 1681, 2727 e 2729 c.c., nonché dell'art. 116 c.p.c.), in tema di riparto dell'onere della prova e di non imputabilità dell'inadempimento totale o parziale dell'obbligazione stante l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per caso fortuito o di forza maggiore. La Corte riteneva tale motivo inammissibile in quanto censura il criterio di riparto dell'onere probatorio e propone una diversa lettura dei fatti di causa.

Con il secondo motivo, parte ricorrente contestava la violazione o falsa applicazione delle norme

* Ordinanza di rigetto.

** Dottoressa in legge, titolo conseguito presso l'Università di Napoli Parthenope.

¹ Massima non ufficiale.

di diritto e segnatamente degli artt. 1218, 1256, 1681 c.c., nonché dell'art. 18 del Regolamento C.E. n. 1371/2007 in tema di non imputabilità dell'inadempimento totale o parziale delle obbligazioni di assistenza ai passeggeri in caso di ritardo superiore ai sessanta minuti, a fronte dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per caso fortuito o di forza maggiore.

Con il terzo motivo si censurava la sentenza per l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che era stato oggetto di discussione tra le parti, in relazione alla mancata previsione da parte del Centro Operativo Territoriale e dell'Ente Gestore delle Infrastrutture, della sospensione del servizio sulla linea (Omissis) per la giornata (Omissis) nonché la violazione e falsa applicazione del D.M. Trasporti e della Navigazione 138/2000 e degli artt. 112 e 116 c.p.c. La Corte dichiarava inammissibili il secondo ed il terzo motivo, congiuntamente scrutinati in quanto connessi, poiché tendevano entrambi ad una diversa e nuova valutazione dei fatti, già ampiamente analizzati dal Tribunale di Cassino.

Con il quarto motivo, parte ricorrente contestava la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c. comma 2, n. 4, e del D. Lgs. 546/1992, art. 36, in tema di chiarezza ed esaustività del contenuto della motivazione, nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost. Anche questo motivo veniva ritenuto inammissibile non essendo più prevista la censura di omessa motivazione, ove la stessa raggiunga la soglia del c.d. minimo costituzionale.

Il quinto motivo posto a fondamento del ricorso censurava la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1225 e 2059 c.c. in tema di risarcimento del danno non patrimoniale derivante da inadempimento

contrattuale. La corte pronunciava l'infondatezza di detto motivo sull'assunto per cui la tutela riparatoria del danno non patrimoniale si estende a situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite lese senza condotte integranti reato e, nel caso di specie, risponde alla tutela della libertà di autodeterminazione e di movimento.

Con il sesto motivo, parte ricorrente contestava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1227 e 2059 c.c., in tema di concorso del fatto colposo del creditore. La corte dichiarava infondato tale motivo sulla base del fatto che la condotta che parte resistente avrebbe dovuto tenere, secondo parte ricorrente, era, in ogni caso, inesigibile e di per sé incongruente.

Con il settimo ed ultimo motivo, il ricorrente censurava la sentenza per la violazione o falsa applicazione dell'art. 32 C.I.V., Allegato I al Regolamento CE n. 1371/2007, in tema di esonero della responsabilità del trasportatore in caso di soppressione, ritardo o mancata corrispondenza del treno. Anche questo motivo veniva ritenuto infondato in quanto la ivi invocata normativa è volta ad assicurare forme di indennizzo per le ipotesi di cancellazione, interruzione o ritardo nel servizio, ma non esclude che, ove sussistano i requisiti, sia accolta la domanda giudiziale di risarcimento di ulteriori pregiudizi.

(...)

3. DISPOSITIVO

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio di legittimità ed al pagamento di Euro 1.000,00 ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 3, in favore della contro-ricorrente V.S.

CASS. CIV., SEZ III, UD. 28 FEBBRAIO 2023 (DEP. 27 GIUGNO 2023), N. 18327*

A cura di **Valeria BARBATO****

MASSIMA¹

È riconosciuta la risarcibilità del danno per carenza informativa causato dal medico che non informa adeguatamente la gestante circa la possibilità di malformazioni al feto, nel caso di specie sindrome di down, che impedisce alla madre di ricorrere ad aborto terapeutico.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo282**
- 2. Motivi della decisione282**
- 3. Dispositivo283**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I coniugi D. e M., anche in nome e per conto del figlio minore J., convenivano in giudizio, dinanzi al Tribunale di Firenze, la Asl chiedendo la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a seguito dell'omessa tempestiva diagnosi della sindrome di down, da cui sarebbe poi risultato affetto il nascituro, da parte del medico curante, sig. D.L., che prestava servizio presso l'ospedale.

I suddetti coniugi contestavano, tra l'altro, l'errata esecuzione, da parte di quest'ultimo, di un test di screening prenatale che aveva impedito loro di ricorrere ad aborto terapeutico.

Il Tribunale con sentenza rigettava integralmente la domanda degli attori ritenendo che non avevano dato la prova che, seppure il dottore, sig.

D.L., avesse portato a termine lo screening senza errori, sarebbe stato possibile interrompere la gravidanza.

I coniugi, pertanto, proponevano appello, dinanzi alla Corte d'Appello di Firenze, avverso la sentenza di primo grado che li vedeva soccombenti.

La Corte d'Appello confermava l'esito del giudizio di primo grado, rigettando integralmente l'appello.

Avverso la sentenza d'appello, i coniugi proponevano Ricorso per Cassazione articolato in cinque motivi. Resistevano con separati controricorsi l'Asl e il dott. D.L.; resisteva Siemens Heltcare s.r.l. con controricorso illustrato da memoria e, infine, resisteva la (omissis) System s.p.a. con controricorso illustrato da memoria.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

È preliminare all'esame dei motivi del ricorso principale una considerazione: la domanda era stata proposta, ab origine, dai coniugi sig.ri D. e M. anche in nome e per conto del figlio minore J., avendo riguardo ai danni biologico e morale da questi patiti, a causa della nascita con sindrome di down, ed era stata rigettata dal Tribunale che non aveva riconosciuto alcun risarcimento del danno al minore.

I suddetti coniugi ricorrevano in Cassazione in proprio ed anche in nome e per conto del figlio minore non indicando, però, alcun motivo di ricorso inerente alla sua situazione.

Dunque, la Suprema Corte riteneva che il rigetto della domanda, da parte del giudice di prime

* Ordinanza di accoglimento.

** Dottoressa in legge, titolo conseguito presso l'Università di Napoli Parthenope

¹ Massima non ufficiale.

cure, relativa all'autonomo diritto al risarcimento del danno del minore, fosse passato in giudicato.

I motivi in virtù dei quali la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso principale possono essere così riassunti:

Con il primo motivo, i coniugi D. e M., che dichiaravano di agire per sé e per il figlio minore, denunciavano la violazione/falsa applicazione dell'art. 24 Costituzione e degli artt. 183, 7 co., 244 e 245 c.p.c., in quanto i giudici di merito avevano ritenuto opportuno ammettere solo uno dei numerosi capitoli di prova orale indicati dagli attori nella memoria ex art. 183, 6 co., e non ammettere le produzioni documentali allegate alla seconda memoria istruttoria.

Con il secondo motivo, parte ricorrente denunciava la violazione/ falsa applicazione degli artt. 6 e 7 della L. n. 194/1978, nella parte in cui fissa i presupposti per l'interruzione volontaria della gravidanza oltre il novantesimo giorno dal concepimento. La Corte accoglieva il secondo motivo del ricorso principale il cui esame, tra l'altro, risulta preliminare rispetto all'analisi degli altri motivi i quali rimanevano assorbiti, attribuendo al giudice di merito il compito di rinnovare la sua valutazione emendandola dagli errori di diritto indicati dai giudici di legittimità.

La Suprema Corte accoglieva il secondo motivo del ricorso principale assumendo che il giudice di merito, pur avendo minuziosamente espresso le ragioni alla base del proprio convincimento, era incorso in due errori di diritto idonei ad inficiare la correttezza della sua decisione.

I giudici di legittimità, in prima battuta, richiamando la decisione SS.UU 25767/2015 in tema di interruzione volontaria della gravidanza per carente/omessa informazione delle condizioni del feto, affermavano che i giudici di merito avevano erroneamente assunto come dato certo la

consapevole scelta della gestante di non eseguire l'esame di amniocentesi quale comportamento incompatibile con la volontà di abortire violando, in tal modo, le norme di legge alla stregua delle quali deve essere valutata, in tale sede, anche la concreta determinazione di volontà interiore della donna.

Ancora, la Corte accoglieva il motivo in esame, in quanto la sentenza impugnata si assumeva errata nel capo in cui riteneva non dimostrata l'esistenza di un grave pericolo per la salute psicofisica della gestante, presupposto che legittima l'interruzione volontaria della gravidanza, con ragionamento effettuato ex post.

Con il terzo motivo i ricorrenti denunciavano, ex art. 360, numero 4, c.p.c., la violazione/falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c., laddove erano stati chiamati a corrispondere le competenze anche ai difensori dei terzi chiamati in causa dalle altre parti costituite in giudizio, sia in primo grado che in appello, pur non avendo mai essi attori esteso la domanda anche nei confronti dei suddetti terzi.

Con il quarto motivo, parte ricorrente contestava la violazione del D.M. n. 55/2014, contenente i criteri di calcolo alla stregua dei quali si liquidano i compensi professionali, assumendo di essere stati condannati al pagamento di un importo eccessivamente elevato, a titolo di spese processuali.

Il quinto motivo posto a fondamento del ricorso censurava la violazione dell'art. 92 c.p.c., laddove il giudice non aveva ritenuto, sia in primo che in secondo grado, di disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

La Corte accoglie il secondo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri; rigetta il ricorso



incidentale e rinvia, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio, alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione.

**CASS. CIV., SEZ III, UD. 18 MAGGIO 2023 (DEP. 5 SETTEMBRE 2023), N. 25.917**A cura di **Filippo Marco Maria BISANTI*****MASSIMA¹**

In tema di custodia delle cose sequestrate ai sensi dell'art. 259 c.p.p., tra il custode giudiziario e l'avente diritto alla riconsegna (al momento della cessazione del vincolo penale imposta dal provvedimento di sequestro) sorge ex lege un'obbligazione, avente natura contrattuale, la cui prestazione, oltre ad avere il contenuto tipico dell'obbligazione di custodia predeterminato dalla legge (il quale contempla l'obbligo di conservazione, funzionale a quello successivo della consegna: art. 1177 c.c.), è altresì soggetta ai criteri legali di determinazione della prestazione, in particolare a quello della buona fede (art. 1175 c.c.) e a quello della diligenza (art. 1176 c.c.), che ne conformano il contenuto, in funzione di adeguarla all'interesse creditorio cui essa deve corrispondere (art. 1174 c.c.). Ne consegue che il custode giudiziario è tenuto, per quanto possibile, a conservare la cosa nello stato in cui si trovava al momento del deposito, restituendola all'avente diritto con la medesima pregressa funzionalità, salvo il normale logorio derivante dal tempo. In applicazione delle regole probatorie ai sensi dell'art. 1218 c.c., in caso di lamentato inadempimento, spetta al custode giudiziario, in qualità di debitore, offrire al giudice la prova della causa non imputabile che ha determinato l'impossibilità del suo esatto adempimento.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo 285**
- 2. Motivi della decisione 286**
- 3. Dispositivo 287**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di Appello di Torino rigettava la domanda proposta da un soggetto il cui veicolo era stato sottoposto a vincolo del sequestro penale con provvedimento emesso dal Tribunale di Torino.

In particolare, l'attore aveva promosso un giudizio nei confronti del Ministero della Giustizia e degli eredi del defunto custode giudiziario, atteso che la propria autovettura, nel corso dei sei anni in cui era stata sequestrata, aveva riportato dei danni a causa di infiltrazioni d'acqua che ne avevano compromesso la funzionalità.

All'esito dei giudizi di merito, seppur non fosse stato messo in discussione il verificarsi dei danni, non furono ravvisati profili di responsabilità civile in capo al Ministero e al custode giudiziario: invero, dall'esegesi delle norme giuridiche deputate alla disciplina della custodia giudiziale dei veicoli a motore (in particolare, l'art. 59 del d.P.R. n. 115 del 2002 e il D.M. n. 265 del 2006) era desumibile la regola generale secondo la quale la custodia in luogo aperto, purché recintato, costituirebbe il "naturale" contenuto della prestazione dovuta dal custode giudiziario dei veicoli sequestrati, salvo che si tratti di veicoli a motore di particolare pregio e valore o di veicoli la cui configurazione esterna – come nel caso dei motocicli o delle automobili prive di copertura – non ne permetta una adeguata protezione dalle precipitazioni atmosferiche.

Poiché nel caso di specie non ricorrevano tali eccezionali ipotesi, il custode aveva esattamente adempiuto alla sua obbligazione collocandola e mantenendola in luogo aperto, senza che potesse essere chiamato a rispondere dei danni eventualmente conseguiti a tale collocazione.

Il ricorso per Cassazione prospettava, tra gli altri motivi, la violazione o falsa applicazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, giacché

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

¹ Massima non ufficiale.

erroneamente interpretato il combinato disposto dell'art. 59 d.P.R. n. 115/2002 e del D.M. n. 265/2006.

In estrema sintesi, per il ricorrente il contenuto dell'obbligazione del custode giudiziario avrebbe dovuto essere ricostruito applicando analogicamente all'obbligazione custodiale derivante da sequestro penale, oltre alle regole di cui agli artt. 1176 e 2043 c.c., quelle di cui agli artt. 1177 e c.c., in base alle quali il custode avrebbe dovuto conservare il bene sottoposto a sequestro – mantenendolo nello stato in cui si trovava al momento in cui lo aveva ricevuto e predisponendo tutti i mezzi necessari per impedirne la perdita, il perimento o il deterioramento – sino alla consegna all'avente diritto alla restituzione, usando nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

La Cassazione ritiene fondate le censure sollevate, cassa la sentenza e decide nel merito.

In primo luogo, le argomentazioni del Collegio evidenziano come lo spettro di operatività dell'art. 59 d.P.R. n. 115 del 2002 del 1 D.M. 2 settembre 2006, n. 26, sia limitato a delineare il compenso del custode dei beni sottoposti a sequestro, senza incidere sulla disciplina delle sue obbligazioni.

Ne discende che l'ermeneutica idonea a risolvere il caso concreto esige una attenta analisi dell'art. 259 c.p.p., che prevede lo specifico obbligo di conservazione, funzionale a quello di presentazione della cosa a richiesta dell'autorità giudiziaria e alla sua riconsegna all'avente diritto alla cessazione del vincolo.

Dunque, considerato che da tale norma sorge una obbligazione positiva che, pur in assenza di contratto, si distingue dall'obbligazione generica negativa del *neminem laedere* che regola la vita di

relazione e la cui violazione espone a responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.

Per la Cassazione la relazione intercorsa tra il custode e il ricorrente, sebbene “estranei” perché messi in relazione solamente da un provvedimento di sequestro penale, origina una obbligazione avente a oggetto una prestazione specifica il cui inadempimento determina responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La prestazione che forma oggetto di questa obbligazione, oltre ad avere il contenuto tipico dell'obbligazione di custodia predeterminato dalla legge (il quale contempla l'obbligo di conservazione, funzionale a quello successivo della consegna: art. 1177 c.c.), è altresì soggetta ai criteri legali di determinazione della prestazione, in particolare a quello della buona fede (art. 1175 c.c.) e a quello della diligenza (art. 1176 c.c.), che ne conformano il contenuto, in funzione di adeguarla all'interesse creditorio cui essa deve corrispondere (art. 1174 c.c.).

Quando l'obbligazione non ha titolo in un contratto ma direttamente nella legge, manca ovviamente l'elemento della causa, ma resta quello dell'interesse creditorio; dal punto di vista della disciplina generale dell'obbligazione, infatti, poiché la prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio deve corrispondere all'interesse del creditore (art. 1174 c.c.), è a quest'ultimo che occorre guardare per determinarne l'esatto contenuto e per formulare il giudizio di esatto adempimento.

Nel caso di specie, avuto riguardo all'interesse creditorio dell'avente diritto alla riconsegna al momento della cessazione del vincolo penale imposto dal provvedimento di sequestro, l'obbligo del custode si specificava nel dovere di conservare la cosa, per quanto possibile nello stato in cui si trovava al momento del deposito, restituendola all'avente diritto con la medesima pregressa funzionalità, salvo il normale logorio derivante dal tempo.



Tale obbligazione non è stata adempiuta, in quanto il giudice del merito ha accertato che l'autovettura sequestrata avesse subito nel periodo in cui era rimasta in custodia danni da infiltrazioni d'acqua che ne avevano compromesso la preesistente funzionalità.

In applicazione delle regole generali in tema di inadempimento contrattuale, una volta chiarito in diritto che il custode fosse tenuto all'obbligo di ben custodire la cosa in vista della riconsegna, sarebbe spettato al debitore offrire al giudicante la prova della causa non imputabile che aveva determinato l'impossibilità del suo esatto adempimento.

Riassumendo:

- l'auto era stata sequestrata;
- il custode giudiziario ne aveva assunto la custodia e l'aveva depositata nella propria officina a disposizione dell'Autorità giudiziaria;
- il rapporto che era sorto era di natura contrattuale, che trova la propria fonte nella legge;
- il custode doveva adempiere con diligenza alla propria obbligazione;
- stante le regole *ex art.* 1218 c.c. era il debitore a dover dimostrare l'impossibilità del suo esatto adempimento per causa a lui non imputabile;

essendo carente tale prova e avendo errato la Corte di Appello nella qualificazione del rapporto giuridico intercorso tra le parti;

(...)

3. DISPOSITIVO

La Corte di Cassazione cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e, decidendo nel merito, condanna gli eredi del custode giudiziario, nonché il Ministero della Giustizia, in solido tra loro, a pagare al ricorrente la somma di euro 6.235,94 a titolo di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

CASS. CIV., SEZ. LAVORO, UD. 14 SETTEMBRE 2023 (DEP. L' 11 OTTOBRE 2023) N. 28378

A cura di **Alessia SABATASSO***

MASSIMA¹

L'inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dei codici deontologici di cui al d.lgs. n. 196/2003, nel periodo anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n.101/2018, è da intendersi come "assoluta", quindi rilevante in sede processuale che extraprocessuale; l' inutilizzabilità "assoluta" determina l'impossibilità sia per il datore di lavoro di porli a fondamento di una contestazione disciplinare e poi di produrli in giudizio come mezzo di prova, sia per il giudice di merito di porli a fondamento della sua decisione.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo288**
- 2. Motivi della decisione289**
- 3. Dispositivo291**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d' Appello di Milano con sentenza pubblicata in data 23.06.2020 ha accolto il gravame proposto dalla società *OMISSIS* avverso la decisione resa dal Tribunale locale con la quale, a seguito di impugnativa di licenziamento, accoglieva la domanda principale del lavoratore e ordinava la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro.

La Corte d'Appello accoglieva il gravame, respingeva tutte le domande dell'ex dipendente e lo condannava a restituire quanto in ipotesi percepito in esecuzione della sentenza di primo grado.

Avverso la sentenza citata, ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del proprio difensore, affidando le proprie censure a dodici motivi complessivi.

Con il primo motivo, il ricorrente lamenta la nullità del procedimento per violazione dell'art. 83 d.l. n. 18/2020, nonché delle linee guida della Presidenza della Corte d'Appello di Milano, per avere la società depositato note scritte non limitate alle sole conclusioni, bensì vere e proprie note difensive non autorizzate, contenenti due documenti allegati, sui quali non sarebbe stato garantito il contraddittorio, come invece previsto dalle predette linee guida.

Con il secondo motivo, il ricorrente lamenta l'omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione fra le parti, a causa dell'omessa considerazione dell'inutilizzabilità e/o inammissibilità dei dati estratti dal sistema WFP.

Con il terzo motivo, lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 4 L. n. 300/1970, 2119, 2014 e 2106 c.c., del d.lgs. n. 196/2003 vigente al tempo dei fatti, nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c., per non avere la Corte territoriale considerato applicabile l'art. 4 L. n. 300/1970.

Con il quarto motivo, cuore pulsante della sentenza, il ricorrente lamenta l'omesso esame di un fatto storico determinate ai fini della decisione e oggetto di discussione fra le parti, addebitando alla Corte territoriale l'omessa considerazione della mancata indicazione, nel mandato investigativo, dei nominativi degli investigatori delegati all'esecuzione delle indagini.

Con il quinto motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 2119 c.c., 2, 3, 4, 8 e 18 L. n. 300/1970, 11 e 12 d.lgs. n.

* Praticante avvocato del Foro di Napoli. Tirocinante ex art. 73 DL 69/2013 presso la Corte D'Appello di Napoli, VI sezione penale.

¹ Massima non ufficiale.



196/2003, 8 del relativo allegato A.6, 2, 3, 13, 14 e 15 Cost. sul diritto alla riservatezza, nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c., come conseguenza dell'omesso esame oggetto del quarto motivo.

Con il sesto motivo, il ricorrente lamenta l'omesso esame di un fatto storico determinante ai fini della decisione e oggetto di discussione fra le parti, ossia l'avvenuto conferimento del mandato investigativo da parte di un soggetto.

Con il settimo motivo il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1703 e 2119 c.c., 2, 3, 4, 8 e 18 L. n. 300/1970, 11 e 12 d.lgs. n. 196/2003 del relativo allegato A.6, nonché degli artt. 2, 3, 13, 14 e 15 Cost. e degli artt. 115 e 116 c.p.c.

Con l'ottavo motivo, lamenta l'omesso esame di un fatto storico determinate ai fini della decisione e oggetto di discussione fra le parti, per avere la Corte territoriale omesso di pronunciare sull'eccezione mancata, in capo alla *OMISSIS*, delle prescritte licenze prefettizie.

Con il nono motivo, lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 134 TULPS e del D.M. n. 269/2010, nonché - nuovamente - degli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 196/2003, 2, 3, 13, 14, e 15 Cost., nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c., per avere la Corte territoriale ritenuto legittime le investigazioni pur in assenza delle necessarie licenze prefettizie.

Con il decimo motivo, lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 4, 8 e 18 L. n. 300/1970, 45 ccnl telecomunicazioni, nonché degli 115 e 116 c.p.c., per avere la Corte territoriale ritenuto legittime le indagini investigative nonostante fossero attinenti all'adempimento della prestazione lavorativa.

Con l'undicesimo motivo, lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 48 ccnl telecomunicazioni, 2119 e 2106 c.c., 30 L. n. 183/2010, 18 L. n. 300/1970, per avere la Corte territoriale omesso di verificare se gli addebiti

disciplinari potessero rientrare in una sanzione conservativa.

Con il dodicesimo motivo, lamenta in ultimo la violazione e falsa applicazione degli artt. 2119, 2106 c.c., 18 L. n. 300/1970, 2712 e 2719 c.c., 21 e 23 d.lgs. n. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale), 155 [*rectius* 115] e 116 c.p.c. per avere la Corte territoriale fondato la sua decisione anche sugli "estratti della procedura aziendale, registrazione dei dati del badge", di cui egli aveva contestato l'idoneità rappresentativa dei fatti contestati, sia in relazione all'autenticità, sia in relazione al contenuto, sia in relazione alla riconducibilità di quei dati al lavoratore.

2. **MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi valutati dalla Corte di cassazione possono essere così evidenziati:

- i primi tre motivi di gravame, esaminati congiuntamente dal Supremo Collegio, vengono dichiarati infondati e pertanto, rigettati.

La difesa con tali doglianze lamentava in primo luogo, la violazione del contraddittorio in quanto il deposito di documenti e note difensive era avvenuto mediante una modalità pregiudizievole del diritto di difesa dell'imputato. Sul punto la Corte sancisce che, la presunta violazione invocata dalla difesa, si sostanzia in una violazione meramente formale e non sostanziale, in quanto inidonea ad incidere sul diritto di difesa dell'imputato. Le note depositate non hanno avuto una concreta e decisiva rilevanza in merito al convincimento della Corte territoriale, ragion per cui la decisione resa non risulta affetta da alcun vizio.

Anche la doglianza in merito all'applicabilità degli artt. 2 e 3 L. n. 300/1970 non viene accolta.

La Corte, ribadendo un principio già affermato, ha sottolineato che le disposizioni di cui

all'art. 2 dello statuto dei lavoratori, nel limitare la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, non precludono a quest'ultimo di ricorrere ad agenzie investigative, purché queste non sconfinino nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria. Nel caso di specie l'affidamento risultava giustificato in quanto volto all'accertamento di condotte illecite.

Il cuore pulsante di tale sentenza è rappresentato dal quarto e quinto motivo di gravame, entrambi accolti dalla Suprema Corte, ed idonei ad assorbire i restanti sette.

Ragioni di chiarezza espositiva impongono un'imprescindibile disamina dei fatti dai quali la questione, di seguito enucleata, trae origine: l'attività di investigazione era stata eseguita da soggetto appartenente a società diversa da quella incaricata dalla committente, senza alcuna indicazione del rispettivo nominativo all'interno del mandato.

Secondo la Corte tale carenza, comprometteva a ritroso la legittimazione dei soggetti che avevano materialmente acquisito le informazioni, determinando l'illegittimità del trattamento e di conseguenza l'inutilizzabilità assoluta delle informazioni stesse.

Il potere del datore di lavoro di effettuare controlli, anche di tipo occulto, sui propri dipendenti – sulla base di concreti indizi –, deve essere esercitato assicurando un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di *interessi e beni aziendali*, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore.

L'investigatore privato, nello svolgimento della propria professione, è sottoposto al rispetto scrupoloso non soltanto dei dettami previsti dall'articolo 260 del *Regio Decreto 6 maggio 1940, n. 635 (Regolamento per l'esecuzione del TULPS)* e dal *D.M 269/10 in materia di investigazione privata*, ma anche quelli stabiliti dal GDPR (*General Data Protection Regulation*) in

materia di trattamento dei dati personali e nei Codici Deontologici di categoria.

Secondo le *“Regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101 – 19 dicembre 2018”* pubblicate dal Garante privacy: *“L'investigatore privato deve eseguire personalmente l'incarico ricevuto e può avvalersi solo di altri investigatori privati indicati nominativamente all'atto del conferimento dell'incarico, oppure successivamente in calce a esso qualora tale possibilità sia stata prevista nell'atto di incarico”*.

Alla luce del dato normativo, risulta indispensabile che i nominativi di eventuali altri professionisti coinvolti nell'indagine siano indicati nell'incarico all'atto del conferimento, o successivamente allo stesso qualora l'esigenza sia sopravvenuta.

La sanzione dell'inutilizzabilità s'impone in forza di quanto prescritto dall'art. 11 co. 2 del d.lgs. 196/2003 *“Codice Privacy”* (nella sua vecchia formulazione), norma abrogata dal d.lgs. 101/2018 che l'ha sostituita con l'art. 2-*decies*, di identica formulazione, ad eccezione del richiamo all'art. 160 *bis* d.lgs. 196, (quest'ultimo pure introdotto nell'anno 2018).

La difesa della società invocava sul punto teorie dottrinali elaborate nell'ambito del diritto civile e del diritto processuale civile, per le quali la disciplina del trattamento dei dati sarebbe irrilevante nell'ambito del processo civile che resterebbe ancorato esclusivamente alle proprie regole; la Corte nel disattendere alle stesse ci offre un'interpretazione che pone in rilievo la necessità di una lettura organica dell'ordinamento giuridico, inteso come totalità unitaria, che risponde al generale postulato di coerenza e completezza dello stesso, cui l'interprete è chiamato a soddisfare nella sua ordinaria attività.

Aderendo a quanto affermato dalla dottrina, si finirebbe per porre l'ordinamento in contraddizione con sé stesso, poiché da un lato si



qualificherebbe quel trattamento dei dati come "illecito", dall'altro si permetterebbe la produzione di quei dati in un giudizio civile, ossia una diffusione altrimenti vietata.

Sulle ceneri di un formalismo statale del diritto, la Corte con tale pronuncia si rende promotrice di una cultura giuridica volta ad allontanare abituali meccanismi interpretativi di settorializzazione, al fine di prediligere interpretazioni armoniose delle norme che diano effettività ai principi generali dell'ordinamento.

Gli Ermellini attraverso una comparazione tra la vecchia e la nuova disciplina, giungono all'affermazione del principio di diritto per cui l'inutilizzabilità, di natura assoluta, si fonda in chiave funzionale: *“la ratio della norma è quella di scoraggiare la ricerca, l'acquisizione e più in generale il trattamento abusivo di dati personali, e per realizzare questa funzione il rimedio previsto dal legislatore è quello di impedirne la realizzazione dello scopo”*.

La sentenza in commento tra l'altro, ha il pregio di rimarcare il valore “normativo” dei Codici Deontologici sostenendo che, non sussistono dubbi sulla valenza "normativa" delle prescrizioni contenute nei codici deontologici. Essa è conferita dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 12, in quanto se ne prescrive un regime di pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale ed il relativo rispetto, al comma 8, è posto come *“condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici”*. Il Supremo Collegio ritiene *dunquem* che la qualificazione giuridica in termini di "illiceità" del trattamento, qualora non rispettoso delle regole conformative dettate dai predetti codici, implica necessariamente la natura normativa ed inderogabile della fonte violata.

(...)

3. **DISPOSITIVO**

La Corte, rigetta i primi tre motivi, accoglie il quarto ed il quinto, dichiara assorbiti gli altri.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Milano, in diversa composizione, per la decisione del merito e per la regolamentazione delle spese di tutti i gradi e del presente giudizio di legittimità.

CASS. CIV., SEZIONI UNITE, UD. 29 SETTEMBRE 2023 (dep. 27 DICEMBRE 2023) N. 35969

A cura di **Arianna ZURZOLO***

MASSIMA¹

In caso di scioglimento dell'unione civile, la durata del rapporto, prevista dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, richiamato dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 25, quale criterio di valutazione dei presupposti necessari per il riconoscimento del diritto all'assegno in favore della parte che non disponga di mezzi adeguati e non sia in grado di procurarseli, si estende anche al periodo di convivenza di fatto che abbia preceduto la formalizzazione dell'unione, ancorchè lo stesso si sia svolto in tutto o in parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 76 cit.

SOMMARIO

- 1. Svolgimento del processo292**
- 2. Motivi della decisione292**
- 3. Dispositivo294**

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La parte conviene in giudizio chiedendo lo scioglimento dell'unione civile, escludendo l'obbligo di corresponsione dell'assegno alla parte convenuta. La controparte non si oppone allo scioglimento ma chiede il riconoscimento dell'assegno. Il tribunale riconosce in via provvisoria a quest'ultima un assegno di euro 350, che viene successivamente confermato anche in appello. Il tribunale, in un secondo momento, in via definitiva riconosce assegno di euro 550, richiamando altresì la giurisprudenza in tema di assegno divorzile, con particolare riferimento al danno da perdita di chance

* Dottoressa in Giurisprudenza, titolo conseguito presso Università degli Studi di Messina.

riguardante attività lavorative che la parte economicamente più debole avrebbe subito, in quanto avrebbe rassegnato le dimissioni proprio per intraprendere la convivenza con la compagna in un luogo differente rispetto a quello in cui abitava. Tale sentenza viene impugnata, con esito positivo a favore della parte ricorrente, in quanto è stato ritenuto irrilevante il pregiudizio economico asseritamente subito dalla parte richiedente il riconoscimento dell'assegno, in quanto trattavasi di eventi che si sono verificati anteriormente all'entrata in vigore della legge n.76/2016.

Contro tale sentenza viene proposto ricorso per Cassazione alla Prima Sezione Civile, che a causa della particolarità e importanza della materia, decide di assegnare il ricorso in questione alle Sezioni Unite, avente ad oggetto la possibilità di valutare, ai fini del riconoscimento dell'assegno ex art. 5, comma 6, l. 898/70 in caso di unione civile nei confronti della quale sia stato pronunciato lo scioglimento, anche i fatti intercorsi anche anteriormente all'instaurazione dell'unione civile.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Con il primo motivo di impugnazione, la ricorrente ha denunciato la nullità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione degli artt. 101 comma 2 e 183 commi 4 e 6 c.p.p., in quanto nel ritenere non provato il danno da perdita di chance, la Corte avrebbe dato rilievo a una questione riguardante il vecchio rapporto lavorativo che la ricorrente aveva cessato che non era mai stata sollevata né dalle parti, né tantomeno rilevata dal Tribunale, senza stimolare il contraddittorio

¹ Massima non ufficiale.

preventivamente. Tale motivo è stato comunque ritenuto infondato.

Con il secondo motivo la ricorrente ha denunciato la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 25 della l. 76/2016 e art. 5, comma 6, l.898/70 e art. 11, comma 1, disp. prel. Cod. civ., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui venivano ritenuti irrilevanti i fatti anteriori alla convivenza "riconosciuta" dalla legge sulle unioni civili, in quanto il danno da perdita di chance doveva essere valutato prescindendo dalla sua collocazione temporale.

Con il terzo motivo viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 25, l. 76/2016 e art. 5, comma 6, l.898/70, poiché la sentenza, non prendendo in considerazione gli eventi precedenti all'entrata in vigore della legge delle unioni civili non avrebbe tenuto in considerazione il fatto che prima di tale momento era preclusa alle coppie dello stesso sesso la possibilità di costituire un'unione con effetti legali, con evidente disparità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali.

Con il quarto ed ultimo motivo invece la ricorrente ha denunciato l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, la Corte infatti non aveva tenuto in considerazione della funzione non solo compensativa-risarcitoria, ma anche assistenziale dell'assegno.

Il secondo e il terzo motivo invece sono fondati e soprattutto sono di particolare rilevanza: è stato infatti osservato che, ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno a favore del componente dell'unione civile, vi è da considerare altresì le eventuali circostanze fattuali anteriori all'entrata in vigore della legge sulle unioni civili. Tale questione, secondo la Corte, è da inquadrarsi nella situazione che si è determinata successivamente alla famosa sentenza *Oliari c. Italia*, ove lo Stato Italiano è stato condannato per violazione dell'articolo 8 della CEDU, per non aver ottemperato al riconoscimento di un quadro giuridico che prevedesse il

riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso. Di fondamentale rilevanza, secondo i giudici della Corte, sarebbe invece il riconoscimento del periodo antecedente alla convivenza legalmente riconosciuta, alla luce altresì del fatto che secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità l'assegno non avrebbe unicamente una funzione assistenziale, ma altresì una funzione perequativo-compensativa. Nell'ordinanza è stato rilevato che l'entrata in vigore della legge 76/2016 non incida al rilievo che è necessario dare ai fatti precedenti all'instaurazione dell'unione civile, in quanto un'interpretazione del genere andrebbe a rappresentare una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali.

Nella giurisprudenza di legittimità, infatti, è già presente il riconoscimento dell'unione di fatto quale modello di relazione familiare, dalla cui instaurazione scaturiscono degli obblighi ben precisi, che si riflettono poi su quelli che derivano dal matrimonio, anche nel senso di giustificare una diversa valutazione del vincolo legale, ove lo stesso abbia fatto seguito ad un periodo di convivenza, dovendosi ritenere che il matrimonio rappresenti unicamente una formalizzazione del rapporto che era già consolidato. Dovendosi dare seguito ad un'interpretazione di questo tipo per le coppie eterosessuali, è necessario applicarla anche in caso di unione civile, pena un trattamento discriminatorio.

La sentenza impugnata è stata quindi cassata, in accoglimento del secondo e del terzo motivo, con rinvio alla Corte di Appello di Trieste, che dovrà procedere ad un nuovo accertamento dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno: non può condividersi la decisione di escludere la possibilità di tenere conto - ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno in favore della ricorrente - della perdita di *chance* che la stessa ha subito a causa del trasferimento e delle scelte professionali effettuate per poter intraprendere la convivenza con la

compagna, nonostante non fosse ancora entrata in vigore la legge n.76/2016.

(...)

3. *DISPOSITIVO*

La Corte rigetta il primo motivo del ricorso principale, accoglie il secondo ed il terzo, dichiara assorbito il quarto motivo ed il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti, e rinvia alla Corte di appello di Trieste, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

TRIB. TRENTO, SEZ. LAVORO, 21 DICEMBRE 2023

A cura di **Filippo Marco Maria BISANTI***

MASSIMA¹

Il diritto del datore di lavoro a portare a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'I.N.P.S. le indennità poste a carico dell'Istituto dall'art. 43 d.lgs. n. 151/2001, comma 1 (richiamato dall'art. 33 c. 4 l. n. 104/1992), ma anticipate dal datore ai dipendenti che hanno fruito dei giorni di permesso ex art. 33 comma 8, l. n. 104/1992, non è subordinato a un'autorizzazione preventiva da parte dell'Istituto.

SOMMARIO

1. **Svolgimento del processo**295
2. **Motivi della decisione**295
3. **Dispositivo**297

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Sezione Lavoro del Tribunale di Trento è chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità di un avviso di addebito ex art. d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. in l. 30.7.2010, emesso dall'I.N.P.S., con cui l'Istituto pretendeva il pagamento di contributi, interessi e sanzioni civili a beneficio della Gestione Aziende con lavoratori dipendenti.

Invero, l'Ente disconosceva il conguaglio ex art. 43, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, effettuato dalla società opponente, in qualità di datrice di lavoro, tra gli apporti contributivi dovuti all'ente assicuratore e le indennità anticipate dalla stessa per conto dell'I.N.P.S., in relazione ad alcuni giorni di

permesso goduti da una lavoratrice dipendente ai sensi dell'art. 33, comma 3, legge 5.2.1992, n. 104.

Per l'I.N.P.S. il conguaglio era precluso sicché la società datrice di lavoro non aveva chiesto alcuna preventiva autorizzazione al conguaglio.

La questione di diritto è la seguente e si articola nell'esigenza di stabilire se il diritto del datore di lavoro a portare a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'I.N.P.S. le indennità poste a carico dell'Istituto dall'art. 43 d.lgs. n. 151/2001, comma 1 (richiamato dall'art. 33 c. 4 l. n. 104/1992), ma anticipate dal datore ai dipendenti che hanno fruito dei giorni di permesso ex art. 33 comma 8, l. n. 104/1992, sia subordinato a un'autorizzazione preventiva da parte dell'INPS.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

(...)

Il primo periodo dell'art. 33, comma 3, l.n. 104/1992 prevede che *“Il lavoratore dipendente, pubblico o privato, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa, per assistere una persona con disabilità in situazione di gravità, che non sia ricoverata a tempo pieno, rispetto alla quale il lavoratore sia coniuge, parte di un'unione civile ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge, parente o affine entro il secondo grado”*; il comma 4, invece, stabilisce che per tali premessi si applicano le disposizioni di cui all'art 43 d. lgs. n. 151/2001 in forza di cui, al comma 1, è sancito che *“Per i riposi e i permessi di cui al presente Capo è dovuta un'indennità, a carico dell'ente assicuratore, pari all'intero ammontare della*

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

¹ Massima non ufficiale.



retribuzione relativa ai riposi e ai permessi medesimi. L'indennità è anticipata dal datore di lavoro ed è portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente assicuratore".

Nell'applicazione concreta degli istituti richiamati, l'I.N.P.S. ha emanato due specifiche circolari, ovvero la n. 80 del 24.4.1995 e la n. 53 del 29.4.2008.

Come si evince dalla digressione formulata dal Tribunale, mediante questi atti di natura amministrativa, l'I.N.P.S. aveva – di fatto – istituito, perseguendo una finalità di “controllo preventivo generale circa la congruità della richiesta con il titolo di legge, a presidio della correttezza dell'erogazione economica”, un nuovo requisito “occulto”, ovvero la necessità di un suo “provvedimento di riconoscimento della fruibilità dei permessi ex art. 33 della legge n. 104/1992 emanato dall'Istituto”.

Il Tribunale non nega che sia opportuno che l'I.N.P.S. venga notiziato della sussistenza degli elementi costitutivi dei diritti (in questo caso, dei permessi e del conguaglio), anche al fine di consentire proprio quel “controllo preventivo generalizzato” ma ciò non può (e non deve!) tradursi nella illegittima interpretazione giuridica, di natura creativa, con cui l'Istituto elevi una propria circolare a fonte del diritto in grado di derogare una legge ordinaria.

Non vi è dubbio che il diritto del datore di lavoro al conguaglio si radichi indissolubilmente al “titolo di legge” (proprio come afferma l'Istituto) e non in un provvedimento o in un atto di riconoscimento che riveste, giocoforza, la forma atto di natura amministrativa.

In accezione pratica ne consegue che a fronte della mancata presentazione, da parte del lavoratore, di un atto con cui comunichi la volontà di esercitare il diritto alla fruizione dei permessi in esame e della relativa documentazione attestante la sussistenza degli elementi costitutivi, l'I.N.P.S. ben può sollecitare il datore di lavoro ad assolvere gli oneri probatori a suo carico, ma solo nel caso di accertata insussistenza dei necessari presupposti può

negargli il diritto al conguaglio e agire per il pagamento dei debiti scaturenti dall'esercizio di quel diritto avvenuto illegittimamente.

Per converso, nella lite che qui si commenta, l'I.N.P.S. ha sostenuto l'esigenza di una preventiva autorizzazione preventiva al datore di lavoro a compensare le somme eventualmente corrisposte a titolo di anticipazione, per conto dell'Istituto, dell'indennità spettante al lavoratore per fruire dei tre giorni di permesso.

Per tesi difensiva, l'I.N.P.S. offriva al giudice degli spunti argomentativi fondate su precedenti nomofilattici che, però, non erano pertinenti alle questioni sottoposte al vaglio del Tribunale nel caso in esame.

Per converso, la società attrice, per il tramite dei propri Difensori, richiamava due sentenze di merito (Trib. Roma n. 566/2019 e App. Genova n. 155/2018) che, in un panorama di scarsissima giurisprudenza sul tema, ha orientato il prudente apprezzamento del Giudice che all'esito del processo ha stabilito che il diritto del datore di lavoro a portare a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'I.N.P.S. le indennità poste a carico dell'Istituto dall'art. 43 d.lgs. n. 151/2001, comma 1 (richiamato dall'art. 33 c. 4 l. n. 104/1992), ma anticipate dal datore ai dipendenti che hanno fruito dei giorni di permesso ex art. 33 comma 8, l. n. 104/1992, non è subordinato a un'autorizzazione preventiva da parte dell'Istituto, poiché:

- né l'art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, in relazione al diritto in capo al lavoratore di fruire dei giorni di permesso;

- né l'art. 43, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, in ordine al diritto in capo al datore di lavoro di portare a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'I.N.P.S. le indennità a carico dell'Istituto, ma anticipate dal datore ai dipendenti che hanno fruito di quei giorni di permesso, subordinano l'esercizio dei diritti *de quibus* a una preventiva autorizzazione da parte dell'I.N.P.S.

La circolare – allora – non può e non deve sostituirsi al legislatore, financo abbia intenzione, come afferma l'I.N.P.S. nella propria difesa, di istituire una forma di controllo preventivo generale.

(...)

3. *DISPOSITIVO*

In accoglimento dell'opposizione proposta dalla società ricorrente, il Tribunale dichiara l'insussistenza delle pretese avanzate dall'I.N.P.S. con l'avviso di addebito opposto.



DE IUSTITIA

DE IUSTITIA - N°1 - Gennaio 2024

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