

2/2025

## INDICE DEGLI ARGOMENTI

*Alcuni degli articoli presenti in questo numero*

### DIRITTO CIVILE

- A. LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE, RUOLO E MANSIONI.
- B. LA RESPONSABILITÀ MEDICA VERSO IL DECENNALE DALLA RIFORMA GELLI-BIANCO: QUALCHE BREVE RIFLESSIONE SULLA SUA ATTUAZIONE E SUL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA.

### DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- A. LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO.

### DIRITTO PENALE

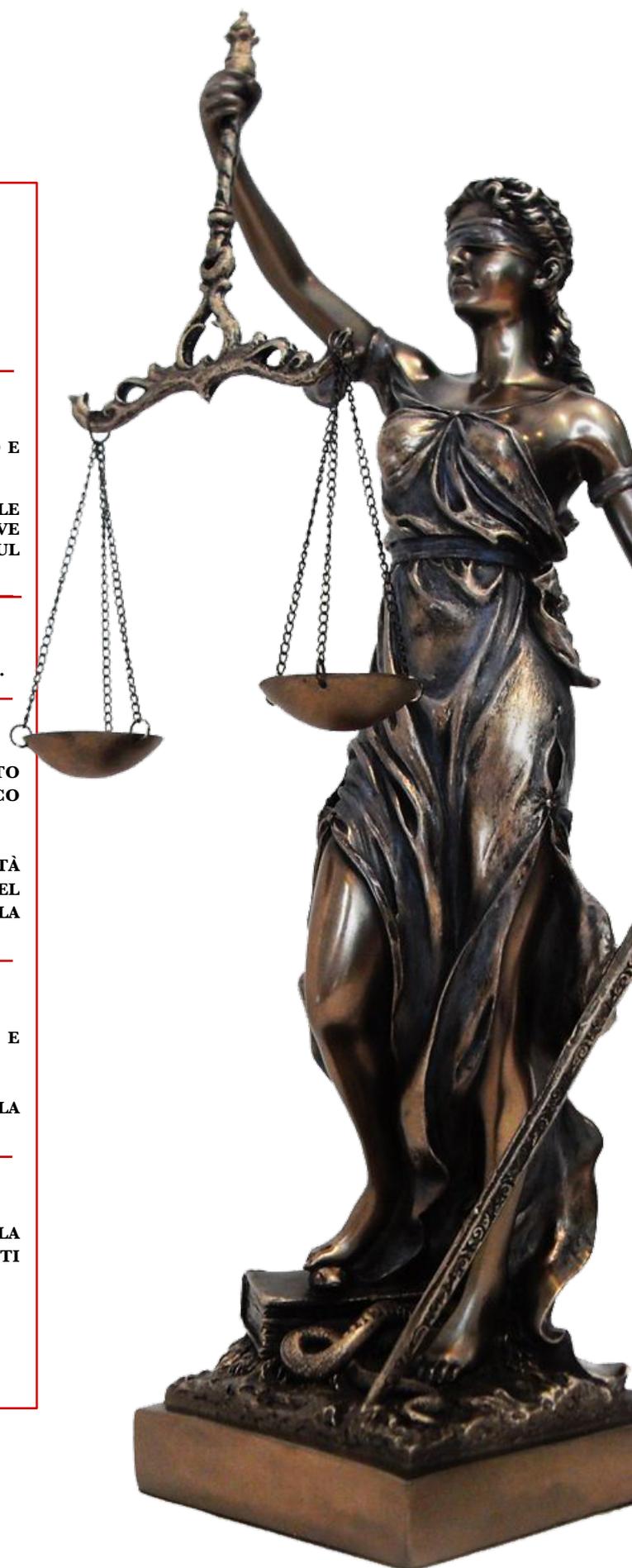
- A. PERICOLO DI RICOSTRUZIONE DEL PARTITO FASCISTA: LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE.
- B. LA RILEVANZA DELLA VOLONTÀ E LA CENTRALITÀ DELLA SFERA PIÙ INTIMA DELL'INDIVIDUO NEL SISTEMA PENALE: DALL'AUTORE DEL REATO ALLA VITTIMA.

### DIRITTO PUBBLICO

- A. LA RAPPRESENTANZA POLITICA, EVOLUZIONI E PROSPETTIVE.
- B. LA DIMENSIONE REGIONALE DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA.

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

- A. LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 36 DEL 2023).



Pubblicazione periodica trimestrale

**DIRETTORE SCIENTIFICO:** Ludovica Marano

**CONDIRETTORE SCIENTIFICO:** Fabio Santalucia

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

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Isabella Bellitto

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

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

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

**COMITATO EDITORIALE:** Avv. Diletta Aliprandi, Dott.ssa Giuseppina Avolio, Dott.ssa Anna Bettoni, Dott.ssa Valentina Calabrese, Dott.ssa Cristina Cecconi, Dott.ssa Emanuela De Falco, Dott. Antonino Di Maio, Dott.ssa Marina Federico, Dott.ssa Francesca Frassanito, Avv. Domenico Marasciulo, Avv. Francesco Martin, Avv. Maria Chiara Mastrantonio, Avv. Eugenio Maria Mastropaolo, Dott. Andrea Provenzano, Avv. Fabrizio Rega, Prof.ssa Annamaria Siniscalchi, Avv. Francesca Zagaria..

**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

### **LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE, RUOLO E MANSIONI di Francesco Maria MAFFEZZONI..... 11**

ABSTRACT ..... 11

1. CAPITOLO 1 ..... 11

### **LA RESPONSABILITÀ MEDICA VERSO IL DECENNALE DALLA RIFORMA GELLI-BIANCO: QUALCHE BREVE RIFLESSIONE SULLA SUA ATTUAZIONE E SUL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA di Anna Maria SINISCALCHI ..... 17**

ABSTRACT ..... 17

1. PREMESSA ..... 17

2. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA PRIMA DELLA RIFORMA GELLI-BIANCO ..... 18

3. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA DOPO LA RIFORMA GELLI-BIANCO ..... 20

4. L'ATTUAZIONE INCOMPLETA DELLA RIFORMA E L'IPOTESI DI UN NUOVO INTERVENTO NORMATIVO ..... 23

### **L'INDAGINE SULLA CAUSA CONCRETA NELLA VALUTAZIONE DI LICEITÀ DEL SALE AND LEASE BACK di Valentina VITI ..... 25**

ABSTRACT ..... 25

1. LA QUESTIONE DELLA LICEITÀ DEL SALE AND LEASE BACK ALLA LUCE DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO ..... 25

2. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA ..... 26

3. LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA ED IL RUOLO RICONOSCIUTO ALLA CAUSA CONCRETA ..... 27

4. STRUTTURA E FUNZIONE NEL SALE AND LEASE BACK. IL LEASE BACK "ANOMALO" ..... 29

## DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

### **LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO di Marino IANNONE..... 34**

ABSTRACT ..... 34

1. PREMESSA: LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO ..... 34

2. MAGISTRATO ED AVVOCATO, PROTAGONISTI PER LA "PACIFICAZIONE". 35

3. SANZIONI PER LA MANCATA PARTECIPAZIONE: UN MONITO A DUE VOCI 35

4. PROCEDURA DI MEDIAZIONE: ISTRUZIONI DELLA CORTE E PIANIFICAZIONE DELL'AVVOCATO ..... 36

5. IL DOVERE ETICO DEL MAGISTRATO CON LA MEDIAZIONE DEMANDATA 36

6. CONCLUSIONI: LA MEDIAZIONE COME DIALOGO TRA GIUDICE E AVVOCATO ..... 37

## DIRITTO PENALE

### **DEPISTAGGIO E DIRITTO AL SILENZIO: UN CASO PROBLEMATICO di Francesca CONSORTE..... 38**

ABSTRACT ..... 38

1. CENNI AL DIRITTO AL SILENZIO NEL PROCESSO E NEL DIRITTO PENALE. 38



2.	DEPISTAGGIO E DIRITTO AL SILENZIO .....	42	
3.	SPUNTI DI RIFLESSIONE.....	44	
4.	CONCLUSIONI.....	47	
<b>PERICOLO DI RICOSTRUZIONE DEL PARTITO FASCISTA: LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE di Francesco MARTIN .....</b>			<b>49</b>
1.	NORMATIVA SUL DISCIOLTO PARTITO FASCISTA .....	49	
2.	PROFILI DI CRITICA.....	51	
3.	LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE .....	53	
4.	CONCLUSIONI.....	53	
<b>LA RILEVANZA DELLA VOLONTÀ E LA CENTRALITÀ DELLA SFERA PIÙ INTIMA DELL'INDIVIDUO NEL SISTEMA PENALE: DALL'AUTORE DEL REATO ALLA VITTIMA di Fabio PAGANA.....</b>			<b>55</b>
	ABSTRACT .....	55	
1.	PREMESSA.....	55	
2.	LA VOLONTÀ DEL SOGGETTO AGENTE: NOZIONE DI DOLO E RAPPORTI CON LA IMPUTABILITÀ.....	55	
3.	LE FORME DEL DOLO.....	59	
4.	L'ACCERTAMENTO PROCESSUALE DEL DOLO .....	61	
5.	LA VOLONTÀ COME ELEMENTO CIRCOSTANZIALE.....	62	
6.	LA VOLONTÀ COME ELEMENTO DI COMMISURAZIONE DELLA PENA .....	65	
7.	LA VOLONTÀ DELLA VITTIMA DEL REATO COME ELEMENTO COSTITUTIVO DELLA FATTISPECIE PENALE .....	65	
8.	LA VOLONTÀ DELLA PERSONA OFFESA COME SCRIMINANTE.....	68	
9.	IL CONSENSO NEL TRATTAMENTO SANITARIO.....	69	
10.	OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	75	
<b>DIRITTO PUBBLICO</b>			
<b>LA RAPPRESENTANZA POLITICA. EVOLUZIONI E PROSPETTIVE di Giulio AMODIO</b>			<b>76</b>
	ABSTRACT .....	76	
1.	RAPPRESENTANZA POLITICA E FORMA DI STATO.....	76	
2.	RAPPRESENTANZA POLITICA E CRISI DEI PARTITI.....	78	
3.	RAPPRESENTANZA POLITICA E VERTICALIZZAZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO .....	79	
<b>IL PRINCIPIO DEL RISULTATO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI di Fatima D'ABRONZO.....</b>			<b>82</b>
	ABSTRACT .....	82	
1.	INTRODUZIONE: I PROFILI DI INEFFICIENZA A CUI LA LEGISLAZIONE PER PRINCIPI DEL NUOVO CODICE INTENDE OVVIARE.....	82	
2.	I TRE PRINCIPI GUIDA DEL CODICE DEI CONTRATTI: IL PRINCIPIO DEL RISULTATO; IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA E IL PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO: IL PRINCIPIO DEL RISULTATO E POSSIBILI OBIEZIONI ALL'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO.....	84	
3.	CONSIDERAZIONI FINALI .....	91	
<b>LA DIMENSIONE REGIONALE DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA di Clementina PIETRAROIA .....</b>			<b>93</b>
	ABSTRACT .....	93	



1. RAPPRESENTANZA POLITICA E FORMA DI GOVERNO REGIONALE..... 93
2. RAPPRESENTANZA POLITICA E RUOLO DEI PARTITI ..... 95
3. IL RAPPORTO TRA CONSIGLIO REGIONALE E PRESIDENTE DELLA GIUNTA  
96

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

### **LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 36 DEL 2023) di Antonio CATERINO..... 98**

- ABSTRACT ..... 98
1. LA VICENDA ..... 98
  2. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL TEMPO..... 100
  3. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL D.LGS. N. 36/2023 ..... 103
  4. LE MISURE DI SELF-CLEANING ..... 106
  5. L'IRRILEVANZA DELL'INTEGRAZIONE PROCESSUALE DELLA MOTIVAZIONE  
DEL PROVVEDIMENTO ESCLUDENTE ..... 108
  6. CONCLUSIONI ..... 109

### **GARE, CONCORSI E GIUDICE PENALE di Fiorenzo LIGUORI..... 111**

- ABSTRACT ..... 111
1. IL RISCHIO PENALE NELLE PROCEDURE CONCORSUALI PUBBLICHE..... 111
  2. LA SCELTA DEL CONTRAENTE TRA RIGIDITÀ E FLESSIBILITÀ..... 112
  3. REGOLE, INTERESSI, SPAZIO DECISIONALE. UNO SGUARDO DIACRONICO  
113
  4. IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: UNA NUOVA PROSPETTIVA  
CULTURALE?..... 115
  5. RISPOSTA PENALE E DIFFERENZE TRA PROCEDURE DI SCELTA DEL  
CONTRAENTE E PROCEDURE DI SELEZIONE DEL PERSONALE ..... 118

## **RASSEGNA**

### **DIRITTO EUROPEO**

#### **CORTE DI GIUSTIZIA 6 MARZO 2025 NELLA CAUSA C-315/23, COMMISSIONE C. CROAZIA (DISCARICA DI BILJANE DONJE II), ECLI:EU:C:2025:154 a cura di Emanuela DE FALCO ..... 120**

- MASSIMA ..... 120
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA..... 120
  2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA..... 121

#### **CORTE DI GIUSTIZIA 8 APRILE 2025 NELLA CAUSA C-292/23, PROCURA EUROPEA (CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEGLI ATTI PROCEDURALI), ECLI:EU:C:2025:255 a cura di Emanuela DE FALCO ..... 122**

- MASSIMA ..... 122
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA..... 122
  2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA..... 123

#### **CORTE DI GIUSTIZIA 29 APRILE 2025 NELLA CAUSA C-181/23, COMMISSIONE C. MALTA, ECLI:EU:C:2025:283 a cura di Emanuela DE FALCO ..... 125**

- MASSIMA ..... 125
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA..... 125



2.	LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	125
----	--	-----

## **CORTE COSTITUZIONALE**

<b>IL FAMILIARE DELL'IMPUTATO NON PUÒ ASTENERSI DAL DEPORRE COME TESTIMONE, SE QUESTA È LA PERSONA OFFESA DENUNCIANTE – CORTE COSTITUZIONALE 16 DICEMBRE 2024 N. 200 a cura di Fabrizio REGA .....</b>	<b>127</b>
--	------------

MASSIMA .....	127
1. IL FATTO .....	127
2. LA DECISIONE.....	128
3. CONCLUSIONI .....	129

<b>LA PRECLUSIONE ALL'ACCESSO AL RITO ABBREVIATO COSTITUITA DALL'ART. 438, COMMA 1 BIS COD. PROC. PEN., È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO – CORTE COSTITUZIONALE (UD. 10 DICEMBRE 2024 - DEP. 17.01.2025) N. 2 a cura di Fabrizio REGA.....</b>	<b>130</b>
--	------------

MASSIMA .....	130
1. IL FATTO .....	130
2. LA DECISIONE.....	131
3. CONCLUSIONI .....	132

<b>LA CONFISCA DI CUI ALL'ART. 2641 C.C. HA NATURA PUNITIVA ED È COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMA CONTRAVVENENDO AL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ – CORTE COSTITUZIONALE 4 FEBBRAIO 2025 N. 7 a cura di Fabrizio REGA .....</b>	<b>133</b>
---	------------

MASSIMA .....	133
1. IL FATTO .....	133
2. LA DECISIONE.....	134
3. CONCLUSIONI .....	136

## **DIRITTO PENALE**

<b>CONTINUAZIONE DI REATI - FINE E PARTECIPAZIONE ALL'ASSOCIAZIONE MAFIOSA - CASS. PEN., SEZ. I UD. 04 DICEMBRE 2024, N. 45783 a cura di Valentina CALABRESE .....</b>	<b>137</b>
--	------------

MASSIMA .....	137
1. IL FATTO .....	137
2. LA DECISIONE.....	137
3. CONCLUSIONI .....	138

<b>LANCIO DI OGGETTI DAL CAVALCAVIA ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO - CASS. PEN. SEZ. I, 14 GENNAIO 2025, N. 1710 a cura di Valentina CALABRESE .....</b>	<b>139</b>
--	------------

MASSIMA .....	139
1. IL FATTO .....	139
2. LA DECISIONE.....	140
3. CONCLUSIONI .....	142

<b>PECULATO E LA NOZIONE DI “ALTRUITÀ” - CASS. PEN. SEZ. VI, 23 MARZO 2025, N. 10068 a cura di Valentina CALABRESE .....</b>	<b>143</b>
--	------------

MASSIMA .....	143
1. IL FATTO .....	143
2. LA DECISIONE.....	144



3. CONCLUSIONI.....	144
<b>I DIRITTI DEL TERZO PROPRIETARIO DI UN BENE CONFISCATO NELL’AMBITO DEL GIUDIZIO ABBREVIATO - CASS. PEN., SEZ. I, 16 GENNAIO 2025, N. 1908 a cura di Francesca Maria FRASSANITO.....</b>	<b>145</b>
MASSIMA.....	145
1. IL FATTO.....	145
2. LA DECISIONE.....	146
3. CONCLUSIONI.....	147
<b>LA CONDOTTA DEL CONDOMINO TRA FURTO E APPROPRIAZIONE INDEBITA - CASS. PEN., SEZ. V, 23 APRILE 2025, N. 15818 a cura di Francesco MARTIN.....</b>	<b>149</b>
MASSIMA.....	149
1. IL FATTO.....	149
2. LA DECISIONE.....	149
3. CONCLUSIONI.....	150
<b>LA C.D. SPECIALITÀ BILATERALE TRA IL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA DISTRATTIVA E QUELLO DI SOTTRAZIONE FRAUDOLENTA AL PAGAMENTO DELLE IMPOSTE – CASS. PEN., SEZ. II, 2 GENNAIO 2025, UD. 27 NOVEMBRE 2024), N. 47 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO.....</b>	<b>151</b>
MASSIMA.....	151
1. IL FATTO.....	151
2. LA DECISIONE.....	152
3. CONCLUSIONI.....	153
<b>IN CASO DI INTERVENUTA PRESCRIZIONE DEL REATO PRESUPPOSTO, L’ASSENZA DELLA PROVA POSITIVA DI INNOCENZA DELLA PERSONA FISICA NON PUÒ DI PER SÉ GIUSTIFICARE L’AFFERMAZIONE DI RESPONSABILITÀ DELL’ENTE – CASS. PEN., SEZ. VI, 11 APRILE 2025, N. 14343 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO.....</b>	<b>154</b>
MASSIMA.....	154
1. IL FATTO.....	154
2. LA DECISIONE.....	154
3. CONCLUSIONI.....	155
<b>IL NUOVO REATO DI INDEBITA DESTINAZIONE E I SUOI RAPPORTI CON LA FATTISPECIE DI PECULATO E CON LA PREVIGENTE FATTISPECIE DI ABUSO D’UFFICIO (DISTRATTIVO) - CASS. PEN., SEZ. VI, 4 FEBBRAIO 2025, N. 4520 a cura di Andrea PROVENZANO.....</b>	<b>157</b>
MASSIMA.....	157
1. IL FATTO.....	157
2. LA DECISIONE.....	157
3. CONCLUSIONI.....	159
<b>UNIVOCITÀ E IDONEITÀ DEGLI ATTI AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL TENTATIVO DI DETURPAMENTO O IMBRATTAMENTO DI BENI CULTURALI (ART. 508 DUODECIES C.P.) - CASS. PEN., SEZ. III, 1 APRILE 2025, N. 12518 a cura di Andrea PROVENZANO.....</b>	<b>160</b>
MASSIMA.....	160
1. IL FATTO.....	160
2. LA DECISIONE.....	160



3. CONCLUSIONI.....	162
<b>IL MEDICO PUÒ LECITAMENTE INTERVENIRE NELLA SFERA SESSUALE DEL PAZIENTE SOLTANTO SE QUESTI HA PRESTATO IL PROPRIO CONSENSO INFORMATO - CASS. PEN. SEZ. III (UD. 09 OTTOBRE 2024 - DEP. 02.12.2024), N. 43877 a cura di Fabrizio REGA.....</b>	<b>163</b>
MASSIMA .....	163
1. IL FATTO .....	163
2. LA DECISIONE.....	163
3. CONCLUSIONI.....	165
<b>ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE DISPOSTA IN APPELLO AI SENSI DELL'ART. 300, COMMA 5 C.P.P, NEI CONFRONTI DELL'IMPUTATO PROSCIOLTO IN PRIMO GRADO IL RIMEDIO CHE QUEST'ULTIMO PUÒ ESPERIRE È IL RIESAME EX ART. 309 C.P.P., - CASS. PEN. SEZ. UN. (UD. 11 LUGLIO 2024 - DEP. 03.12.2024), N. 44060 a cura di Fabrizio REGA .....</b>	<b>166</b>
MASSIMA .....	166
1. IL FATTO .....	166
2. LE CONSIDERAZIONI PRELIMINARI DELLA CORTE: I TRATTI DISTINTIVI DI APPELLO E RIESAME .....	167
3. IL PRIMO ORIENTAMENTO: L'APPELLO CAUTELARE .....	168
4. LA SECONDA TESI: L'ESPERIBILITÀ DELL'ISTANZA DI RIESAME .....	168
5. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE.....	169
6. CONCLUSIONI.....	170
<b>PER LA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI TRUFFA NON È NECESSARIA L'IDENTITÀ TRA LA PERSONA INDOTTA IN ERRORE E QUELLA CHE HA SUBITO IL DANNO PATRIMONIALE - CASS. PEN. SEZ. II, 12 DICEMBRE 2024 N. 45599 a cura di Fabrizio REGA.....</b>	<b>171</b>
MASSIMA .....	171
1. IL FATTO .....	171
2. LA DECISIONE.....	171
3. CONCLUSIONI.....	172
<b>IL DELITTO DI FURTO NON TUTELA ESCLUSIVAMENTE LA PROPRIETÀ MA ANCHE IL POSSESSO - CASS. PEN. SEZ. IV, 2 GENNAIO 2025, N. 15 a cura di Fabrizio REGA .....</b>	<b>173</b>
MASSIMA .....	173
1. IL FATTO .....	173
2. LA DECISIONE.....	173
3. CONCLUSIONI.....	174
<b>IL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI PUÒ CONSUMARSI ANCHE SE LE CONDOTTE MOLESTE SONO RECIPROCHE - CASS. PEN. SEZ. V, 4 FEBBRAIO 2025, N. 4546 a cura di Fabrizio REGA .....</b>	<b>175</b>
MASSIMA .....	175
1. IL FATTO .....	175
2. LA DECISIONE.....	175
3. CONCLUSIONI.....	176

## DIRITTO CIVILE



**LA SUPREMA CORTE RITORNA SUL TEMA DELL'UTILIZZABILITÀ DEI MESSAGGI "WHATSAPP" QUALE PROVA DOCUMENTALE - CASS. CIV., SEZ. II, ORD., UD. 05 DICEMBRE 2024, DEP. 18.01.2025, N. 1254 a cura di Giuseppina AVOLIO ..... 177**

MASSIMA .....	177
1. IL FATTO .....	177
2. LA DECISIONE.....	177
3. CONCLUSIONI .....	178

**IL DISACCORDO DEI GENITORI IN MERITO ALL'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME AL FIGLIO RIENTRA TRA LE QUESTIONI DI PARTICOLARE RILEVANZA RIGUARDANTI I FIGLI CHE POSSONO ESSERE SOTTOPOSTE AL GIUDICE ORDINARIO EX ARTT. 316, SECONDO E TERZO CO., 337 TER, III CO., 337 QUATER, III CO. E 337-OCTIES C.C. - CASS. CIV., SEZ. II, ORD., 30 MARZO 2025, NR. 8369 a cura di Giuseppina AVOLIO .. 180**

MASSIMA .....	180
1. IL FATTO .....	180
2. LA DECISIONE.....	181
3. CONCLUSIONI.....	182

**RISOLUZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO DEL CONDUTTORE E DETERMINAZIONE (E LIQUIDAZIONE) DEL DANNO CONTRATTUALE RISARCIBILE AL LOCATORE - CASS. CIV., SEZ. UNITE, 25 FEBBRAIO 2025, N. 4892 a cura di Cristina CECCONI ..... 183**

MASSIMA .....	183
1. IL FATTO .....	183
2. LA DECISIONE.....	185
3. CONCLUSIONI .....	186

**LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL MUTUO SOLUTORIO – CASSAZIONE A SEZIONI UNITE, 5 MARZO 2025 N. 5841 a cura di Francesca Maria FRASSANITO ..... 187**

MASSIMA .....	187
1. IL FATTO .....	187
2. LA DECISIONE.....	188
3. CONCLUSIONI.....	188

## **CORTE DI APPELLO**

**RIPUDIO UNILATERALE DA PARTE DEL MARITO (TALAQ) NON RICONOSCIUTO IN ITALIA PER VIOLAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO - CORTE D'APPELLO DI ANCONA., SEZ. II, ORDINANZA 03 FEBBRAIO 2025, N.189 a cura di Giuseppina AVOLIO ..... 190**

MASSIMA .....	190
1. IL FATTO .....	190
2. LA DECISIONE.....	190
3. CONCLUSIONI .....	191

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO E MEDIATORE IMMOBILIARE: RICONOSCIUTA LA COMPATIBILITÀ DELL'ESERCIZIO CONGIUNTO – CONS. STATO, SEZ. VI, (UD. 20 FEBBRAIO 2025) DEP. 07 MARZO 2025, N. 1925 a cura di Cristina CECCONI ..... 193**

MASSIMA .....	193
1. IL FATTO .....	193



2.	LA DECISIONE.....	194
3.	CONCLUSIONI.....	195
<b>LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN LUOGHI AD USO PUBBLICO E IL VAGLIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 17 GENNAIO 2025, N. 362 a cura di Martina RECANO .....</b>		
	MASSIMA .....	196
1.	IL FATTO .....	196
2.	LA DECISIONE.....	197
3.	CONCLUSIONI.....	198
<b>CILA IRREGOLARE E SUPERBONUS - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. II - SENT. 25 FEBBRAIO 2025, N.1651 a cura di Martina RECANO .....</b>		
	MASSIMA .....	199
1.	IL FATTO .....	199
2.	LA DECISIONE.....	200
3.	CONCLUSIONI.....	200
<b>L'APPLICABILITÀ DEL 2 COMMA ART 337 C.P.C.: IL RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO DI COGNIZIONE E QUELLO DI OTTEMPERANZA - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. III - ORDINANZA 9 APRILE 2025, N. 3017 a cura di Martina RECANO .....</b>		
	MASSIMA .....	201
1.	IL FATTO .....	201
2.	LA DECISIONE.....	202
3.	CONCLUSIONI.....	202
<b>IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SUL RICONOSCIMENTO DEI TITOLI PROFESSIONALI CONSEGUITI IN ALTRI STATI DELL'UNIONE EUROPEA. - CONS. DI STATO, SEZ. III, 8 GENNAIO 2025, N. 100 a cura di Alessio RUOTOLO .....</b>		
	MASSIMA .....	203
1.	IL FATTO .....	203
2.	LA DECISIONE.....	204
3.	CONCLUSIONI.....	205
<b>IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA IN TEMA DI ESCLUSIONE DALLA GARA PER IRREGOLARITÀ PREVIDENZIALE DEFINITIVAMENTE ACCERTATA E CONNOTATA DAI CARATTERI DI GRAVITÀ - CONS. DI STATO, SEZ. III, 25 MARZO 2025, N. 2464 a cura di Alessio RUOTOLO .....</b>		
	MASSIMA .....	206
1.	IL FATTO .....	206
2.	LA DECISIONE.....	207
3.	CONCLUSIONI.....	208
<b>IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SUL TEMA DEL TEMPESTIVO ONERE DI IMPUGNAZIONE IN MATERIA DI APPROVAZIONE DEL PIANO REGOLARE COMUNALE - CONS. DI STATO, SEZ. IV, 1° APRILE 2025, N. 2729 a cura di Alessio RUOTOLO .....</b>		
	MASSIMA .....	209
1.	IL FATTO .....	209
2.	LA DECISIONE.....	211
3.	CONCLUSIONI.....	212

## LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE, RUOLO E MANSIONI\*

di **Francesco Maria MAFFEZZONI\*\***

### ABSTRACT

L'articolo analizza la figura del direttore generale all'interno della società per azioni, alla luce dell'art. 2396 c.c., che estende a tale soggetto la disciplina sulla responsabilità degli amministratori, senza tuttavia definirne natura e funzioni; in particolare il direttore generale è un soggetto qualificato come collaboratore apicale dell'organo gestorio, con compiti di alta gestione e attuazione operativa delle direttive strategiche degli amministratori, pur senza poteri decisionali autonomi.

### SOMMARIO

#### 1. Capitolo 1 ..... 11

#### 1. CAPITOLO 1

La figura del direttore generale è posizionata nel codice civile alla fine delle norme dedicate agli amministratori della S.p.a. (o *rectius* della responsabilità degli amministratori), in particolare nell'art. 2396 c.c. si legge che le disposizioni che regolano la

responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

Suddetta norma, alquanto povera di informazioni<sup>1</sup>, risulterebbe così priva di una definizione del direttore generale (largamente diffusa nella prassi<sup>2</sup>) e delle sue attribuzioni<sup>3</sup>, che secondo illustre dottrina<sup>4</sup> consisterebbe, quale *ius receptum*, in quella figura che si inserisce in modo stabile in posizione quasi apicale nell'organizzazione della società essendo una qualifica che può essere attribuita soltanto a quei dirigenti che si posizionano al vertice della gerarchia dei lavoratori subordinati<sup>5</sup>.

L'art. 2396 c.c. limitandosi a regolare la responsabilità derivante dall'attività svolta attraverso un rimando estensivo alla disciplina della responsabilità degli amministratori impone all'interprete lo sforzo di individuare lo schema dei tratti essenziali di questo organo "burocratico"<sup>6</sup> che tuttavia è titolare di importanti funzioni a supporto all'amministratore della società per azioni, che dottrina e

\* Lo scritto è destinato, con variazioni minime, all'Osservatorio sul diritto dell'impresa, quesiti e problematiche relativi agli assetti organizzativi, procure e deleghe di attribuzione all'interno delle imprese.

\*\* Assegnista di ricerca in diritto commerciale, università di Brescia.

<sup>1</sup> In questo senso F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, VII, Padova, 1984, p. 255.; tuttavia è stato affermato che nonostante il dato normativo contenuto sarebbe possibile cogliere dei «sussurrati agganci definitivi», cfr. L. SAMBUCCI, *Art. 2396 – Direttori generali*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2015, p. 462.

<sup>2</sup> «Nella realtà operativa delle imprese, da sempre e ancora più nell'attuale, la figura del direttore generale ricorre in modo pressoché costante, non appena l'impresa venga ad acquisire un minimo di consistenza», cfr. A. A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *2396 – Direttori generali*, in *Le società per azioni – Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, I, Milano, 2016, p. 1471.

<sup>3</sup> Tale silenzio definitorio è stato tuttavia nel tempo colmato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, le quali hanno: (i) in generale, individuato la figura del direttore generale in quella persona, posta ai vertici della struttura gerarchica dei

collaboratori dell'organo amministrativo, che attua le direttive da quest'ultimo impartite, interpretandole e fornendo le relative istruzioni alle diverse articolazioni dell'impresa; (ii) ritenuto non qualificante di detta figura la sussistenza di un potere di rappresentanza esterna della società, né di un rapporto di lavoro subordinato; (iii) ritenuto possibile che il direttore generale rivesta, al contempo, anche il ruolo di amministratore (purché non "unico" o delegato all'intera gestione), pur naturalmente mantenendo ferma la distinzione tra le due specifiche funzioni; (iv) ritenuto che la qualifica "generale" attribuita al direttore non presupponga necessariamente un'assenza di limitazioni ai suoi poteri, ben potendo gli stessi essere circoscritti a determinati segmenti dell'agire esecutivo; (v) ritenuto infine applicabile al direttore generale la c.d. *business judgment rule*, cfr. U. MORERA, *La responsabilità del direttore generale di società*, in *Giur. Comm.*, 2020, 4 pp. 686 ss.

<sup>4</sup> S. AMBROSINI, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, II, Milano, 2022, p. 2085

<sup>5</sup> G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2022, p. 272

<sup>6</sup> Cfr. R. RORDORF, *Art. 2396, Direttori generali*, in *Libro V del Lavoro*, a cura di G. MARZIALE, R. RORDORF, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretto da C. RUPERTO, Padova, 2005, p. 2549.



giurisprudenza<sup>7</sup> hanno avvicinato ora alle regole dell'instutore<sup>8</sup> ora dell'amministratore<sup>9</sup>, anche in funzione del fatto che può vedersi riconosciuti, da apposite previsioni statutarie, poteri di gestione dell'impresa unitamente alla possibilità di essere dotato di voto consultivo ed essere inserito all'interno del c.d.a. quale partecipe o membro esterno.

All'interno di una s.p.a. (ma non solo<sup>10</sup>) il direttore generale ricopre il ruolo di collaboratore diretto e qualificato dell'organo gestorio, senza però farne parte<sup>11</sup>, occupando una posizione al vertice dell'organigramma dei lavoratori subordinati con l'attribuzione di «un'attività di *alta gestione* dell'impresa sociale»<sup>12</sup> destinata ad attuare le direttive stabilite dagli amministratori “in modo non meccanico o automatico”, ma attraverso opportune «scelte tattiche»<sup>13</sup> operative ponendosi quale collegamento tra l'organo gestorio e gli altri organi subordinati svolgendo il suo incarico anche attraverso l'esercizio del controllo sulla puntuale esecuzione

delle stesse<sup>14</sup>. Siffatti poteri del direttore incontrano, in ogni caso, un limite invalicabile costituito dal divieto di effettuare scelte strategiche per la società, in quanto tale incombenza spetta solo agli amministratori e la violazione di questo divieto comporterebbe per il direttore l'assunzione della qualifica di amministratore di fatto<sup>15</sup>; sul punto, tuttavia, illustre dottrina ha affermato la legittimità del cumulo delle cariche di direttore generale con quella di amministratore sempre che si possano mantenere nette e distinte le due funzioni, in altre parole sarebbe possibile affidare la carica di direttore generale ad un membro del c.d.a., non potendosi ritenere configurabile l'attribuzione di detta carica ad un amministratore unico o delegato perché renderebbe di fatto impossibile l'autonomo esercizio dei tipici poteri di direzione generale<sup>16</sup>.

I direttori generali, pertanto, si presentano generalmente<sup>17</sup> all'interno della società in posizione apicale - dotati con poteri di direzione e controllo -

<sup>7</sup> Cfr. G. LAURINI, *La rappresentanza nelle società e nel settore bancario*, in *Riv. soc.*, 1999, 5, p. 1059.

<sup>8</sup> Cfr. F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, cit., p. 255, secondo cui i direttori generali sono giuridicamente una figura analoga a quella degli institori e sono assoggettabili in linea di principio con le regole della sulla preposizione institoria, in senso conforme anche N. ABRIANI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società*, N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2010, p. 575.

<sup>9</sup> Sul punto si segnala S. AMBROSINI, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, cit., p. 2089, nella parte in cui afferma che affinché vi sia un direttore generale occorre che vi sia un organo amministrativo distinto e sovraordinato, tuttavia pare legittimo il cumulo delle due funzioni se non intacca la necessaria distinzione, ne discende che non vi sarebbero difficoltà «ad affidare la direzione generale, in caso di amministrazione collegiale, ad un semplice consigliere [...]»; impossibilità invece di attribuire la carica di direttore generale all'amministratore unico o all'amministratore delegato quando la delega si estende a tutta la gestione (perché in tal caso non vi sarebbe spazio per una autonoma funzione di direzione generale); contra F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, cit., p. 255, nella parte in cui esprime perplessità riguardo alla cumulabilità della carica di direttore generale con quella di consigliere di amministrazione.

<sup>10</sup> Sull'applicabilità dell'art. 2396 c.c. ad imprese non organizzate in forma non azionaria e relativa applicabilità si veda A. A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Questioni attuali*

sulla figura del «Direttore Generale» d'impresa, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, *Liber amicorum Antonio Piras*, AA. VV., Torino, 2010, pp. 405 ss.

<sup>11</sup> «I direttori generali, sebbene siano soggetti, ai sensi dell'art. 2396 c.c. - quando vengono nominati dall'assemblea o dal consiglio di amministrazione in base a disposizione dell'atto costitutivo - alle medesime norme disciplinanti le responsabilità degli amministratori, non si identificano con questi ultimi, né fanno parte dell'organo amministrativo della società, ma configurano un distinto organo, che può anche assumere struttura collegiale, al quale oltre a compiti di direzione interna, amministrativa o tecnica, può essere attribuita, per disposizione statutaria, in modo esclusivo, la rappresentanza della società», cfr. Cass. 08 novembre 1984, n.5640, in *Mass. Giust. Civ.*, 1984, 11.

<sup>12</sup> Per la citazione si veda G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 272.

<sup>13</sup> Per la citazione si veda P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Amministratori – Direttore Generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Padova, 1999, pp. 461 e 462.

<sup>14</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, cit., p. 2087.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. 14 settembre 1999, n.9795, in *Società*, 2001, p. 807, con nota di SALVATO.

<sup>16</sup> Cfr. P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Amministratori – Direttore Generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, cit., p. 475.

<sup>17</sup> Aperture alla possibilità che i direttori generali non siano esclusivamente i dipendenti di una società sono rinvenibili in C. MALBERTI, *Articolo 2396 – Direttori generali*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle*



e, a differenza dell'instutore (figura alla quale spesso è stato accostato), il direttore generale non viene investito "automaticamente"<sup>18</sup> del potere rappresentativo<sup>19</sup>, che può essergli affidato solo per un singolo affare determinato con procura ex art. 1387 c.c. o per più attività da svolgersi tali da assimilarlo al preposto di cui all'art. 2203 c.c.<sup>20</sup>. Sul punto è stato osservato che qualora si affidasse il potere di rappresentanza ad ausiliari diversi dal direttore generale, quest'ultimo non vedrebbe in alcuno modo impedita la possibilità di adempiere alla sua funzione «potendo egli in qualsiasi momento orientare l'attività dei rappresentanti e assicurare, in tal modo, la puntuale esecuzione delle decisioni dell'impresa»<sup>21</sup>. A ciò si aggiunga che il direttore generale, collocandosi al vertice della gerarchia dei lavoratori, è generalmente legato alla società da un rapporto di

---

società, diretto da P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2005, p. 675 e P. ABADESSA, *Il direttore generale*, in *Amministratori – Direttore Generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, cit., p. 463.

<sup>18</sup> Sul punto è interessante osservare quanto affermato da F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, cit., p. 256, secondo cui i direttori generali essendo assimilabili agli institori sarebbero dotati, anche in assenza di una esplicita procura, di un potere rappresentativo «inerente alla natura stessa dei compiti affidati», tuttavia l'assimilazione agli institori non troverebbe conferma nel caso in cui i direttori generali sarebbero inseriti in una organizzazione interna medio/grande dotata di un alto grado di complessità, in quanto potrebbero essere loro attribuite mansioni che escludono il contatto con i terzi, dovendo così escludere il potere rappresentativo.

<sup>19</sup> Questa ricostruzione trova conferma nella giurisprudenza di legittimità secondo cui «nelle società per azioni il potere del direttore generale di rappresentare verso l'esterno la società (sia egli nominato dall'assemblea, ovvero per disposizione dell'atto costitutivo) può ritenersi sussistere solo in conseguenza di una specifica attribuzione ricevuta in tal senso dall'organo amministrativo, od anche se tale potere inerisca, intrinsecamente, alla natura stessa dei compiti affidatigli. In tutti gli altri casi, tale potere rappresentativo (in esso inclusa la possibilità di rilasciare una valida procura "ad litem") deve ritenersi insussistente, esplicitando il direttore generale una attività meramente interna od esecutiva», cfr. Cass. 29 agosto 1997, n.8189, in *Mass. Giust. Civ.*, 1997, 1554 e Trib. Roma 18 maggio 1981, in *Giur. comm.*, 1982, 2, p. 360, secondo cui il direttore generale di una società di capitali può esplicitare sia un'attività meramente interna (diversamente dall'instutore) sia un'attività che importi l'esercizio di poteri rappresentativi. In quest'ultimo caso il conferimento della rappresentanza non deve essere necessariamente esplicito, ma può anche desumersi dalla natura dei compiti affidati.

lavoro subordinato, ben potendosi tuttavia configurare la forma del mandato quale schema attuativo dei compiti relativi all'incarico conferito dal mandante, in virtù del fatto che la determinazione e il controllo sull'operato del mandatario (direttore generale) rimarrebbero sempre in capo agli amministratori rispettando così le caratteristiche dell'istituto.

La nomina e i compiti del direttore generale<sup>22</sup>, in assenza di una disposizione specifica, così sostiene la giurisprudenza<sup>23</sup>, si desumono dall'atto formale di nomina da parte dell'assemblea o dagli amministratori e conseguentemente dal consiglio di amministrazione solo se prevista da apposita previsione statutaria<sup>24</sup>. Al riguardo si è sviluppato un

<sup>20</sup> «Il direttore generale di una società di capitali può assumere la rappresentanza, anche processuale, della società medesima, in forza di disposizione statutaria o per delega (che sia ammessa dallo statuto sociale) da parte degli amministratori», cfr. Cass. sez. lav. 18 maggio 2006, n.11661, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 5

<sup>21</sup> P. ABADESSA, *Il direttore generale*, in *Amministratori – Direttore Generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, cit., p. 463.

<sup>22</sup> «Dall'art. 2396 c.c. testo previgente non è possibile desumere una definizione di direttore generale legata al contenuto intrinseco delle mansioni, dovendosi ricollegare la responsabilità di tale soggetto alla sua posizione apicale all'interno della società, desunta dal dato formale della nomina da parte dell'assemblea o anche da parte del consiglio di amministrazione, in base ad apposita previsione statutaria; ne discende che, al di fuori delle predette ipotesi, non sussiste un preciso supporto normativo che consenta di estendere lo speciale ed eccezionale regime di responsabilità previsto per la figura nominata di direttore generale ad altri soggetti che svolgono, di fatto, le medesime funzioni all'interno della compagine societaria», cfr. Cass. 05 dicembre 2008, n.28819, in *Foro it.*, 2009, 7-8, 1, p. 2136 e in dottrina sul punto A. A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Questioni attuali sulla figura del «Direttore Generale» d'impresa*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, AA. VV., cit., p. 397.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 18 novembre 2015, n. 23630, in *Mass. Giust. Civ.*, 2015

<sup>24</sup> La disciplina prevista si applica, ai sensi dell'art. 2396 c.c., esclusivamente se la posizione apicale di tale soggetto all'interno della società sia desumibile da una nomina formale da parte dell'assemblea o anche del consiglio di amministrazione in base ad apposita previsione statutaria, salva la ricorrenza dei diversi presupposti dell'amministratore di fatto, cfr. Cass. 13 ottobre 2020, n.345, in *Dir. e Giust.*, 2020.



dibattito in dottrina<sup>25</sup> e giurisprudenza<sup>26</sup> sulla eventuale e possibile nomina a direttore generale desumibile direttamente dalle funzioni svolte in concreto dallo stesso, in assenza di procedimento formale, quesito che parrebbe aver trovato soluzione mediante l'applicazione analogica della disciplina relativa alla fattispecie dell'amministratore di fatto<sup>27</sup>. Simile applicazione analogica della disciplina degli amministratori, tuttavia, non si estende *tout court* all'istituto *de quo*, infatti è stata osservata l'inapplicabilità della disciplina delle cause di ineleggibilità previste dall'art. 2382 c.c. essendo quest'ultima una disposizione avente carattere eccezionale e consentendo di fatto la nomina a direttore generale del soggetto fallito o interdetto dai pubblici uffici<sup>28</sup>.

Il direttore generale, nell'esercizio dei compiti assegnati ai sensi dell'art. 2396 c.c. deve osservare a tutte le regole di condotta previste per l'organo gestorio (la diligenza, l'assenza di conflitto di

interessi e il divieto di atti estranei all'oggetto sociale) e l'obbligo di gestione ex art. 2486 c.c.<sup>29</sup> e più in particolare i direttori in qualità di collaboratori subordinati gerarchicamente all'organo gestorio devono attuare le direttive ricevute, eseguire le delibere del consiglio di amministrazione o degli amministratori delegati fornendo all'organo amministrativo tutte le informazioni rilevanti per una corretta gestione societaria e svolgimento dei processi aziendali senza discostarsi dalle indicazioni ricevute<sup>30</sup>; questi incarichi di "amministrazione" attiva e di vigilanza – con aperture anche in riferimento al dettato dell'art. 2086 c.c.<sup>31</sup> – devono essere assolti con la diligenza professionale di cui all'art. 2392 c.c., giacché in caso contrario (grazie al rimando esplicito contenuto nell'art. 2396 c.c.) dovranno essere estese ai direttori generali le disposizioni che regolano la responsabilità propria degli amministratori per la violazione degli obblighi inerenti all'esecuzione delle direttive, generalmente

<sup>25</sup> Cfr. A. A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *2396 – Direttori generali*, in *Le società per azioni – Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, cit., pp. 1479 ss.

<sup>26</sup> «In tema di azione di responsabilità nei confronti del direttore generale di società di capitali, la disciplina prevista per la responsabilità degli amministratori si applica, ai sensi dell'art. 2396 c.c., esclusivamente se la posizione apicale di tale soggetto all'interno della società sia desumibile da una nomina formale da parte dell'assemblea o anche del consiglio di amministrazione in base ad apposita previsione statutaria, salva la ricorrenza dei diversi presupposti dell'amministratore di fatto», cfr. Cass. 13 gennaio 2020, n.345, in *Dir. Giust.*, 2020; in senso conforme Cass. 05 dicembre 2008, n.28819, in *Mass. Giust. Civ.*, 2008, 12, p. 1741

<sup>27</sup> Cfr. L. FOLLADORI, *La disciplina dei direttori generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 3, p. 503.

<sup>28</sup> Sul punto si ritiene però che l'interdetto dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese non possa ricoprire la carica di direttore generale in quanto la pena include espressamente detta carica ai sensi dell'art. 32 bis c.p.; cfr. S. AMBROSINI, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, cit., p. 2088.

<sup>29</sup> L'art. 2486 c.c. sancisce l'obbligo di gestione conservativa ed in particolare stabilisce che al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487 bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma. Quando è

accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

<sup>30</sup> S. AMBROSINI, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, cit., p. 2089

<sup>31</sup> «Nelle imprese organizzate in forma societaria il tema qui affrontato potrebbe porsi per i *direttori generali* (art. 2396 c.c.), la cui nomina, al pari di quella dell'istitutore, è destinata a influire sul giudizio in termini di "adeguatezza" degli assetti interni all'impresa. Altro elemento in comune è dato dal fatto che entrambe le cariche dirigenziali si ritiene possano essere ricoperte solo da persone fisiche (e non da persone giuridiche) e comportano l'assunzione di gravose responsabilità, anche penali. [...] Si ricorda incidentalmente che in Francia i direttori generali sono coinvolti nella procedura di allerta essendo destinatari (insieme al presidente del consiglio di amministrazione) dell'informativa proveniente dai *commissaires aux comptes*», cfr. M. SPIOTTA, *L'istitutore può far suonare l'allarme interno?*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, pp. 544 ss.

concorrente e solidale con l'organo gestorio<sup>32</sup>, con l'esclusione dei danni che possano derivare dall'assunzione stessa di simili direttive<sup>33</sup>.

Infatti, grazie al richiamo dell'art. 2396 c.c. la responsabilità dei direttori generali non si limita al solo art. 2392 c.c., ma si estende anche a quanto introdotto all'art. 2393, 1° co., c.c. in tema di azione sociale di responsabilità e a quelle riservate agli "altri soggetti" quali la minoranza qualificata di soci ex art. 2393 bis c.c., i creditori sociali ex art. 2394 c.c., il curatore ex art. 2394 bis c.c. ed infine il singolo socio e il terzo ex art. 2395 c.c.<sup>34</sup>

Essendo la nomina a direttore generale a tempo determinato o a tempo indeterminato, occorre segnalare che la cessazione dalla carica secondo autorevole dottrina avverrebbe, non già sulla base delle regole del diritto societario, bensì sulla base del rapporto contrattuale di lavoro

<sup>32</sup> A titolo esemplificativo «la fattispecie ex art. 2395 c.c. riguardante il diritto al risarcimento del danno spettante al terzo direttamente danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori richiede: (i) la condotta degli amministratori posta in essere in violazione dei loro propri doveri, sia quelli inerenti la carica, sia quelli generali stabiliti dall'ordinamento a tutela dei diritti dei terzi, (ii) il pregiudizio patrimoniale subito dal terzo e (iii) il nesso di causalità materiale tra la condotta e il danno lamentato qualificato in termini di diretta efficacia causale della condotta. In forza del principio della causalità efficiente, in tema di responsabilità extracontrattuale, quale è quella di cui all'art. 2395 c.c., l'evento dannoso può essere attribuito al fatto sopravvenuto solo se questo renda irrilevanti le cause preesistenti. [...] Il direttore generale risponde ex art. 2396 c.c. secondo le norme che regolano la responsabilità degli amministratori in relazione alle incombenze a lui affidate», cfr. Corte App. Torino 4 marzo 2022, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>33</sup> «L'azione di responsabilità promossa nei confronti del direttore generale è di natura contrattuale ed è assoggettata alla stessa disciplina in tema di onere di allegazione e ripartizione degli oneri probatori di quella esercitabile nei confronti degli amministratori, di talché la società ha l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sul direttore generale, come sugli amministratori e sindaci, l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi imposti. In particolare, per quanto concerne la ripartizione dell'onere probatorio tra società e amministratori, nel caso in cui la responsabilità dedotta dalla società si riferisca ad atti gestori per i quali si allega il mancato rispetto del canone di diligenza, parte attrice è tenuta a: (i) dimostrare che la condotta contestata integri l'inadempimento denunciato e possa pertanto

subordinato o di mandato instaurato tra la società e il direttore, assumendo rilievo pratico sul punto il recesso della società o la rinuncia del direttore<sup>35</sup>. Infatti, il recesso sarebbe possibile con effetto immediato in presenza della c.d. giusta causa secondo gli artt. 1725 e 2119 c.c., la cui assenza renderebbe necessario il preavviso, la cui mancanza produrrebbe conseguenze differenti a seconda, come anticipato, della natura di lavoro subordinato o di mandato giacché nel primo caso la regola del preavviso ha carattere reale in caso di rapporto a tempo indeterminato o renderebbe inefficace il recesso in caso di rapporti a tempo determinato, mentre nel secondo la sua violazione produrrebbe, tenuta ferma la cessazione del rapporto con effetti immediati, dell'obbligo della corresponsione per la società di un indennizzo a favore del direttore<sup>36</sup>. Infine per quanto attiene alla revoca si ritiene, invece, che sia di

essere qualificata come irrazionale o del tutto avventata; (ii) specificare in base a quali elementi si addivenga a tali conclusioni, precisando quali obblighi di diligenza si intendano violati; (iii) provare che tale condotta abbia arrecato un danno alla società, la cui quantificazione compete anch'essa a parte attrice. Una volta che tale prova è stata acquisita al processo, compete all'amministratore evocato in giudizio allegare e provare gli ulteriori fatti – consistenti in cautele, informazioni, verifiche – che sono idonei ad escludere (o attenuare) la sua responsabilità. Al direttore generale, oltre a funzioni esecutive di alto livello, possono essere attribuiti in ragione delle particolari competenze tecniche e doti professionali, poteri di iniziativa che gli consentono di incidere sulla determinazione delle strategie aziendali, potendo essergli conferita anche una formale "posizione di autonomia decisionale", analoga a quella di un amministratore delegato. Inoltre il direttore generale deve poter disattendere quelle istruzioni degli amministratori la cui esecuzione, a suo giudizio, cagionerebbe (alla società, ai creditori sociali, ai singoli soci o terzi) danni dei quali sarebbe chiamato a rispondere», cfr. Trib. Venezia 17 maggio 2021, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>34</sup> Cfr. C. MALBERTI, *Articolo 2396 – Direttori generali*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, cit., pp. 676 ss..

<sup>35</sup> P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Amministratori – Direttore Generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, cit., pp. 480 ss. e più specificamente nella parte in cui si ricorda che per il recesso deve sussistere giusta causa ex artt. 1725 c.c. e 2119 c.c., mentre per la rinuncia del direttore generale non servono particolari formalità se non quella di indirizzarla al c.d.a.

<sup>36</sup> A titolo esemplificativo si veda Cass. lav., 31 maggio 2022, n.17689, in *IUS Lavoro*, 21 giugno 2022, dove si afferma



competenza dell'organo che ha nominato il direttore, mentre la rinuncia sarebbe sempre possibile in presenza di giusta causa in assenza della quale si rende necessario il preavviso, la cui mancanza determinerebbe in capo al direttore l'obbligo di risarcimento a favore della società.

---

che: « Nel rapporto di lavoro dirigenziale e ai fini della giustificatazza del recesso, il giudice di merito deve procedere ad una accurata opera di componimento tra l'accentuato obbligo di fedeltà - legame fiduciario - del dirigente e il diritto di critica, di denuncia e di dissenso al medesimo spettante, escludendo che l'esercizio di tali diritti, ove avvenga nei limiti già tracciati dalla giurisprudenza e quindi in maniera ragionevole e non pretestuosa nonché con modalità formalmente corrette, possa integrare di per sé la nozione di giustificatazza del

licenziamento. Con particolare riferimento al dirigente che rivesta la qualifica di direttore generale, deve affermarsi che non integra di per sé la giustificatazza del licenziamento la condotta del dirigente - direttore generale che, anche al fine di non incorrere in responsabilità verso la società per atti e comportamenti degli amministratori, eserciti, in maniera non pretestuosa, il diritto al dissenso nelle sedi proprie, di cui all'art. 2392 c.c., con modalità non diffamatorie o offensive».



## LA RESPONSABILITÀ MEDICA VERSO IL DECENNALE DALLA RIFORMA GELLI-BIANCO: QUALCHE BREVE RIFLESSIONE SULLA SUA ATTUAZIONE E SUL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA

di Anna Maria SINISCALCHI\*

### ABSTRACT

*Il lavoro ripercorre il processo evolutivo che ha condotto al doppio regime di responsabilità introdotto dalla riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017), analizzando il ruolo della giurisprudenza nella definizione del modello di responsabilità sanitaria e lo stato di attuazione della riforma. Viene tracciato un confronto tra la disciplina previgente e quella successiva alla riforma, evidenziando continuità e discontinuità nell'interpretazione giurisprudenziale e nelle tutele offerte ai pazienti. L'autrice riflette sulle criticità emerse nell'attuazione della riforma, sottolineando l'influenza della giurisprudenza nel colmare lacune normative e configurare la responsabilità medica. Infine, si considerano le prospettive di un possibile intervento normativo correttivo per superare le difficoltà applicative e bilanciare adeguatamente i diritti dei pazienti e dei professionisti sanitari.*

*The paper retraces the evolutionary process that led to the dual liability regime introduced by the Gelli-Bianco reform (Law No. 24/2017), analyzing the role of case law in defining the model of medical liability and the state of implementation of the reform. A comparison is drawn between the legal framework prior to and following the reform, highlighting both continuities and discontinuities in judicial interpretations and the protections offered to patients. The author reflects on the critical issues that have emerged during the implementation of the reform, emphasizing the influence of case law in filling legislative gaps and shaping medical liability. Finally, the paper considers the prospects of potential corrective legislative interventions to overcome application challenges and appropriately balance the rights of patients and healthcare professionals.*

### SOMMARIO

<b>1. Premessa .....</b>	<b>17</b>
<b>2. La posizione della giurisprudenza sulla responsabilità medica prima della riforma Gelli-Bianco .....</b>	<b>18</b>
<b>3. La posizione della giurisprudenza sulla responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco .....</b>	<b>20</b>

<b>4. L'attuazione incompleta della riforma e l'ipotesi di un nuovo intervento normativo .....</b>	<b>23</b>
--	-----------

### 1. PREMESSA

Analizzare il tema della responsabilità medica nella sua evoluzione richiede una duplice prospettiva di indagine. Da un lato è necessario prendere le mosse dal dato normativo, anche in ragione delle modifiche intervenute con la riforma del 2017 (c.d. “legge Gelli -Bianco”), dall’altro è inevitabile prestare particolare attenzione alle applicazioni giurisprudenziali che si sono affermate nella prassi.

Si tratta infatti di un settore nel quale la giurisprudenza ha svolto una funzione centrale, finendo con l’assumere nel tempo un ruolo determinante nella stessa configurazione del modello di responsabilità sanitaria. Questo particolare modo di atteggiarsi della giurisprudenza, che potremmo definire “creativa”, ossia una giurisprudenza che non si limita ad interpretare e applicare il diritto ma opera come fonte del diritto, tanto in funzione integrativa che al fine di colmare le lacune del sistema, ha comportato inevitabili conseguenze sulla individuazione delle regole concretamente applicabili in caso di errori sanitari. Si è così dato luogo alla creazione di un vero e proprio sotto-settore della responsabilità civile dotato di regole proprie, che ha inciso su alcune delle categorie classiche del diritto civile.

Sembra, dunque, opportuno tracciare, seppure sinteticamente, le linee di sviluppo della responsabilità medica nel nostro ordinamento, alla luce della prassi applicativa. Lo scopo di questa indagine è molteplice.

Il primo obiettivo è quello di ricostruire il sistema della responsabilità medica che si era consolidato prima della riforma Gelli-Bianco e quello che

\* Professore associato presso l’Università degli Studi di Cagliari.



si è delineato dopo l'intervento normativo del 2017, attuato con la legge dell'8 marzo, n. 24. Tale legge, come è noto, ha introdotto, con la previsione dell'art. 7, un doppio binario di responsabilità e precisamente extracontrattuale per il medico e, più in generale, per i sanitari che operino in una struttura ospedaliera sia essa pubblica che privata; contrattuale per la struttura e per il medico e i sanitari che operino come liberi professionisti.

Il secondo obiettivo è volto a comprendere se e quali siano gli eventuali punti di contatto e di divergenza tra il sistema *ante e post* riforma del 2017 al fine di individuare la portata innovativa della legge Gelli-Bianco rispetto alla situazione precedente con riguardo all'estensione della tutela assicurata al paziente.

Il terzo obiettivo è diretto a verificare se, con la riforma del 2017, si possano ritenere realizzati gli scopi perseguiti, anche alla luce di alcune scelte operate dalla giurisprudenza. Infatti, la prassi applicativa continua ad avere un ruolo decisivo nella configurazione della responsabilità medica.

Il lavoro, pertanto, sarà concettualmente diviso in due parti: una dedicata alla ricostruzione del sistema prima della legge Gelli-Bianco ed una successiva alla sua introduzione, per poi valutare i riflessi applicativi *ante e post* riforma e le criticità ancora presenti nel sistema.

## **2. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA PRIMA DELLA RIFORMA GELLI-BIANCO**

Conformemente a quanto appena affermato, l'analisi si concentrerà, in primo luogo, sulla disciplina della responsabilità medica antecedente alla riforma del 2017.

Si avrà dunque riguardo ad un arco temporale ampio, nel quale, come si avrà modo di evidenziare, sono intervenuti mutamenti radicali nella qualificazione del regime di responsabilità

sanitaria, in ragione del ruolo centrale svolto dalla giurisprudenza.

Fino alla fine degli anni '90, esistevano due modelli distinti di responsabilità medica che stabilivano una chiara separazione tra il trattamento riservato al medico che esercitava come libero professionista e quello dipendente da una struttura ospedaliera.

Per i medici liberi professionisti, il regime di responsabilità era di tipo contrattuale, in ragione dell'esistenza di un contratto d'opera intellettuale tra il medico e il paziente, come definito dagli artt. 2230 ss. c.c. Questo contratto dava luogo, secondo la ricostruzione maggiormente accreditata, ad un'obbligazione di mezzi, implicando che il medico dovesse esercitare la propria attività con competenza e diligenza, senza che si potesse ravvisare una responsabilità per il solo mancato raggiungimento del risultato terapeutico finale.

Al contrario, per i medici dipendenti di strutture ospedaliere la responsabilità era considerata extracontrattuale. Essi, operando come organi di un ente e rimanendo estranei ai rapporti contrattuali diretti con i pazienti, erano ritenuti responsabili solo sotto il profilo della responsabilità aquiliana<sup>1</sup>.

La distinzione tra questi due regimi di responsabilità aveva implicazioni notevoli in termini di oneri probatori per il paziente. Nella responsabilità contrattuale, il paziente doveva dimostrare l'inadempimento del medico, il nesso causale tra questo inadempimento e il danno subito. L'azione risarcitoria, in questo contesto, era inoltre soggetta a un termine prescrizione di dieci anni. Invece, nella responsabilità extracontrattuale, il paziente si trovava di fronte a un onere probatorio più gravoso, dovendo dimostrare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., con un termine prescrizione ridotto a cinque anni.

Tuttavia, con il passare del tempo, la giurisprudenza ha iniziato a mostrare segni di insofferenza rispetto al differente regime di responsabilità tra medici dipendenti e liberi professionisti,

<sup>1</sup> Sul punto cfr. A. DI MAJO, *La salute responsabile. Diritti e rimedi*. Torino, 2018, p. 2 ss.; G. COMANDÈ - L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a

cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Milano, 2017, p. 264 ss., i quali ripercorrono le linee di sviluppo della responsabilità del medico e delle strutture sanitarie nell'arco di un trentennio.



attenuando progressivamente la netta separazione tra queste due forme di responsabilità. Un punto di svolta significativo è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 22 gennaio 1999<sup>2</sup>, che ha impiegato la nozione di "contatto sociale qualificato". Questo concetto ha esteso la responsabilità contrattuale anche ai medici dipendenti, riconoscendo che la relazione di fatto che si instaura tra medico e paziente può giustificare il sorgere di obblighi analoghi a quelli derivanti da un contratto d'opera intellettuale.

Questa evoluzione della prassi applicativa rifletteva un cambiamento più ampio nella dinamica medico-paziente che si stava orientando verso un modello di "alleanza terapeutica" più collaborativa e partecipativa<sup>3</sup>. Modello, dunque, che superava l'approccio paternalistico del passato, in cui al medico venivano lasciate le decisioni terapeutiche ed era minima la partecipazione attiva del paziente<sup>4</sup>. In questo nuovo contesto, la responsabilità medica ha iniziato a configurarsi in modo diverso,

<sup>2</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, secondo cui «nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale». Il testo della sentenza è consultabile in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 s., con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 781 s., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, *ivi*, p. 294 s., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 s., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

<sup>3</sup> Ormai è pacifico ricondurre la relazione di cura nella prospettiva di una piena condivisione tra medico e paziente delle scelte terapeutiche. Evidenza come, alla luce dei principi costituzionali, la relazione tra medico e paziente sia ormai incompatibile con il classico «modello paternalistico-ippocratico» B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, p. 16 ss.

<sup>4</sup> Per tutti cfr. M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, p. 251 s., secondo cui nel modello tradizionale il paziente risultava un soggetto piuttosto

adattandosi alla nuova concezione della relazione di cura e alle aspettative crescenti dei pazienti.

La riflessione su questo periodo storico della responsabilità medica prima della riforma Gelli-Bianco evidenzia quindi un allineamento progressivo dell'interpretazione delle norme giuridiche con le trasformazioni sociali e culturali. Questo processo mostra come il diritto sia sempre in evoluzione, rispondendo in modo dinamico ai cambiamenti delle relazioni sociali.

In questa prospettiva si colloca anche il ripensamento, profondamente influenzato dalla giurisprudenza, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Tradizionalmente, le obbligazioni del medico derivanti da contratti d'opera professionale sono state classificate come obbligazioni di mezzi, in opposizione alle obbligazioni di risultato, una distinzione che, pur non essendo formalmente codificata nel nostro sistema giuridico e derivando dalla dottrina francese, è stata ampiamente utilizzata<sup>5</sup>.

passivo rispetto al quale le scelte del sanitario erano determinanti anche nei casi in cui fosse in gioco una valutazione sulla qualità della vita.

<sup>5</sup> Il dibattito in ordine alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha origini risalenti. Cfr. F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 100 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, *ivi*, 1918, pp. 345 ss., spec. 424 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, p. 90 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 111 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza, buona fede e attuazione del rapporto*, Milano, 1968, p. 107; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 45 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 60 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1277 ss.

Per le riflessioni meno risalenti si rinvia a G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno svoltosi a Treviso 23-25 marzo 2006 per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Padova, 2006, p. 141; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 83 s.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 509 s.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, p. 891 s.; A.P. UGAS, in A.P. UGAS - F.M. BANDIERA, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. Cagnasso e A.

Il ridimensionamento di questa distinzione si è manifestato inizialmente con l'introduzione, ad opera della giurisprudenza, di presunzioni di colpa del medico che hanno finito con l'invertire l'onere della prova. Questo cambiamento è stato espresso nella sentenza della Cassazione del 21 dicembre 1978, n. 6141<sup>6</sup>, secondo la quale, in presenza di un intervento considerato *routinario*, il mancato raggiungimento del risultato atteso presuppone la colpa del medico, semplificando così l'onere probatorio a carico del paziente, che deve dimostrare soltanto la *routine* dell'intervento e il risultato negativo, spettando poi al medico provare che l'esito avverso è dovuto a una causa non prevedibile e non imputabile a lui.

Questa linea giurisprudenziale è stata ulteriormente rafforzata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533<sup>7</sup>, che ha introdotto un principio unificante per quanto riguarda l'onere della prova. In questa decisione si afferma che, indipendentemente dalla natura dell'obbligazione (di mezzi o di risultato), l'onere della prova grava sul soggetto che si trova in posizione migliore per fornirla. Di conseguenza, il medico deve dimostrare di aver adempiuto diligentemente al suo dovere, mentre il paziente deve semplicemente indicare l'inadempimento, senza la necessità di provare ulteriormente il nesso causale materiale tra l'inadempimento e il danno subito.

Questi sviluppi riflettono l'intenzione della giurisprudenza di accrescere la tutela del paziente.

Sulla base di quanto evidenziato la situazione che si è delineata e consolidata in giurisprudenza prima della riforma Gelli-Bianco può così sintetizzarsi:

---

Vallebona, IV, Torino, 2014, p. 639; M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, p. 1 ss.; Cfr. B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, p. 16 ss.

<sup>6</sup> Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur.it.*, 1979, I, 1, c. 953; e in *Foro it.*, 1979, I, c. 4.

<sup>7</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*; in *Contr.*, 2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Studium iuris*, 2002, p. 389, con nota di M. FARNETI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707, con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri*

1) abbandono dell'orientamento tradizionale che differenziava la responsabilità del medico dipendente da quello libero professionista;

2) contrattualizzazione della responsabilità medica;

3) affievolimento, sotto il profilo dell'onere della prova, della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale;

4) superamento, sotto il profilo probatorio, della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato.

Ad una prima lettura degli esiti raggiunti in tema di responsabilità medica potrebbe esprimersi una piena e comprensibile soddisfazione per la tutela crescente riconosciuta al paziente. Tuttavia, ad un esame più ponderato, emerge chiaramente una nuova asimmetria nel rapporto di cura che, mentre all'inizio era nettamente sbilanciato a favore del medico, in conseguenza delle scelte operate dalla giurisprudenza, appare ora nettamente sbilanciato a favore del paziente.

Queste constatazioni hanno dunque indotto il legislatore ad intervenire sulla materia al fine di superare le criticità appena rappresentate.

### **3. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA DOPO LA RIFORMA GELLI-BIANCO**

L'adozione della legge Gelli-Bianco rappresenta una svolta significativa nel quadro della responsabilità medica in Italia, riflettendo un cambiamento profondo nei paradigmi socio-culturali che

*di razionalità economica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 355, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*; in *Dir. giust.*, 2001, p. 24, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1569, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite compongono un contratto e ne aprono un altro*.

Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 s., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, p. 871 s.; con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; *ivi*, p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*.

tradizionalmente hanno governato il campo. La reintroduzione di un sistema di responsabilità duale, distinto tra il medico dipendente e il libero professionista, è in funzione, tuttavia, di finalità nettamente differenti rispetto al passato<sup>8</sup>.

Il disegno legislativo della legge Gelli-Bianco si articola attorno a diversi obiettivi strategici: enfatizzare la gestione e la prevenzione del rischio sanitario, spostare il carico del rischio sulla struttura sanitaria piuttosto che sull'individuo medico, proteggere i professionisti sanitari da un eccesso di cause legali, e ridurre il contenzioso e la pratica della medicina difensiva. Questi scopi sono ricavati da una lettura complessiva della riforma, dove un ruolo indubbiamente centrale riveste l'articolo 7 della legge.

Questo articolo prevede una responsabilità contrattuale per il medico libero professionista e per la struttura ospedaliera, mentre introduce una responsabilità extracontrattuale per i professionisti che operano come dipendenti della struttura<sup>9</sup>. Tale distinzione ha un'importanza cruciale per la gestione delle aspettative dei pazienti in vista del ristoro della lesione conseguenti all'errore sanitario.

La giurisprudenza precedente alla riforma, inclusa quella assunta in risposta alla legge Balduzzi, ha mostrato una tendenza a interpretare il regime

di responsabilità in modo tale da preservare la contrattualizzazione della responsabilità medica. Per esempio, la sentenza della Cassazione del 17 aprile 2014, n. 8940<sup>10</sup>, ha letto l'articolo 3 della legge Balduzzi in modo tale da non alterare la natura della responsabilità medica, sostenendo che la legge non intendeva incidere su di essa ma si limitava ad escludere la colpa lieve, senza configurare la responsabilità del sanitario quale extracontrattuale.

Tuttavia, la chiara specificazione nell'articolo 7 della Gelli-Bianco elimina ogni ambiguità, confermando l'introduzione di un regime duale con specificazioni ben definite, rimarcando peraltro l'impossibilità di derogare da questo nuovo schema normativo con la previsione del carattere imperativo delle disposizioni in essa dettate.

L'introduzione di questa bipartizione normativa ha sollevato questioni significative sul livello di tutela effettivamente garantito ai pazienti, evidenziando una potenziale area di tensione tra la necessità di proteggere i medici e l'obiettivo di assicurare una giusta compensazione per i danni subiti dai pazienti. Mentre la dottrina sul punto è divisa<sup>11</sup>, la giurisprudenza, preso atto delle scelte del legislatore, ha inteso rimarcare il suo ruolo centrale con le decisioni dell'11 novembre del 2019 le c.d. sentenze di San Martino<sup>12</sup>. Si tratta di decisioni

<sup>8</sup> Sul punto cfr. A.M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 467, la quale sottolinea come il ripristino del doppio regime di responsabilità risponda «ad una ratio profondamente diversa» rispetto a quella che aveva giustificato la medesima scelta in precedenza.

<sup>9</sup> L'art. 7, rubricato «Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria», prevede testualmente, per la parte che ci interessa:

**1.** La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile delle loro condotte dolose o colpose.

**2.** La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

**3.** L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del

codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

<sup>10</sup> Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 909; in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 803; in *Foro it.*, 2014, I, c. 1413.

<sup>11</sup> In senso favorevole alla distinzione del regime di responsabilità della legge Gelli cfr. B. MARUCCI, *op. cit.*, p. 118 s., secondo la quale la scelta del doppio regime di responsabilità è il «frutto di una valutazione che tiene conto di una serie di fattori, di natura sia sostanziale sia processuale, all'interno di un quadro complesso e organico che caratterizza [...] il neo provvedimento»; A.M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, cit., p. 461 ss.; posizione ribadita in EAD, *La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Jus civ.*, 2022, p. 814 s.; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 82, secondo cui «il ritorno all'antico» è coerente con le regole del codice in tema di responsabilità e consente di superare la discutibile ed eccentrica teoria del contatto sociale.

<sup>12</sup> All'analisi delle decisioni è dedicato un intero fascicolo tematico del Foro italiano: *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il*

fondamentali giacché rappresentano un tentativo di garantire un'uniformità giurisprudenziale su questioni varie ma decisive nell'ambito della responsabilità sanitaria<sup>13</sup>.

Vista l'impossibilità in questa sede di approfondire i vari e articolati trattati, sembra importante sottolineare gli esiti interpretativi espressi nella sentenza della Cassazione dell'11 novembre 2019 n. 28994<sup>14</sup> con riguardo alla retroattività delle norme della riforma in tema di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

In particolare, questa decisione ha affrontato il tema della retroattività dell'articolo 7, comma 3, della legge. La Cassazione ha chiarito che tale disposizione non può essere applicata retroattivamente a eventi accaduti prima della sua entrata in vigore proteggendo così il legittimo affidamento basato sulle norme precedenti. Dunque, solo per le fattispecie successive sarà possibile applicare il regime di responsabilità extracontrattuale ai medici libero professionisti, per quelle antecedenti

---

*nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. Pardolesi, in *Foro it. – Gli Speciali*, 2020.

<sup>13</sup> Con tali decisioni si persegue l'obiettivo di orientare e stabilizzare le future sentenze nel settore, assicurando così interpretazioni e applicazioni della legge uniformi. Tali decisioni sono state etichettate come decisioni caratterizzate da una funzione nomofilattica selettiva e preventiva: selezionano le questioni più rilevanti per stabilire un precedente e mirano a guidare le decisioni future, consolidando interpretazioni uniformi e coerenti.

Cfr. le considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restate-ment" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 2 (Introduzione al volume), E. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla "deriva della Cassazione"*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 422; R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa* (nota a Cass., 10 dicembre 2019, n. 32124), in *Foro it.*, 2020, I, c. 163.

<sup>14</sup> Per un primo commento cfr. M. MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica in Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., p. 394 ss.

<sup>15</sup> Rileva M. MARGLIULO, *op. cit.*, p. 397, che, a ben vedere, non si è in presenza di una «ipotesi di una successione di «leggi» nel tempo, poiché non è stata introdotta per via legislativa una nuova fattispecie astratta entro la quale sussumere la responsabilità professionale medica: oggetto delle previsioni in

continuerà ad applicarsi la disciplina della responsabilità contrattuale basata sul c.d. «contatto sociale»<sup>15</sup>.

Ad oggi, pertanto, bisogna operare una fondamentale distinzione in ragione del momento in cui i fatti si sono verificati con la sostanziale presenza, in questa fase di transizione, della contestuale applicazione di linee giurisprudenziali diverse. Evidente, dunque, che la portata innovativa sul piano applicativo potrà valutarsi solo confrontando fattispecie assoggettate al nuovo regime introdotto con la riforma.

Con riguardo al tema centrale del nesso causale, l'introduzione della doppia linea causale con la sentenza del 26 luglio 2017<sup>16</sup>, confermata nelle due sentenze della Cassazione dell'11 novembre, nn. 28992 e 28991<sup>17</sup> suscita non poche perplessità, e giustifica pienamente le critiche che sono state mosse. In ogni caso, nonostante il tentativo di superare le obiezioni sollevate con le ultime due sentenze richiamate, i dubbi non possono dirsi dissolti<sup>18</sup>.

questione è, infatti, l'inquadramento giuridico della responsabilità professionale medica entro fattispecie legali già presenti nel nostro ordinamento; la disciplina che viene in questione è pur sempre quella dettata dal codice civile in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». L'A., tuttavia, precisa che pur in assenza di conflitto tra norme «il principio da cui muovere resta, comunque, quello della irretroattività».

<sup>16</sup> Cass., 26 luglio, 2017, n. 18392, in *I nuovi orientamenti della Cassazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 529 ss.; e in *Foro it.*, 2018, I, c. 1348. Secondo la ricostruzione prospettata, per usare testualmente le parole della Corte, si deve distinguere tra il ciclo causale «relativo all'evento dannoso, a monte» e quello «relativo all'impossibilità di adempiere, a valle». Sulla base di tale distinzione si stabiliva come doveva essere ripartito il carico probatorio. In particolare, il ciclo causale «relativo all'evento dannoso» doveva «essere provato dal creditore/danneggiato», quello «relativo alla possibilità di adempiere» doveva «essere provato dal debitore danneggiante», con la conseguenza che «la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere».

<sup>17</sup> Le decisioni possono leggersi in *Responsabilità sanitaria in Cassazione. Il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 129 ss.

<sup>18</sup> Di «correzioni di tiro (...) contenute al minimo sindacale» parlano R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, c. 136 ss., secondo i quali «lo sforzo ricostruttivo si rivela, per chi voglia prestare un minimo di attenzione, assai posticcio»; C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità*

#### 4. L'ATTUAZIONE INCOMPLETA DELLA RIFORMA E L'IPOTESI DI UN NUOVO INTERVENTO NORMATIVO

La legge Gelli-Bianco non è stata pienamente attuata. Dunque, sebbene non si ritiene di condividere le posizioni critiche che ravvisano in essa un "ritorno al passato"<sup>19</sup>, è indubbio che la sua applicazione solo parziale ha avuto un impatto significativo sulla efficacia complessiva dell'intervento. Solo di recente è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 51 del 1 marzo 2024, ed entrato in vigore dal 16 marzo 2024, il Decreto interministeriale del 15 dicembre 2023, n. 232, ossia il Regolamento recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio e le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di

*medica*, cit., p. 889 ss., il quale, pur apprezzando il ripensamento operato dalla Corte sull'onere della prova nella responsabilità per inadempimento, non trova una giustificazione, né sul piano dogmatico né su quello della disciplina positiva, alla scelta di dettare una particolare disciplina per le obbligazioni di fare professionale. Di diverso parere F. MACARIO, *Prova del nesso causale (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 162, secondo cui, nel ritornare sul tema della prova del nesso di causalità, la Cassazione offre una «pregevole motivazione, che in modo convincente ed esaustivo (come si addice a una sentenza di legittimità, intesa a 'fare il punto', come si usa dire), riesce a fissare i tratti essenziali della questione, anche in risposta ad alcune delle obiezioni rivolte in sede di annotazione delle precedenti pronunce (sempre provenienti dalla terza sezione civile)».

<sup>19</sup> In senso critico rispetto alla scelta del doppio binario di responsabilità, cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 559. Sul punto v. anche F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, a cura di F. Volpe, Bologna, 2018, p. 117 s.; C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i comotati della responsabilità medica*, in [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it), evidenza come il testo che prevedeva il doppio binario di responsabilità, già prima dell'inizio dell'iter parlamentare, fosse stato sottoposto a numerose riflessioni critiche sia in ordine alla sua costituzionalità che all'adeguatezza della tutela prevista per i pazienti.

assicurazione, nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati<sup>20</sup>. Si tratta di un decreto a lungo atteso che avrà un ruolo centrale nel settore<sup>21</sup>.

Se questo decreto rappresenta un significativo passo in avanti verso una completa applicazione della riforma i ritardi nell'attuazione, la scarsa chiarezza nella formulazione di alcune norme, problemi strutturali non risolti, hanno reso necessaria una nuova riflessione. In questo contesto non sembra casuale la istituzione di una Commissione Nazionale sulla colpa medica ad opera del Ministro Nordio il 28 marzo 2023, con la quale si apertamente una nuova riflessione sul tema. La Commissione, che ha terminato i lavori, ha analizzato l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale e individuato i punti critici della legge Gelli-Bianco allo scopo di

<sup>20</sup> Tra le varie previsioni in esso contenute particolarmente rilevante è la regolamentazione dell'autoritenzione, che permette alle strutture sanitarie di gestire autonomamente i rischi e i sinistri, evitando di ricorrere al mercato assicurativo. Questo aspetto mira a rispondere alla difficoltà che le strutture sanitarie incontrano nel trovare copertura assicurativa adeguata a causa della crescente medicina difensiva e dell'incremento dei costi dei risarcimenti. Il decreto ha anche definito le modalità con cui le strutture possono conformarsi alle nuove disposizioni, prevedendo un periodo di transizione di 24 mesi. Durante questo periodo, le strutture devono rivedere le loro polizze assicurative per garantire che rispettino i nuovi standard previsti. In sintesi, il decreto attuativo si inserisce in un contesto più ampio di riforme nel settore della responsabilità sanitari e cerca di armonizzare le esigenze di protezione dei pazienti con la sostenibilità operativa delle strutture sanitarie, attraverso una gestione più accurata e autonoma dei rischi.

<sup>21</sup> Per una prima lettura critica del decreto v. M. HAZAN, F. MARTINI, M. RODOLFI, *Il decreto attuativo della legge Gelli-Bianco. Commento al d.m. 15 dicembre 2023 (G.U. marzo 2024, n. 51)*, Milano, 2024. Cfr. F. TORLASCO, *Riflessioni a margine del decreto attuativo della Legge Gelli-Bianco, con particolare riguardo ai risvolti processualpenalistico della previsione dell'azione diretta*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) (25 marzo 2024), la quale, in apertura del discorso, sottolinea come esso «conferisce piena attuazione alla regolamentazione degli aspetti di responsabilità derivanti dall'esercizio della professione sanitaria (...) in un delicato bilanciamento tra le esigenze di tutela del paziente danneggiato e la necessità di arginare il fenomeno patologico della medicina difensiva».



proporre le modifiche da apportare<sup>22</sup>. Tra i principali problemi permane l'esigenza di ridurre il ricorso alla medicina difensiva e alle conseguenze negative del suo ampio impiego

Allo stato, dunque, non resta che attendere quali saranno gli strumenti correttivi introdotti effettivamente alla legge Gelli-Bianco, e come la giurisprudenza si attingerà per garantire la piena attuazione sul piano applicativo degli obiettivi perseguiti dal legislatore. Verso il decennale dall'introduzione della riforma e del tentativo della giurisprudenza di garantire una uniformità giurisprudenziale, la storia della responsabilità medica riserverà ancora molti spunti di riflessione, a dimostrazione della difficoltà di trovare un punto di equilibrio ed un bilanciamento soddisfacente tra i diritti dei pazienti e quelli degli operatori del settore sanitario.

---

<sup>22</sup> La Commissione Nazionale ha presentato il 25/11/2024 una relazione finale contenente le proposte di

modifica alla legge Gelli-Bianco in ambito penale e civile, ora da sottoporre all'esame del Parlamento.



## L'INDAGINE SULLA CAUSA CONCRETA NELLA VALUTAZIONE DI LICEITÀ DEL SALE AND LEASE BACK

di **Valentina VITI\***

### ABSTRACT

*Lo scritto si incentra sul tema della liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio, con lo scopo di svolgere alcune considerazioni in merito al vaglio della causa concreta dei negozi che compongono l'operazione, nell'ambito di una riflessione che non può prescindere dalla opportuna valutazione dei connotati propri di una struttura negoziale a forte tipicità sociale.*

*The text focuses on the lawfulness of sale and lease back agreements in light of the prohibition of the commissory pact, aiming to offer some considerations regarding the scrutiny of the concrete cause of the transactions that make up the operation. This reflection necessarily involves a proper evaluation of the specific characteristics inherent in a contractual structure with strong social typicity.*

### SOMMARIO

- 1. La questione della liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio ..... 25**
- 2. L'orientamento della giurisprudenza 26**
- 3. Le posizioni della dottrina ed il ruolo riconosciuto alla causa concreta..... 27**
- 4. Struttura e funzione nel sale and lease back. Il lease back "anomalo" ..... 29**

\* Ricercatrice di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia.

<sup>1</sup> Sulle caratteristiche del *sale and lease back* cfr., fra gli altri, R. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring, locazione finanziaria*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1999, p. 223 ss.; M. VARRONE, *Leasing finanziario e sale and lease back*, in *Impresa, amb. e pubbl. amm.*, 1975, p. 657; M. BUSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 558 ss.; ID., *I singoli contratti*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, p. 372 ss.; G. DE NOVA, *Il lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 203; ID., *Identità e validità del lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 471; E. ROPPO, *Il lease back tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 522; L. FANAN, *Lease back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, I, p. 779 ss.; G. CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. it.*, 2005, 5, p. 927 ss.

### 1. LA QUESTIONE DELLA LICEITÀ DEL SALE AND LEASE BACK ALLA LUCE DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO

Il *sale and lease back* (o *leasing* di ritorno) si configura come quell'operazione economica attraverso cui un contraente, più precisamente un'impresa o un lavoratore autonomo, vende un proprio bene strumentale ad una società di finanziamento, la quale, a sua volta, contestualmente lo concede in *leasing* all'alienante verso la corresponsione di un canone periodico e con facoltà per quest'ultimo di riacquistare alla scadenza del contratto la proprietà dello stesso bene esercitando un diritto di opzione mediante il pagamento di un prezzo predeterminato<sup>1</sup>. Le peculiarità di questa variante di *leasing* finanziario, principalmente riconducibili alla circostanza che il soggetto che vende il bene all'impresa finanziaria non è un terzo fornitore, bensì colui che ne diverrà utilizzatore e che chiaramente, attraverso tale operazione, tenta di far fronte, nell'ambito della propria attività, ad un'esigenza di liquidità, senza privarsi della materiale disponibilità del bene alienato<sup>2</sup>, hanno da subito posto un problema

<sup>2</sup> Si suole evidenziare quale tratto distintivo del *lease back* rispetto alla locazione finanziaria la bilateralità dell'operazione in luogo della trilateralità che caratterizza la seconda, cfr., in merito, A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 306. Tuttavia, per una svalutazione della trilateralità quale requisito necessario della locazione finanziaria anche alla luce della definizione di *leasing* finanziario fornita dallo stesso legislatore italiano nell'art. 17, 2° comma, l. n. 183/1976, si veda G. GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 465; V. BUONOCORE, voce *Leasing*, in *Noviss. Dig. It.*, App. IV, Torino, 1983, p. 804; G. FERRARINI, *La locazione finanziaria («Leasing»)*, in P. Rescigno (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1984, p. 7; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 65. Sul *lease back* quale operazione trilaterale «in quanto la circostanza che lo stesso soggetto cumuli fisicamente la qualità di venditore e di utilizzatore in *leasing* non incide sul ruolo di intermediario finanziario del

di esatta qualificazione della fattispecie, sollevando il sospetto che con esso in concreto potesse realizzarsi un'operazione di finanziamento assistita da un trasferimento in proprietà con funzione di garanzia<sup>3</sup> ed il conseguente dubbio circa la sua validità alla luce del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.<sup>4</sup>. Il nodo centrale su cui negli anni la giurisprudenza è stata indotta a convogliare la propria attenzione ha riguardato, in particolare, l'individuazione della funzione che nello schema negoziale in discorso debba ritenersi perseguita attraverso il contratto di compravendita. Quello che, allo stato attuale, deve individuarsi come il punto d'approdo in merito raggiunto, come si cercherà di spiegare, può essere apprezzato, anche alla luce di alcuni più recenti arresti giurisprudenziali, per l'opportuna valorizzazione dell'autonomia e della specificità strutturale e funzionale della figura,

concedente né sui contratti di vendita e di locazione finanziaria funzionalmente collegati tra loro che modificano appunto la natura del diritto in base al quale lo stesso soggetto dispone giuridicamente del bene, prima come proprietario poi come detentore», cfr., R. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring, locazione finanziaria*, cit., p. 229.

<sup>3</sup> Laddove il corrispettivo della vendita rappresenterebbe in realtà la somma mutuata, il trasferimento della proprietà in capo all'impresa di *leasing* risponderebbe ad una funzione di garanzia del rimborso del mutuo da attuarsi attraverso la corresponsione dei canoni, con possibile riacquisto del bene in caso di adempimento ed esercizio dell'opzione da parte dell'utilizzatore/mutuatario ovvero, per l'ipotesi di inadempimento da parte di quest'ultimo, consolidamento dell'acquisto in capo al concedente/mutuante.

<sup>4</sup> Sulla problematica cfr., *ex multis*, G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease back"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 457; L. TESTINI, *"Lease back" e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, I, p. 584; V. CARBONE, *Lease back e patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 1365; C. CHESSA, *"Sale and lease back": qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, 2, p. 669; S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, 1, p. 1381; R. CLARIZIA, *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento fiscale del "lease back"*, in *Corr. giur.*, 1998, I, p. 1040; G. LI VIGNI, *Il "sale and lease back" dopo la sentenza della Cassazione n. 10805/95: aspetti civili e fiscali*, in *Vita not.*, 1997, p. 144; M. GRONDONA, *Funzione di garanzia, "lease back" e trasferimenti vietati*, in *Notariato*, 1998, I, p. 171; A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 489; I. RIVA, *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1, p. 300; A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, cit., p. 306;

elementi su cui si intende soffermarsi a riflettere nelle pagine di questo scritto.

## 2. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA

Da più di vent'anni una giurisprudenza consolidata, prendendo le mosse dalla ricostruzione del *sale and lease back* quale operazione economica complessa, socialmente tipica, rispondente alla particolare esigenza, propria dell'attività imprenditoriale, di ottenere, a fini di potenziamento dei fattori produttivi di natura finanziaria, immediata liquidità mediante l'alienazione di un bene strumentale e non facilmente collocabile sul mercato conservando di questo l'uso e con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto, è venuta ad affermare che la vendita alla società finanziaria, primo momento dell'unitaria operazione, non

G. CASSANO, *Contratto di leasing, leasing di godimento, leasing traslativo, sale and lease back e divieto di patto commissorio*, in *Vita not.*, 2003, 2, p. 1047; M. LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, in *Giur. it.*, 2007, 8-9, p. 1956; C. SALVATORE, *Il controverso rapporto tra sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 2006, 6, p. 1575 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Il lease back e il divieto del patto commissorio ancora al vaglio della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2007, 6, p. 526 e ss.; F. LOTTA, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, 3, p. 356 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Lease back e divieto di patto commissorio: un confronto tra le due figure*, in *Contratti*, 2013, 5, p. 489 ss.; E. BRIGANTI, *Sussistenza del patto commissorio nel contratto di sale and lease back*, in *Notariato*, 2015, 1, p. 77 ss.; G. DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, p. 1136 ss.; M. NATALE, *Lease back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, p. 1595 ss.; F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 489 ss.; P. LAGHI, *L'effetto legittimante della proporzionalità nel contratto di sale and lease back tra meccanismi convenzionali e «giusto rimedio»*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 4, p. 1244 ss.; P. LAGHEZZA, *Sale and lease back e patto commissorio*, in *Foro it.*, 2017, 11, c. 3395 ss.; sia consentito, V. VITI, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciari*, in *Corr. giur.*, 2017, 12, p. 1504 ss.; F. CARIMINI, *Il contratto di sale and lease back: finanziamento, garanzia ed esigenze del mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, p. 1532 ss.; A. BUCCELLI, *«Accesso» ai beni d'impresa, fabbisogno finanziario e lease back*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 3, p. 732 ss.; R. GIUFFRÈ, *Sale and lease back e patto commissorio*, in *Società*, 2023, 12, p. 1427 ss.; V. TAMPANO, *Il sale and lease back oltre i confini del divieto del patto commissorio*, in *Contratti*, 2024, 1, p. 11 ss.

risulti piegata “a scopo di garanzia”, quale accessorio di un preesistente o concomitante mutuo, ma costituisca necessario presupposto per la concessione del bene in *leasing*. Una vendita, dunque, “a scopo di *leasing*”, parte di un complessivo schema negoziale che, nel suo fisiologico operare, viene, a dire dei giudici, a diversificarsi dalle alienazioni in garanzia collegate ad un mutuo, pur in presenza di assonanze fra i rispettivi astratti schemi negoziali, in virtù del particolare e ben definito contesto socio-economico nel quale risulta inserita e tipizzata, con conseguente generale non riferibilità ad essa del divieto di cui all’art. 2744 c.c.<sup>5</sup>. Tuttavia, proprio le richiamate assonanze, sono state ritenute potenzialmente foriere di utilizzi della locazione finanziaria di ritorno devianti rispetto alla sua normalità socio-tipica e collegati in concreto al perseguimento di una funzione di garanzia, con possibile conseguente illiceità della causa della vendita e dell’intera operazione per violazione (o elusione) del divieto di patto commissorio<sup>6</sup>, laddove determinanti per l’individuazione di siffatte ipotesi di c.d. *lease back* “anomalo” sono risultati una serie di indici rivelatori, la cui sussistenza, a quanto si legge in un nutrito numero di pronunce, deve essere accertata caso per caso. Ne è seguita l’enucleazione di svariati

<sup>5</sup> La prima presa di posizione in tal senso si deve a Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1382. In precedenza, alcune Corti di merito si erano espresse contrariamente affermando una ontologica illiceità dell’operazione di *lease back*, cfr., in merito, Trib. Verona, 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Roma, 7 maggio 1990, in *Temì Rom.*, 1990, p. 137; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 786; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 427; App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. giur. Sarda*, 1994, p. 301; Trib. Cosenza, 14 febbraio 1994, in *Impresa*, 1995, p. 2090. Nell’ambito, invece, del descritto consolidato orientamento, cfr., *ex multis*, Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 668; Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3586; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1039; Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 339; Cass., 11 giugno 2003, n. 9324, in *Contratti*, 2003, 12, p. 1156; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, p. 924; Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1019; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Giur. it.*, 2007, 8-9, p. 1953; Cass., 9 settembre 2014, n. 18920, in *www.diritto&giustizia.it*; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, 4, p. 399 ss., in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2341 ss. e in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 489 ss.; Cass., 10 maggio 2017, n. 11449; Cass., 6 luglio 2017, n. 16646, in *Corr. giur.*, 2017, 12,

elementi sintomatici di “anomalia” potenzialmente ricorrenti nello schema in esame, spazianti dall’assenza di uno o più dei connotati caratterizzanti il suo socio-tipo (qualità delle parti contraenti, natura strumentale del bene venduto, omogeneità dei criteri di determinazione del prezzo di vendita, dei canoni e del prezzo di opzione, conformità delle condizioni di contratto a quelle generalmente praticate per un *leasing*) alla presenza di una serie di condizioni, così enumerate: una situazione di credito-debito, preesistente o concomitante alla vendita, fra la società concedente e l’impresa venditrice-utilizzatrice; difficoltà economiche di quest’ultima, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo pattuito e corrisposto<sup>7</sup>.

### 3. LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA ED IL RUOLO RICONOSCIUTO ALLA CAUSA CONCRETA

La medesima sensibilità rispetto alle peculiarità funzionali e strutturali del *sale and lease back* è stata mostrata dalla dottrina maggioritaria, la quale, ancor prima che il riferito orientamento

p. 1502; Cass., 11 settembre 2017, n. 21042; Cass., 28 maggio 2018, n. 13305; Cass., 17 giugno 2022, n. 19694; Cass., 8 giugno 2023, n. 16367; Cass., 4 ottobre 2023, n. 28034; Cass., 3 novembre 2023, n. 30702.

<sup>6</sup> In merito all’illiceità del c.d. *lease back* anomalo, le posizioni della giurisprudenza di legittimità oscillano fra affermazioni di nullità *ex art.* 1344 c.c. in relazione all’art. 1418, 2° comma, c.c., volte ad individuare nell’operazione negoziale in questione il mezzo per eludere il divieto di cui all’art. 2744 c.c. (in tal senso, ad esempio, cfr., Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, cit. e Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, cit.), e statuizioni in base alle quali sarebbe corretto parlare non di elusione, bensì di violazione del divieto del patto commissorio, in quanto l’atipicità legale del contratto in esame lo renderebbe «in concreto idoneo a perseguire scopi direttamente vietati da norme imperative, caratterizzandosi quindi come operazione economica a causa illecita *ex art.* 1343 c.c.» (in tali termini, Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.).

<sup>7</sup> Per una rassegna della casistica giurisprudenziale in tema di indici rivelatori dell’intento di garanzia nel *lease back* si rinvia a A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., p. 501 ss.; A. BUSANI, *Discrezionalità del lessor nella determinazione del prezzo di vendita al lessee del bene oggetto di leasing back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 48 ss.



giurisprudenziale si affermasse, rimarcando alcuni tratti caratteristici della fattispecie del *leasing* di ritorno, quali l'inesistenza di un precedente credito da garantire, la strumentalità della vendita rispetto alla successiva locazione finanziaria e, ancora, l'assenza di automatismo nel riacquisto del bene e, dunque, la sua eventualità con necessità di erogazione di una ulteriore somma, ha sottolineato come il trasferimento della proprietà nell'operazione in discorso non abbia in astratto lo scopo di garantire l'adempimento di un'obbligazione del debitore-venditore, bensì sia preordinato alla successiva concessione in *leasing* del bene a tale soggetto<sup>8</sup>. L'opinione dottrinale a tutt'oggi dominante, dunque, si mostra concorde con i giudici di legittimità nell'affermare la generale liceità del modello astratto di *lease back* e nell'ammettere contestualmente la possibilità che attraverso lo schema negoziale in questione le parti intendano in concreto realizzare una alienazione con causa di garanzia (con conseguenti possibili ripercussioni in relazione al divieto di cui all'art. 2744 c.c.), il cui accertamento dovrà essere dal giudice (di merito) effettuato in ogni singolo caso alla luce della ricorrenza di indici sintomatici e anomalie rispetto allo schema tipico dell'operazione<sup>9</sup>.

Non può, tuttavia, sottacersi come rispetto a tale impostazione non siano mancate differenti prese di posizione, con le quali, appuntando

l'attenzione sullo stringente nesso di strumentalità tra trasferimento del bene e concessione dello stesso in *leasing*, nonché sul collegamento fra riacquisto della proprietà e vicende del rapporto di finanziamento, si è sostenuta l'impossibilità di leggere l'operazione in discorso in termini diversi da quelli di un mutuo con annessa alienazione in garanzia<sup>10</sup>. Secondo tale diversa opinione, in particolare, nello schema del *sale and lease back* il trasferimento del bene sarebbe indefettibilmente e fisiologicamente portato a svolgere una funzione di garanzia e ciò particolarmente per il modo in cui nella fattispecie verrebbero ad atteggiarsi gli interessi dei soggetti coinvolti. Da una parte, infatti, il venditore-utilizzatore si rivolgerebbe alla società di *leasing* non certo perché questa gli fornisca un bene (di cui è già proprietario e possessore), bensì per conseguire una immediata liquidità proprio attraverso la cessione di quel bene di cui ha ancora bisogno; dall'altra parte, invece, il concedente non avrebbe certo interesse ad acquistare il suddetto bene al fine di utilizzarlo secondo le sue tipiche potenzialità e, difatti, non andrebbe ad acquisirne la materiale disponibilità<sup>11</sup>.

Si può rilevare come entrambe le riferite opinioni, pur attraverso percorsi ed esiti divergenti, attribuiscono valore determinante alla considerazione degli interessi concretamente dedotti dalle parti nella negoziazione e, dunque, ad un'indagine

<sup>8</sup> Fra gli altri, cfr., G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 68; M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, cit., p. 558; G. CESARO, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1986, p. 790; R. CLARIZIA, *Lease back e operazioni inesistenti*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 521; A.C. PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 57; D. MAFFEIS, *Analisi in astratto e in concreto della validità del «lease back»*, in *Contratti*, 1994, p. 440.

<sup>9</sup> Di controllo che il giudice ordinario dovrà svolgere di volta in volta valutando se il contenuto economico e giuridico del contratto, nonché la sua causa siano identificabili con quelli propri della vendita ovvero con una diversa funzione di garanzia, parla R. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring, locazione finanziaria*, cit., p. 229. Per tale orientamento ancora, *ex multis*, cfr. V. BUONOCORE, voce *Leasing*, cit., p. 809; A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., p. 498 ss.; G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, cit., p. 457 ss.; R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale and lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 535; S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., p. 1384.

<sup>10</sup> Cfr., fra gli altri, A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, cit., p. 309 ss.; M. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004, p. 11 ss.; ID., *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, cit., p. 1960.

<sup>11</sup> M. LASCIALFARI, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 12 ss.; ID., *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, cit., p. 1960. La maggior parte degli autori appartenenti a tale minoritaria corrente non giungono, tuttavia, come si potrebbe pensare, ad affermare la costante nullità per illiceità della causa del *sale and lease back*, recuperando margini di validità per tale operazione attraverso un approfondito studio ed una particolare ricostruzione in tema di alienazioni in garanzia e di *ratio* e portata applicativa del divieto di cui all'art. 2744 c.c. Per tale percorso si veda, fra gli altri, A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, cit., p. 312 ss.; M. LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, cit., p. 1958 ss.



sulla causa concreta. La prima, nel senso di riconoscere la possibilità che da una valutazione di tali interessi emergano elementi in grado di sconfessare quella generale liceità che si ritiene di dover riconoscere al modello astratto di *lease back* quale operazione socialmente tipica. La seconda, nel ritenere sempre ed inevitabilmente ricorrenti nello schema negoziale in esame interessi che non possano che indirizzarsi verso la concreta funzione di garantire attraverso una alienazione un'operazione di finanziamento.

#### 4. STRUTTURA E FUNZIONE NEL SALE AND LEASE BACK. IL LEASE BACK “ANOMALO”

L'opzione che si ritiene di dover manifestare verso il primo degli indirizzi richiamati si giustifica, a parere di chi scrive, in virtù della necessità ed opportunità che l'analisi degli interessi potenzialmente deducibili dalle parti nell'operazione si svolga avendo riguardo ai peculiari tratti connotanti la medesima operazione quale tipo sociale consolidato e ben definito.

Il sostenere che il *sale and lease back* nel suo schema socialmente tipico, in quanto contratto d'impresa inserito in una precisa realtà economica, non comporti di per sé la realizzazione di una funzione di garanzia attraverso un trasferimento di proprietà può, infatti, bene e meglio comprendersi soffermandosi ad esaminare i profili strutturali dell'operazione e i conseguenti interessi ad essa “fisiologicamente” sottesi. Punto di partenza, il condiviso inquadramento del *leasing* di ritorno entro lo schema del collegamento negoziale, ovvero entro quel fenomeno in virtù del quale fra due o più contratti viene a crearsi un nesso che, nel rispetto della causa e della individualità di ciascuno di essi, indirizza gli stessi verso il perseguimento di un risultato economico complesso, per cui risulta essere intento comune delle parti volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi posti in essere, ma anche, attraverso il loro coordinamento e la loro interdipendenza, la realizzazione di un regolamento unitario di interessi<sup>12</sup>. Orbene, andando a leggere l'operazione di *sale and lease back* alla luce di una siffatta ricostruzione, rinvenendo nella medesima un collegamento negoziale tra i due negozi di cui la stessa

<sup>12</sup> Sul tema del collegamento negoziale ampia è la letteratura giuridica; senza pretesa di completezza, si segnalano i contributi di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss.; G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 67 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, p. 328 ss.; C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, p. 154 ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 375 ss.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 273 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 48 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 342 ss.; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. e giur.*, 1968, p. 837 ss.; G. CASSISA, *In tema di collegamento tra negozi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1537 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 ss.; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 398 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 256 ss.; ID., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997,

II, p. 233 ss.; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127 ss.; S.O. CASCIO e C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, IX; C. DE MARI, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1076 ss.; A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999; A. PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 387 ss.; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000; ID., *La logica del collegamento funzionale tra contratti nell'attuale esperienza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 495 ss.; A. BUONFRATE, voce *Contratti collegati*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. III, I*, Torino, 2007, p. 286 ss.; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 791 ss. e 1167 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass., 10 ottobre 2014, n. 21417, in *Notariato*, 2014, 6, p. 636; Cass., 18 settembre 2012, n. 15640, in *Contratti*, 2013, 4, p. 339; Cass., 26 marzo 2010, n. 7305, in *Corr. giur.*, 2010, 6, p. 725; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, in *Contratti*, 2008, 12, p. 1093; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 2, p. 132; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Contratti*, 2004, 2, p. 118; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, 8-9, p. 1618.



consta, quello di compravendita e quello di *leasing*<sup>13</sup>, può, ad avviso di chi scrive, rilevarsi come, attraverso la dazione di una somma di denaro quale corrispettivo della vendita del bene e la collegata messa a disposizione del bene medesimo in favore del venditore, i contraenti perseguono senz'altro quale risultato complessivo ed unitario quello di finanziare l'impresa utilizzatrice, cioè, tuttavia, non comporta necessariamente e "normalmente" che al trasferimento della proprietà, involto nello schema negoziale in esame, non si ricollegli una funzione di scambio, bensì di garanzia. In altri termini, il riconoscere che alla base dell'intera operazione vi sia uno scopo di finanziamento, chiaramente espresso dal bisogno del venditore-utilizzatore di ottenere liquidità smobilizzando beni strumentali senza però privarsi delle utilità dai medesimi apportate, non significa automaticamente che il bene venduto rappresenti la "garanzia" del finanziamento. Il trasferimento di tale bene, piuttosto, si pone per il *lessee* come termine di scambio, mezzo per conseguire liquidità nell'ambito di un'attività d'impresa, mentre per la società concedente rappresenta non certo una efficace garanzia del finanziamento erogato, bensì il presupposto, lo strumento per lo stesso esercizio della propria attività finanziaria, in un quadro complessivo in cui la lettura degli interessi oggettivizzati dai contraenti nell'operazione negoziale non risponde normalmente a quella riferibile ad una alienazione in garanzia connessa ad un

<sup>13</sup> Di collegamento negoziale fra i contratti che compongono il *sale and lease back* parlano, fra le altre, Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, cit. e Cass., 9 marzo 2011, n. 5583, cit. In dottrina, *ex multis*, cfr. M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, cit., p. 561 ss.; G. CASELLI, *Leasing*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 217; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 51; S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., p. 1384.

<sup>14</sup> L'affermazione da parte della tesi minoritaria di una inevitabile ricorrenza di un trasferimento di proprietà con fine di garanzia nel *sale and lease back* in virtù di una dichiarata coincidenza fra il suo schema negoziale astratto e quello delle alienazioni in garanzia non si ritiene possa essere condivisa, non tenendo una siffatta generalizzata assimilazione bene in considerazione che attraverso schemi negoziali astratti corrispondenti possono concretamente perseguirsi interessi difformi e non attribuendo, in tal modo, al concetto stesso di causa in concreto il rilievo che ormai ad essa deve essere indiscutibilmente riconosciuto.

mutuo<sup>14</sup>. Da una parte, infatti, l'alienante avrà un reale interesse a vendere il bene (il quale, come appena detto, rileva proprio come strumento di scambio per conseguire liquidità e non come oggetto di garanzia) associando a tale interesse quello ad usare ancora la cosa attraverso la sua concessione in *leasing*, mentre non necessariamente ricorrente sarà l'ulteriore interesse, invece generalmente presente nelle dazioni in garanzia, al riacquisto della proprietà, riacquisto che nella fattispecie in discorso non è automatico, potendo anche non realizzarsi a causa dell'eventuale mancato esercizio dell'opzione finale e nonostante l'integrale rimborso del finanziamento attraverso la corresponsione dei canoni periodici<sup>15</sup>. Dall'altra parte, si deve evidenziare come la non ricorrenza di un interesse della società finanziaria ad un utilizzo diretto del bene acquistato non escluda, tuttavia, che un effettivo interesse all'acquisto della proprietà dello stesso sussista, in quanto sarà proprio il conseguimento di tale proprietà a consentire al *lessor* di esercitare un'attività finanziaria, dal medesimo svolta professionalmente, disponendo della cosa con un connesso ritorno economico tanto attraverso la sua concessione in *leasing* quanto, laddove alla scadenza del contratto non vi sia esercizio dell'opzione, attraverso ulteriori impieghi della stessa<sup>16</sup>.

L'aver rilevato come il complessivo perseguimento, attraverso lo schema negoziale del *sale and lease back*, del risultato ultimo del finanziamento del

<sup>15</sup> Sulla difficoltà di rinvenire nel trasferimento del bene che si ha nella locazione finanziaria di ritorno la costituzione di una garanzia in quanto la struttura e funzione della stessa non sarebbe vincolata, quale effetto automatico, al fatto dell'adempimento, bensì all'esercizio di una facoltà da parte del debitore, si veda S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., p. 1387.

<sup>16</sup> Si sottolinea, inoltre, come ulteriore elemento rilevante per supportare la tesi volta a non rinvenire normalmente nel *sale and lease back* una alienazione in garanzia sia rappresentato dalla normale scarsa attitudine del bene oggetto dell'operazione in esame a rappresentare una valida garanzia del finanziamento, soprattutto in considerazione del suo continuo impiego nei cicli produttivi dell'impresa utilizzatrice e della conseguente usura a cui lo stesso è destinato, fattori questi in grado di determinare una progressiva diminuzione nel valore di scambio del bene e una connessa difficoltà nel suo collocamento sul mercato. In merito cfr., S.M. CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, cit., p. 1386.



venditore-utilizzatore non comporti l'attribuzione alla vendita, primo segmento di un'operazione connotante il normale svolgimento dell'attività d'impresa, di una funzione di garanzia e consenta, viceversa, di rinvenire nella stessa la ricorrenza di una causa di scambio entro la quale possono e debbono essere letti gli interessi di entrambi i soggetti coinvolti, non esclude, tuttavia – come sostenuto da giurisprudenza e dottrina maggioritaria richiamate – la possibilità che il medesimo schema venga “concretamente” utilizzato in modo deviante rispetto al modello socialmente tipico e al fisiologico operare dello stesso e venga, in particolare, impiegato con lo scopo di realizzare una alienazione in garanzia. Tale ultimo scopo potrà emergere e dovrà essere accertato con il riscontro di una serie di anomalie rispetto agli elementi soggettivi e oggettivi caratterizzanti il socio-tipo in questione, laddove senz'altro apprezzabile risulta l'avvenuta elaborazione giurisprudenziale di indici sintomatici, a parere di chi scrive ragionevoli e calzanti, fra i quali un indiscutibile rilievo verrà evidentemente assegnato all'elemento della sproporzione fra valore del bene e prezzo pattuito per il suo acquisto. Proprio in merito a tale ultimo aspetto, è bene evidenziare come recentemente la giurisprudenza di legittimità sia

<sup>17</sup> Per tale più recente indirizzo cfr., Cass., 10 maggio 2017, n. 11449; Cass., 28 maggio 2018, n. 13305; Cass., 17 giugno 2022, n. 19694; Cass., 8 giugno 2023, n. 16367; Cass., 6 novembre 2024, n. 28553.

<sup>18</sup> Per comprendere le potenzialità applicative del divieto di cui all'art. 2744 c.c. *al sale and lease back* “anomalo” è necessario tenere in considerazione l'evoluzione a cui negli anni si è assistito nell'interpretazione della portata applicativa della norma. Pur essendo infatti tale disposizione espressamente rivolta a proibire i patti commissori annessi alla concessione di un diritto reale di garanzia, si è ben presto rilevato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, come l'ambito operativo della stessa non potesse non riferirsi anche ai c.d. patti commissori autonomi, nei quali la funzione di garanzia viene realizzata attraverso l'alienazione di beni di per sé liberi da “pesi” volte a collegare il trasferimento del diritto di proprietà in favore del creditore/acquirente al verificarsi dell'inadempimento da parte del debitore/venditore. Nell'ambito di tali fattispecie la giurisprudenza risalente tendeva, tuttavia, in virtù di un'interpretazione ancorata alla formulazione letterale dell'art. 2744 c.c., ad applicare il divieto in questione alle sole convenzioni in cui l'effetto traslativo fosse sospensivamente condizionato al consumarsi dell'inadempimento, ritenendo viceversa sempre lecite quelle vendite in cui il trasferimento del diritto fosse immediato ma risolutivamente condizionato

giunta a superare, con una certa costanza, quell'orientamento, espresso in alcune precedenti pronunce, volto a prospettare la tassatività e la necessaria compresenza, ai fini della prova presuntiva della violazione del divieto del patto commissorio, dei tre indici sintomatici all'uopo elaborati (esistenza di una situazione di debito e di credito tra società finanziaria e impresa venditrice, difficoltà economiche di quest'ultima, sproporzione fra valore del bene e corrispettivo versato)<sup>17</sup>. Una siffatta, più recente, presa di posizione si pone apprezzabilmente nel solco di una opportuna e sempre più ampia valorizzazione del rilievo che l'indagine sulla causa concreta presenta nella valutazione di liceità del *sale and lease back*, evitando rigide e chiuse elencazioni di ipotesi sintomatiche in favore di una maggiore attenzione verso l'effettivo scrutinio della ragione pratica del contratto.

Risulta allora chiaro, all'esito delle riflessioni svolte, come il problema della compatibilità della locazione finanziaria di ritorno con il disposto di cui all'art. 2744 c.c. venga a porsi esclusivamente nel caso in cui, per il riscontro di indici rivelatori della funzione di garanzia svolta dal trasferimento del diritto di proprietà, ci si trovi di fronte ad un c.d. *lease back* “anomalo”<sup>18</sup>, dovendosi, fra l'altro,

all'adempimento (cfr., fra le altre, Cass., 12 maggio 1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, c. 365; Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 52; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681). L'abbandono di una siffatta impostazione e l'accoglimento di un approccio alla norma fondato su una visione funzionalistica della stessa risale ai primi anni '80, quando il Supremo Collegio, poi confermato da una successiva giurisprudenza ormai consolidata, ebbe modo di affermare che il divieto in discorso dovesse ritenersi operante in ogni caso in cui attraverso l'alienazione i contraenti volessero perseguire una funzione di garanzia collegando il trasferimento definitivo della proprietà del bene alle vicende dell'operazione, senza che in merito potesse rilevare né il *nomen iuris* utilizzato né il momento in cui si fosse dispiegato l'effetto reale, in quanto tanto le vendite sottoposte a condizione sospensiva quanto quelle assoggettate a condizione risolutiva, nonostante le loro differenze strutturali, avrebbero potuto essere espressione di una medesima realtà causale (cfr., Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1983, I, c. 212; Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 104 e in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205 e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821; Cass., 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Riv. not.*, 1994, p. 1128; Cass., 7 dicembre 1999, n. 13708, in *Riv. not.*, 2001, p. 458; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in



rilevare – ma senza potersi in tale sede soffermare per ragioni di opportunità sul punto – che anche in tali ipotesi margini di liceità dell'operazione siano tracciabili, come evidenziato da gran parte della dottrina e in recenti pronunce della giurisprudenza<sup>19</sup>, nell'eventualità in cui l'alienazione in garanzia sia accompagnata dalla previsione di un c.d. patto marciano, ovvero di quella convenzione che,

*Giust. civ.*, 2005, I, 5, p. 1251; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, p. 33).

<sup>19</sup> Chiare affermazioni ed argomentazioni in merito all'effetto prodotto dal meccanismo marciano di scongiurare l'illiceità del *lease back* "anomalo" sono contenute, fra le altre, in Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 177 ss.; Trib. Roma, 16 settembre 2008, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1424; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1453 ss.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita Not.*, 2013, 2, p. 719 ss., in cui si è statuito che va esclusa l'illiceità di «costituzioni di garanzie che postulano un trasferimento di proprietà», qualora queste siano integrate da schemi negoziali che eliminano in radice la possibilità di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore che tenda ad acquisire l'eccedenza di valore, «come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del c.d. patto marciano, in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito»; nonché, da ultimo, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

<sup>20</sup> Più precisamente deve trattarsi di una convenzione con cui i contraente stabiliscano in via preventiva che, nel momento in cui la proprietà del bene dovesse consolidarsi a causa dell'inadempimento del debitore nel patrimonio del creditore, il medesimo bene debba essere sottoposto ad una stima peritale entro tempi certi e con modalità volte ad assicurare una valutazione imparziale e che, nel caso di eventuale eccedenza del valore stimato rispetto all'ammontare del credito rimasto insoluto, il creditore sia tenuto a restituire la suddetta eccedenza al debitore. Cfr., sul punto, A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio*, cit., p. 315; M. LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, cit., p. 1962 e in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

<sup>21</sup> La figura del patto marciano, da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina dalle cui elaborazioni è derivata una configurazione consolidata della stessa, ha recentemente ricevuto importanti riconoscimenti normativi che, seppure riguardanti specifiche fattispecie, non possono non rilevare quantomeno ai fini di una generale consacrazione legislativa della ammissibilità e validità della soluzione marciana. Il riferimento è all'art. 48 *bis* del t.u.b., disciplinante un'ipotesi di finanziamento alle imprese garantito dalla previsione convenzionale del trasferimento in favore della banca creditrice della proprietà o altro diritto su un immobile, non avente destinazione di abitazione principale, al momento del verificarsi dell'inadempimento del debitore, all'art. 120 *quinqüesdecies* del

assicurando un meccanismo di verifica della congruenza fra credito insoddisfatto e valore del bene destinato all'acquisizione ed eliminando il rischio di incontrollate appropriazioni da parte del creditore<sup>20</sup>, deve ritenersi, anche alla luce di chiare conferme legislative<sup>21</sup>, in grado di escludere l'illiceità per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. del negozio traslativo con causa di garanzia<sup>22</sup>.

t.u.b., riguardante un'ipotesi di finanziamento al consumatore garantito da ipoteca su un immobile, di cui è dalle parti convenuto il trasferimento alla banca creditrice nel caso di inadempimento, nonché, non quale patto, bensì quale meccanismo "legalmente" previsto, all'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005, disciplinante il c.d. prestito vitalizio ipotecario.

<sup>22</sup> Il patto marciano è stato da tempo preso in considerazione da gran parte della dottrina al fine di affermare la validità delle alienazioni con scopo di garanzia munite dello stesso, cfr., fra gli altri, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 218 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 209 ss.; U. CARNEVALE, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 146 ss.; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 125 ss.; ID., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 217 ss.; L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991, p. 141 ss.; R. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring, locazione finanziaria*, cit., p. 229; A.A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio*, cit., p. 314 ss.; M. LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, cit., p. 1961 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 287 ss. *Contra* V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss.; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 58 ss., secondo cui non si può sostenere la validità di una alienazione in garanzia neanche laddove, come nel caso del patto marciano, sia garantita la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito, non potendo una siffatta previsione supplire all'insufficienza della causa di garanzia a giustificare il trasferimento del bene in proprietà. Più recentemente, sulla figura del patto marciano si veda, G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1453 ss.; M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, cit., p. 1595 ss.; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, 8-9, p. 823 ss.; A. CHIANNALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, 4, p. 751 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, p. 908 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 10 ss.; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto*

---

del) patto commissorio e patto marciano, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, p. 735 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, p. 1 ss.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, 3, p. 591 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 12, p. 1857 ss.; R. FRANCO,

*Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 2, p. 265 ss.; M. GENOVESE, *Il patto marciano: evoluzione giurisprudenziale e prospettive de iure condendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 4, p. 593 ss.

**LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO**di **Marino IANNONE\*****ABSTRACT**

*La riforma Cartabia ha valorizzato la mediazione civile, anche attraverso l'invito del giudice alle parti di una composizione bonaria prima della decisione. Il contributo offre un commento all'ordinanza resa dalla Corte di Appello di Napoli in un giudizio civile con cui il Collegio demanda le parti in lite immanzi ad un mediatore civile per risolvere la controversia. Il provvedimento rappresenta, ad avviso dell'autore, l'inizio del nuovo percorso di giustizia tratteggiato dal legislatore per il raggiungimento della pacificazione civile attraverso l'utilizzo complementare della giustizia statale e quella "consensuale" condotta da un terzo soggetto, autonomo ed imparziale. La norma e la sua applicazione pratica attua un cambio di paradigma nell'approccio alla giustizia, intesa come luogo della pace anziché della lite, dove il magistrato e l'avvocato contribuiscono vicendevolmente all'accrescimento della cultura della pacificazione.*

*The Cartabia reform has enhanced civil mediation, also through the invitation of the judge to the parties of an amicable settlement, before the decision. The contribution offers a comment on the order rendered by the Court of Appeal of Naples in a civil trial with which the judge refers the parties in dispute before a civil mediator to resolve the dispute peacefully. The measure represents, in the author's opinion, the beginning of the new path of justice outlined by the legislator for the achievement of civil pacification through the complementary use of state justice and the "consensual" one conducted by a third party, autonomous and impartial. The law and its practical application implements a paradigm shift in the approach to justice, understood as a place of peace rather than litigation, where the magistrate and the lawyer mutually contribute to the growth of the culture of pacification.*

**SOMMARIO**

**1. Premessa: la mediazione come strumento condiviso..... 34**

**2. Magistrato ed avvocato, protagonisti per la "pacificazione" ..... 35**

**3. Sanzioni per la mancata partecipazione: un monito a due voci .... 35**

**4. Procedura di mediazione: istruzioni della corte e pianificazione dell'avvocato 36**

**5. Il dovere etico del magistrato con la mediazione demandata ..... 36**

**6. Conclusioni: la mediazione come dialogo tra giudice e avvocato ..... 37**

**1. PREMESSA: LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO CONDIVISO**

Con il provvedimento in commento, la Corte d'Appello di Napoli ha ordinato alle parti di espri-  
re il tentativo di mediazione civile, in applicazione  
del disposto previsto dall'art. 5-*quater* del d.lgs. n.  
28/2010, valevole anche per i procedimenti non  
previsti dall'art. 5 della medesima legge, purché il  
*petitum* riguardi diritti disponibili<sup>1</sup>).

La scelta del giudice partenopeo è senz'altro in  
linea con la giurisprudenza costituzionale che rico-  
nosce la mediazione come strumento di "deflazione  
del contenzioso" (2), con cui si supera la mera vi-  
sione formale dell'istituto per valorizzarne la fun-  
zione strategica, in sintonia con quanto teorizzato  
da parte della dottrina<sup>3</sup>, la quale sottolinea l'importan-  
za della mediazione quale soluzione alternativa  
al conflitto capace di andare al di là della semplice  
applicazione della legge.

Il giudice, nell'esercizio del potere ex art. 5-*qua-  
ter*, non si limita a un ruolo passivo, ma diviene il  
regista di un dialogo tra le parti, orientato a solu-  
zioni concrete e condivise. Con tale atto non si li-  
mita solo a porre in esecuzione la discrezionale

\* Avvocato cassazionista del Foro di Napoli – componente del Consiglio di disciplina forense della Corte di Appello di Napoli – Responsabile di Organismo di Mediazione accreditato presso il Ministero di Giustizia - Mediatore esperto e Formatore accreditato - Vicepresidente di MedItalia, rete di organismi di mediazione.

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. III, 11 novembre, n. 28985; Cass. civ., Sez. VI, 29 luglio 2020, n. 17176.

<sup>2</sup> Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272.

<sup>3</sup> Tra gli altri, P. Biavati, *Diritto processuale civile*, Il Mulino, 2023, 347, secondo cui "la mediazione non si limita a un'applicazione meccanica della legge, ma mira a una soluzione condivisa, rispettosa degli interessi reali delle parti".



determinazione del giudicante nel “demandare” le parti innanzi al mediatore, ma riproduce in forma giudiziale i principi che l’avvocato è tenuto a illustrare al cliente prima dell’avvio di un giudizio.

Questa convergenza tra direttiva giudiziale e obbligo deontologico evidenzia, a parere di chi scrive, come la mediazione rappresenti un pilastro sia del sistema processuale che della consulenza legale preventiva.

## 2. **MAGISTRATO ED AVVOCATO, PROTAGONISTI PER LA “PACIFICAZIONE”**

L’ordinanza in commento avvalorata la tesi secondo cui il giudice statale e l’avvocato devono condividere la medesima finalità: trasformare la mediazione da mero adempimento formale a opportunità strategica.

Ed in effetti, l’ordinanza resa “istituzionalizza” quanto l’avvocato deve *-o dovrebbe-* aver già anticipato al cliente, ed ovvero che la mediazione non è un ostacolo, ma uno strumento per evitare un giudizio lungo, costoso e conflittuale.

Il giudice di appello, con il provvedimento in parola, innanzi tutto promuove la mediazione come sede privilegiata per la gestione dei conflitti<sup>4</sup>, valorizzando l’autonomia privata<sup>5</sup>; invito che anche l’avvocato deve, tra gli obblighi di informativa previsti dalla legge e dai precetti deontologici, rivolgere al cliente. Infatti, il legale deve illustrare all’assistito che la mediazione consente soluzioni flessibili, preservando relazioni e riducendo i costi (art. 13 Codice Deontologico Forense).

La Corte, inoltre, sottolinea la necessità di una partecipazione personale e attiva alle sedute di mediazione, così come l’avvocato deve avvertire il cliente che la presenza fisica è essenziale per negoziare in buona fede e che l’assenza ingiustificata può pregiudicare il processo<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Codice Etico della Magistratura (D.L. 25 luglio 2006, n. 235): Art. 3 – “Il magistrato esercita le sue funzioni [...] ispirandosi ai principi di indipendenza, imparzialità e diligenza”. La mediazione rientra nella “diligenza” come strumento per evitare processi inutili.

<sup>5</sup> Art. 2, D.lgs. n. 28/2010.

<sup>6</sup> Cass. civ. Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 1963.

<sup>7</sup> L’art. 13 del d.lgs. n. 28/2010 prevede il raddoppio del contributo unificato.

Infine, nell’ambito degli obblighi fissati dalla norma, la Corte evidenzia il rischio di improcedibilità della domanda in caso di inadempienza, al pari dell’obbligo posto in capo al legale che deve chiarire che, in molte materie (es. condominio, diritti reali), la mediazione è condizione di procedibilità, rendendo obbligatoria una valutazione preliminare.

In sintesi, appare chiaro come il giudice, nella stesura dell’ordinanza rammenti alla parte (*rectius*: il suo legale) quali sono i precetti perché si possa ritenere che il giudice statale sia l’unica strada percorribile per la risoluzione della controversia.

## 3. **SANZIONI PER LA MANCATA PARTECIPAZIONE: UN MONITO A DUE VOCI**

L’ordinanza in commento si sofferma anche sulle sanzioni previste, rammentando quindi i rischi che l’avvocato deve segnalare al cliente in fase di consulenza iniziale, come appunto la possibilità che la parte possa essere condannata a sanzioni pecuniarie<sup>7</sup> e vedere dichiarata la improcedibilità della domanda<sup>8</sup>; ricorda come la mancata partecipazione alla procedura di mediazione consenta al giudice di desumere argomenti di prova ai sensi dell’art. 116 c.p.c. avvertendo della possibile applicazione degli artt. 88, 92 e 96 c.p.c.

Tali “prescrizioni” fanno certamente il paio con quanto l’avvocato, sempre nell’ambito degli obblighi di informativa, debba comunicare al proprio assistito.

Egli, infatti, deve precisare che il rifiuto immotivato della mediazione potrebbe essere interpretata come malafede, influenzando l’esito del giudizio; se non addirittura integrare abuso del processo (*art. 96 c.p.c.*), con il rischio della condanna al risarcimento dei danni<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2023, n. 1544.

<sup>9</sup> Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 2022. Secondo F. Caringella, *Manuale di diritto processuale civile*, Dike, 2022, 432, “La mancata partecipazione alla mediazione, ove obbligatoria, può integrare un abuso del processo ai sensi dell’art. 96 c.p.c., con conseguente condanna alle spese e al risarcimento dei danni”.

Deve anche comparare i costi della lite, rammentando il c.d. “principio di proporzionalità”<sup>10</sup> sancito dall’art. 91 c.p.c. e il rischio di perdere la possibilità di agire in giudizio<sup>11</sup>.

Infine, deve avvisare l’assistito della norma che mira a scoraggiare il ricorso al processo quando la mediazione offre una soluzione ragionevole, allineando gli interessi delle parti alla giustizia efficiente<sup>12</sup>.

L’intento, non tanto celato, del Collegio giudicante è certamente quello di rammentare che le sanzioni non sono solo un “castigo” imposto dal giudice, ma il riflesso giuridico delle conseguenze previste per il mancato o distorto utilizzo della opportunità concessa alle parti in mediazione, avvertenze che l’avvocato deve anticipare nella consulenza pre-contenzioso.

#### **4. PROCEDURA DI MEDIAZIONE: ISTRUZIONI DELLA CORTE E PIANIFICAZIONE DELL’AVVOCATO**

Infine l’ordinanza delinea un percorso che l’avvocato dovrebbe già aver tracciato con il cliente. Infatti la Corte, con il provvedimento citato, dispone la sostituzione dell’udienza con deposito di memorie in caso di mediazione fallita e fissa termini perentori per la conclusione della mediazione (es. 60 giorni), imponendo alle parti di rivolgersi ad un mediatore accreditato presso un organismo riconosciuto<sup>13</sup>.

L’avvocato deve diligentemente informare e preparare il cliente, spiegando che il fallimento della mediazione non blocca il processo, ma ne modifica le tempistiche; deve programmare la

mediazione, evitando che il cliente la percepisca come una perdita di tempo, così come deve guidare il cliente nella scelta di un mediatore competente nel settore della controversia, valutandone costi e utilità.

In definitiva, l’ordinanza della Corte di Appello di Napoli costituisce una vera e propria formalizzazione di un percorso che l’avvocato deve gestire in termini pratici e strategici, bilanciando obblighi legali e interessi del cliente.

#### **5. IL DOVERE ETICO DEL MAGISTRATO CON LA MEDIAZIONE DEMANDATA**

Oltre agli obblighi delle parti e degli avvocati fissati dalla legge, la stessa norma prevede come il magistrato, esercitando il potere concessogli dalla norma, abbia un ruolo attivo<sup>14</sup> nel promuovere la mediazione, specialmente nei procedimenti non soggetti a obbligo di procedibilità; potestà che andrebbe adoperata solo in determinati casi.

Il giudice dovrebbe disporre la cosiddetta mediazione demandata<sup>15</sup>, a valle di un approfondimento con i legali, per valutare secondo il suo prudente apprezzamento se vi siano concrete possibilità di una soluzione conciliativa della lite. Questa fase prevede necessariamente un confronto tra il giudicante ed i legali<sup>16</sup>, accorciando fino ad annullare le distanze esistenti tra giudice e avvocato nel processo civile viepiù se il dialogo è solo “telematico”.

Infatti, se davvero si vuole attuare al meglio lo strumento processuale previsto dall’art. 5-*quater* occorre innanzi tutto che giudice ed avvocato procedano ad una analisi condivisa: il magistrato può

<sup>10</sup> Il c.d. “principio di proporzionalità”, pur non essendo espressamente previsto dall’art. 91 c.p.c., è un principio generale del diritto che influenza l’applicazione della norma. Il giudice, nel condannare alle spese e nel liquidarne l’ammontare, deve tener conto di tale principio e bilanciare gli interessi in gioco, evitando di imporre alla parte soccombente un onere sproporzionato.

<sup>11</sup> Menchini, *La mediazione civile tra obbligo e opportunità*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 45, secondo cui “Il legale deve tradurre i rischi processuali in valutazioni economiche concrete per il cliente”.

<sup>12</sup> Art. 13 d.lgs. n. 28/2010, in virtù del quale giudice infligge sanzioni economiche per chi rifiuta una proposta di mediazione poi confermata dalla sentenza del giudice.

<sup>13</sup> Art. 16 D.lgs. 28/2010.

<sup>14</sup> A. De Luca, *La mediazione nel processo civile*, Giappichelli, 2022, 98, secondo cui “il giudice non si limita a un’applicazione passiva della legge, ma diviene regista di un percorso volto a trasformare il conflitto in opportunità di dialogo”.

<sup>15</sup> A. De Luca, *La mediazione nel processo civile*, cit., 120, per il quale “L’etica della mediazione impone al giudice di essere non solo arbitro, ma facilitatore di soluzioni socialmente sostenibili”.

<sup>16</sup> E. Napoli, in *La mediazione civile*, Wolters Kluwer, 2023, 210, secondo cui “La mediazione demandata non è un’opzione residuale, ma un pilastro del processo civile moderno, dove giudice e avvocato collaborano per una giustizia più umana ed efficiente”.



senz'altro interpretare e qualificare giuridicamente i fatti allegati dalle parti, ma con tale strumento può valutare, unitamente ai difensori, se la controversia possa risolversi attraverso l'esame di vicende personali e patrimoniali delle parti, che non potrebbero essere trattate in sede giudiziale, al fine di evitare l'*ultrapetitum*<sup>17</sup>.

La mediazione, infatti, è il luogo dove è consentito esplorare soluzioni che vanno oltre i limiti della domanda giudiziale, offrendo alle parti una maggiore flessibilità negoziale senza violare i principi processuali. In questa prospettiva, la scelta di disporre la mediazione demandata non è solo un potere discrezionale, ma un dovere etico del giudice, che deve agire nell'interesse di una giustizia più rapida, efficace e rispettosa delle esigenze delle parti. Ciò ci porta a concludere che la scelta del giudice di inviare i litiganti innanzi ad un mediatore rappresenta un ulteriore strumento utile per superare i limiti del giudizio tradizionale, consentendo al magistrato di svolgere un ruolo attivo nella ricerca di soluzioni eque e condivise, in collaborazione con gli avvocati e nel rispetto dei principi processuali<sup>18</sup>.

## **6. CONCLUSIONI: LA MEDIAZIONE COME DIALOGO TRA GIUDICE E AVVOCATO**

L'ordinanza della Corte d'Appello di Napoli, dal punto di vista del difensore, non introduce novità radicali, ma ribadisce, in sede giudiziale, ciò che l'avvocato è già tenuto a fare nell'ambito del rapporto di consulenza. *Prima della mediazione*, deve illustrare al cliente alternative alla lite, il rapporto dei costi/benefici della mediazione ed i potenziali rischi dell'improcedibilità nei giudizi aventi ad oggetto le materie obbligatorie (art. 5 Dlgs 28/12010); *durante il procedimento conciliativo di mediazione*, collaborare con il mediatore, evitando tattiche ostruzionistiche; *dopo la mediazione*, valutare al meglio gli esiti (positivi o negativi) per ottimizzare la strategia

processuale. Nell'ulteriore ipotesi di procedimento "demandato dal giudice" porre particolare attenzione a seguire le eventuali indicazioni del magistrato.

L'ordinanza napoletana conferma quelli che possono considerarsi tre pilastri nella nuova era per la giustizia civile: la prevenzione della lite, in cui l'avvocato deve includere la mediazione nella consulenza pre-contenzioso, adempiendo agli obblighi ex art. 12 L. 247/2012 (aggiornamento professionale); la reciproca collaborazione giudice-avvocato, necessaria per evitare sanzioni e ottimizzare i tempi; infine, l'efficienza del sistema, dove la mediazione riduce il carico degli uffici giudiziari, allineandosi agli obiettivi del PNRR (Missione 1, Componente 1).

Inoltre, guardando ai doveri dell'avvocato in tema di ricorso agli strumenti di pacificazione, "la mediazione non è alternativa alla professione legale, ma ne rappresenta un'evoluzione funzionale"<sup>19</sup>.

In definitiva, nel rinnovato procedimento civile, la mediazione non è solo un'alternativa al processo, ma un'opportunità per costruire soluzioni durature e rispettose delle esigenze di tutti<sup>20</sup>; essa costituisce un ponte tra etica professionale ed efficienza processuale, dove l'avvocato non è solo un tecnico del diritto, ma deve essere un consigliere di soluzioni, e il magistrato non è solo un arbitro, ma un promotore di giustizia conciliativa; due attori dalla cui collaborazione<sup>21</sup> si potranno sperimentare nuove forme di Giustizia per raggiungere il risultato auspicato dal legislatore.

<sup>17</sup> Cass. civ., Sez. Unite, 5 dicembre 2014, n. 25886; Cass. civ., Sez. II, 15 febbraio 2022, n. 5001/2022.

<sup>18</sup> De Luca, *La mediazione demandata*, cit., 112.

<sup>19</sup> Così il Consiglio Nazionale Forense nel Parere n. 12/2023.

<sup>20</sup> E. Napoli, in *La mediazione civile*, cit., 112.

<sup>21</sup> G. D'Amico, *Mediazione e processo civile*, Maggioli Editore, 2020, 45. L'autore valorizza la collaborazione attiva tra giudice ed avvocato necessaria per la concreta attuazione della norma

**DEPISTAGGIO E DIRITTO AL SILENZIO: UN CASO PROBLEMATICO\***di **Francesca CONSORTE\*\*****ABSTRACT**

*Il nemo tenetur se detergere assume connotazioni peculiari e inedite nel contesto del delitto di depistaggio dichiarativo, previsto e punito dall'art. 375 c.p. Per comprendere meglio questa complessa interazione, è opportuno fare un passo indietro e partire da una considerazione preliminare: il diritto al silenzio è ormai riconosciuto – almeno sotto il profilo processuale – come un diritto fondamentale dell'individuo, dispiegando effetti decisivi anche nell'ambito del diritto sostanziale. Tale rilevanza giuridica assunta dal nemo tenetur se detergere non può che suscitare perplessità nel momento in cui il legislatore, nell'introdurre un severissimo falso processuale quale è il depistaggio, non lo ha incluso nell'ambito di applicazione dell'art. 384, comma 1, c.p. Il presente elaborato propone alcuni spunti di riflessione sulla legittimità di tale scelta legislativa, offrendo al contempo interpretazioni utili a ricondurre il delitto di depistaggio e la sua disciplina a una lettura conforme ai principi costituzionali.*

**SOMMARIO**

- 1. Cenni al diritto al silenzio nel processo e nel diritto penale ..... 38**
- 2. Depistaggio e diritto al silenzio ..... 42**
- 3. Spunti di riflessione ..... 44**
- 4. Conclusioni ..... 47**

\* Questo articolo rappresenta un approfondimento della relazione tenutasi nell'ambito dell'incontro "Il diritto al silenzio in prospettiva sostanziale", presso il Corso di Alta Formazione di Eccellenza "Nuove prospettive per la tutela dei diritti umani in materia penale", Università di Bologna, 7 novembre 2024.

\*\* Ricercatrice in "Diritto penale", presso l'Università degli Studi di Parma.

<sup>1</sup> Sul tema di recente, per una analisi a tutto tondo, AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022. Si veda anche: FORNASARI, *Nemo tenetur se detergere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 7, 907 ss.; INFANTE, *Nemo tenetur se detergere in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 832 ss.; MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur se detergere in senso sostanziale*, in *disCrimen*, 14 ottobre 2021; PULITANÒ, *Nemo tenetur se detergere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.; TASSINARI, *Nemo tenetur se detergere. La libertà delle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012; ZANOTTI, "Nemo

**1. CENNI AL DIRITTO AL SILENZIO NEL PROCESSO E NEL DIRITTO PENALE**

Il diritto al silenzio pone problematiche specifiche e inedite quando si affronta il delitto di depistaggio dichiarativo, previsto dall'art. 375 del Codice Penale.

Per approfondire questa singolare interazione è necessario fare un passo indietro e partire da una premessa: il *nemo tenetur se detergere*<sup>1</sup> rappresenta ormai - almeno sotto il profilo processuale - un diritto fondamentale dell'individuo. Di recente, lo ha ribadito la Corte costituzionale con una sentenza "illuminata", la n. 111/2023<sup>2</sup>. Pronunciandosi su tale diritto in relazione a date circostanze personali, la Consulta ha infatti sviluppato il proprio ragionamento partendo proprio dall'assunto secondo cui esso, valorizzato in relazione al diritto di difesa, finisce con l'essere ricondotto nel «novero dei diritti inalienabili della persona umana» che caratterizzano l'identità costituzionale italiana<sup>3</sup>.

*tenetur se detergere*": *profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174 ss.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. 111/2023. Cfr. CORBETTA, *Il diritto al silenzio va garantito anche sulle qualità personali dell'imputato*, in *Quotidiano Giuridico*, 7 giugno 2023.

<sup>3</sup> Si riporta il passaggio della sentenza: «Un tale assetto normativo e giurisprudenziale determina una situazione di insufficiente tutela del diritto al silenzio, alla luce del generale principio di effettività della garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, particolarmente valorizzato da questa Corte proprio in relazione al diritto di difesa, rientrando in quel «novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana» (ordinanza n. 117 del 2019, punto 7.1. del Considerato in diritto; n. 117 del 2019, punto 7.1. del Considerato in diritto; n. 10 del 2022, punto 9.2. del Considerato in diritto; n. 157 del 2021, punto 8.1. del Considerato in diritto); Corte Cost., sent. 111/2023, cit..

Non è un caso, del resto, che, come recentemente ricostruito in letteratura<sup>4</sup>, proprio il riconoscimento del diritto al silenzio abbia subito, negli anni, un'estensione sotto diversi punti di vista. Iniziando dalle fonti di riferimento<sup>5</sup>, vi è stata una progressiva *escalation*. Dalla l. 932/1969<sup>6</sup> (che per prima ha imposto l'obbligo dell'autorità giudiziaria e del Pubblico Ministero di avvisare l'accusato del diritto di tacere prima dell'interrogatorio e in ogni fase processuale) si è arrivati ad una sua consacrazione da parte di fonti superiori. Si pensi, al Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici<sup>7</sup>, che stabilisce che nessuno può essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole, ed alle Direttive UE del 2012 e del 2016 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali<sup>8</sup> e sulla presunzione di innocenza<sup>9</sup>. Si tratta di un'evoluzione che di recente ha portato la Corte costituzionale<sup>10</sup>, la

<sup>4</sup>Cfr. GALANTINI, *Il diritto al silenzio: da Boomer a Generazione Alpha*, in *Processo penale e giustizia*, 2024, fasc. 5, 1043 ss.

<sup>5</sup> Si veda GALANTINI, op. cit., 1047 ss.

<sup>6</sup> Art. 1, l. 932/1969: «L'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento, deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha la facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'articolo 366, primo comma, ma che, se anche non risponde, si procederà oltre nelle indagini istruttorie».

<sup>7</sup> Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (1966), Art. 14, 3° co., lett. g).

<sup>8</sup> Direttiva (UE) 2012/13 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, art. 3, 1° co., lett. e).

<sup>9</sup> Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, art. 7.

<sup>10</sup> La Corte costituzionale, nel sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali (concernenti proprio il tema dell'obbligo, sanzionato, di rispondere a domande di Consob dalle quali possa emergere una propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva") ha confermato che, pur se privo di espresso riconoscimento costituzionale, il *nemo tenetur se detegere* costituisce un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» di cui all'art. 24 Cost. riconducibile al novero dei «diritti inalienabili della persona umana». Si veda Corte cost., ord. 117/2019, par. 7.1, che richiama sul punto le sue precedenti ord. Sul caso Consob si tornerà nel prosieguo.

<sup>11</sup>Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, par. 58. Si veda, inoltre, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 22 giugno 2023.

Corte di Giustizia<sup>11</sup> e la Corte EDU<sup>12</sup> ad ancorare il diritto al silenzio a principi costituzionali ed europei fondamentali, quali, come anticipato, il diritto di difesa, ma anche la presunzione di innocenza e il giusto processo.

Oltre alle fonti, l'evoluzione del diritto al silenzio, sotto il profilo processuale, ha riguardato il suo "contenuto". Dal privilegio contro l'autoincriminazione<sup>13</sup>, si è passati al diritto di tacere sul fatto proprio nel caso di dichiarazioni dell'imputato in procedimento connesso o reato collegato<sup>14</sup>. Di recente, inoltre, come accennato, la Corte costituzionale<sup>15</sup> è arrivata ad includere nell'ambito del diritto di tacere circostanze che non riguardano direttamente i fatti di reato ma che sono personali<sup>16</sup>, pur non rientrando nelle 'generalità' in senso stretto. Ciò, per via del fatto che si tratta di circostanze comunque in grado di impattare sulla condanna o avere effetti

<sup>12</sup> Tutto questo, è del resto in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, che da anni riconduce il diritto al silenzio ed il diritto di non autoincriminarsi «agli standard internazionali generalmente riconosciuti» che sono al «centro della nozione di procedura equa ai sensi dell'art. 6» della CEDU ed alla presunzione di innocenza. A tal proposito la Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, ricorda che «A questo proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che, anche se l'articolo 6 della CEDU non menziona espressamente il diritto al silenzio, quest'ultimo costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, che si trova al centro della nozione di equo processo. Ponendo l'imputato al riparo da una coercizione abusiva da parte delle autorità, tale diritto contribuisce ad evitare errori giudiziari e a garantire il risultato a cui mira il citato articolo 6 (v., in tal senso, Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, § 45)».

<sup>13</sup> Art. 198, 2° co., c.p.p.

<sup>14</sup> Artt. 197, 197-bis, 210 c.p.p. in colleg. con art. 64, 3° co., c.p.p. Si veda GALANTINI, op. cit., 1044.

<sup>15</sup> Si veda la già citata Corte cost., sent. 111/2023.

<sup>16</sup> Si tratta delle circostanze elencate dall'art. 21 delle Disposizioni di Attuazione del Codice di Procedura Penale: «1. Quando procede a norma dell'articolo 66 del codice, il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche».

pregiudizievoli in punto di quantificazione della pena o ai fini cautelari. Un esempio significativo è rappresentato dai “precedenti”, che addirittura possono integrare un elemento costitutivo del reato che punisce il possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli<sup>17</sup>. Su queste basi, come si diceva, la Corte costituzionale, con la menzionata sentenza 111/2023, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 64, 3° co., del Codice di Procedura Penale, nella parte in cui non prevede l’avvertimento sulla facoltà di non rispondere in relazione alle informazioni personali in questione. In aggiunta e specularmente, sempre la Corte ha censurato l’art. 495, 1° co., del Codice Penale nella parte in cui - punendo la falsa attestazione al Pubblico Ufficiale sulle proprie qualità personali - non esclude la punibilità dell’indagato o dell’imputato che abbia detto il falso senza prima aver ricevuto il suddetto avviso sul diritto al silenzio.

Sempre per quanto concerne i cenni alle evoluzioni del diritto appena menzionato, con l’affermarsi di un concetto sostanziale di materia penale è mutato anche il contesto in cui esso opera. Basti considerare che proprio di recente ha trovato applicazione fuori dal procedimento penale vero e

proprio, in presenza di certe circostanze. Il riferimento attiene al c.d. “caso Consob”<sup>18</sup> nell’ambito del quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità di esercitare il diritto al silenzio nei confronti di tale Autorità di Banca d’Italia<sup>19</sup>; ciò, dopo che la Corte di Giustizia - in fase di rinvio pregiudiziale - aveva ricondotto tale diritto all’equo processo<sup>20</sup>, affermando come esso operi anche nell’ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell’applicazione di sanzioni aventi carattere punitivo<sup>21</sup>.

Ora, tutte le evoluzioni sopra menzionate riguardano la dimensione processuale del *nemo tenetur se detegere*; ciò non toglie tuttavia che, seppur con una certa cautela, quest’ultimo sia stato oggetto di riconoscimento anche da parte del diritto penale sostanziale. Il riferimento da questo punto di vista attiene all’art. 384 c.p.: nel momento in cui tale norma prevede la non punibilità di una serie di reati tra cui i falsi dichiarativi in fase di indagine e processo, essa sancisce infatti la non punibilità (anche) di silenzi e menzogne rese nel procedimento penale.

Più precisamente, il secondo comma dell’art. 384 c.p. tutela colui che nel procedimento penale è

<sup>17</sup> Art. 707 c.p.

<sup>18</sup> Cfr. AMATI e INSOLERA, *Il nemo tenetur se detegere è applicabile nel procedimento dinanzi alla Consob funzionale all’inflizione di sanzioni amministrative sostanzialmente “punitive”: costituzionalmente illegittimo l’art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *Giur. comm.*, 2022, vol. II, 76 ss.; BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”*, in *Sist. pen.*, 3 febbraio 2021; GATTA, *“Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l’accertamento dell’abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 187 quinquiesdecies T.U.F.*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4; BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”*, in *Sist. Pen.*, 3 febbraio 2021; GUIDI, *Poteri della Consob ed estensione delle garanzie “penalistiche” al procedimento sanzionatorio amministrativo: verso un nuovo punto di equilibrio*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2023, fasc. 3-4, 438 ss.; SCHIAVONE, *Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è “punitiva”*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 3, 412 ss.

<sup>19</sup> Tanto da dichiarare incostituzionale l’art. 187-quinquiesdecies del Testo Unico della Finanza, «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d’Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato» (Corte cost., sent. 84/2021).

<sup>20</sup> La Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, in fase di rinvio pregiudiziale aveva affermato che «il diritto al silenzio è parte integrante dei principi dell’equo processo, così come riconosciuti dalla stessa Carta dei diritti fondamentali UE. Questo diritto - hanno proseguito i giudici di Lussemburgo - opera anche nell’ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell’applicazione di sanzioni aventi carattere punitivo, come quelle previste nell’ordinamento italiano per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate».

<sup>21</sup> La Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, ha ritenuto che «58. Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l’articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l’articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell’ambito di un’indagine svolta nei suoi confronti dall’autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

in “qualche modo” già coinvolto, e riconosce la non punibilità di falsità e ‘non detti’ di chi non avrebbe potuto essere sentito come fonte dichiarativa terza o non avrebbe potuto esserlo senza certe cautele<sup>22</sup>.

Il primo comma dell’art. 384, invece (sempre considerando i soli falsi processuali dichiarativi elencati) prevede la non punibilità di silenzi e menzogne del dichiarante terzo (persona informata o testimone) che, dicendo la verità e tutta la verità, avrebbe esposto sé stesso, un congiunto e, oggi anche un convivente<sup>23</sup>, a un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell’onore. E che, quindi, ha mentito o taciuto sotto costrizione e per necessità.

---

<sup>22</sup> Questa norma concerne l’ipotesi di colui che per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete, ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre, o comunque a rispondere, o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi. Rappresenta dunque per le Sezioni Unite un’ipotesi alternativa a quella del 1° co., che invece concerne chi non ha facoltà di sottrarsi agli obblighi di verità previsti dal codice di rito (v. Cass. pen., sez. un., 7208/2007, par. 2.3 in diritto). Per fare un esempio, tale 2° co. è stato applicato all’imputato per reato collegato ex art. 371, 2° co., lett. b, c.p.p. che non aveva reso dichiarazioni in precedenza, e che prima che la sua posizione fosse definita era stato sentito come “testimone puro” invece che ai sensi dell’art. 210 c.p.p. (Cass. pen., sez. VI, 31287/2017). Sempre il 2° co. dell’art. 384 c.p. è stato inoltre applicato ad un soggetto che aveva mentito deponendo come teste in un caso in cui, pur emergendo indizi contro lo stesso, non si era proceduto ad interrompere l’esame e ad effettuare gli avvertimenti richiesti da legge ex art. 63 c.p.p. (Cass. pen., 8851/1998). Riconducono le ipotesi di cui all’art. 384, 2° co., c.p. alla atipicità, VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, 1960, vol. VI, 631 ss.; per la falsa testimonianza cfr. PIFFER, *I delitti contro l’amministrazione della giustizia. I delitti contro l’attività giudiziaria*, Padova, 2005, 908; FORNASARI, *Casi di non punibilità*, in FORNASARI e RIONDATO (a cura di), *Reati contro l’amministrazione della giustizia*, 287. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, 2014, 203, parla del resto di “irrelevanza del fatto” e SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale (dopo la L. 7.12.2000, n. 397)*, Padova, 2003, fa riferimento all’insussistenza dei fatti. In giurisprudenza, fa espresso riferimento all’atipicità, ad es., Cass. pen., sez. VI, 31287/2017, cit. Secondo PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol II: delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, 118, e ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, si tratterebbe più precisamente di mancanza di legittimazione attiva a compiere la condotta.

<sup>23</sup> Sull’estensione dell’art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*, si veda la sentenza Cass., sez. un., sent. 10381/2020 (dep.

Restando sui confini della tutela “sostanziale” del diritto al silenzio, da quanto sopra descritto è vero che il riconoscimento di tale diritto in ambito penale appare piuttosto ‘limitato’, posto che trova espressione in una norma di parte speciale applicabile (quale causa di esclusione della punibilità) ai soli reati elencati dalla stessa; è altresì vero tuttavia anche che, da un certo punto di vista, tale riconoscimento presenta un ambito di applicazione più esteso del *nemo tenetur* processuale. Ciò nel momento in cui - come emerso - l’art. 384 c.p. si estende alla menzogna del dichiarante terzo, non inclusa per opinione dominante nel diritto processuale da ultimo menzionato<sup>24</sup>.

17 marzo 2021), su cui BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1078 ss.; FORNASARI, *Applicazione dell’art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, 1725 ss.; PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021.

<sup>24</sup> Il tema viene di norma affrontato con riferimento alla posizione dell’“accusato” ed è estremamente dibattuto. Per lungo tempo si è ritenuto inaccettabile riconoscere all’indagato la facoltà di mentire alle Istituzioni; a tal proposito, per fare qualche esempio, vi era chi proponeva di inserire a carico dell’accusato un dovere di verità e chi suggeriva di “utilizzare” reticenza e menzogna alla luce di una regola di esperienza secondo cui chi non fornisce informazioni sincere è colpevole. Si vedano sul tema CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale, Vol. II*, Roma, 1946, 169 e 171; GUARNIERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949, 184 ss. Sul rapporto tra mendacio e diritto di difesa si vedano invece MAZZA, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 725 ss.: «In modo più esplicito, non sarebbe accettabile imporre all’inquisito un obbligo di verità sulla base della considerazione che se decidesse di parlare lo farebbe liberamente, avendo sempre la possibilità di tacere. Così ragionando, si dimentica che l’autodifesa ne risulterebbe dimezzata, essendo garantito solo l’aspetto “passivo”, peraltro con l’ulteriore rischio che il rifiuto del dialogo potrebbe essere interpretato, anche solo a livello di sensazioni, come un’implicita ammissione dell’impossibilità di rispondere secondo verità. Né si può fondatamente obiettare che per tutelare l’autodifesa attiva non sia indispensabile configurare una vera e propria facoltà di mentire. Al riguardo, vale la pena di ribadire che l’alternativa è stringente: negando rilevanza costituzionale al contegno difensivo mendace, si finisce per ammettere la possibilità, anche solo teorica, che il legislatore imponga all’inquisito un obbligo di verità» (728). Sulle degenerazioni di un eventuale obbligo di verità dell’imputato, che in ipotesi estrema arriverebbe a legittimare la tortura, cfr. CALAMANDREI, *Postilla a Francesco Carnelutti, A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, fasc. 1, 239. Sempre con riferimento all’autodifesa

## 2. **DEPISTAGGIO E DIRITTO AL SILENZIO**

La dimensione giuridica oggi assunta dal diritto al silenzio, sopra per cenni descritta, induce a riflettere con attenzione sulla scelta con cui il legislatore, nell'introdurre un nuovo falso processuale dichiarativo nel Codice Penale, l'ha contestualmente escluso dal novero dei reati per i quali opera l'art. 384, 1° co., c.p.

Si tratta per l'appunto del delitto di depistaggio<sup>25</sup>, che, in poche parole, punisce il PU o l'IPS che tacciono o mentono alla Polizia Giudiziaria, al PM o all'Autorità Giudiziaria per depistare indagini o processo penale. Come si diceva, stando alla disciplina positiva oggi vigente, il pubblico agente che commetta depistaggio (anche<sup>26</sup>) per non autoincriminarsi è oggi punibile.

---

attiva, CAMON, *La disciplina costituzionale*, in CAMON *et al.*, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 137, concorda nel ritenere la menzogna, a date circostanze, espressione del *nemo tenetur se detegere*, evidenziando al contempo quanto problematici siano i limiti entro cui la stessa è ammessa.

<sup>25</sup> Sul reato di depistaggio, senza pretesa di esaustività: ALBERICO, *Frode in processo penale e depistaggio*, Roma, 2018; CERAMI, voce *Frode e depistaggio in processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, 2018; DINACCI, voce *Frode in processo penale e depistaggio*, in *Diritto On Line Treccani*, 2017; FEOLA *et al.*, *Il rapporto tra la fattispecie di reato di falsa perizia ex art. 373 c.p. e la nuova fattispecie di falsità in processo penale e depistaggio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, fasc. 2, 481 ss.; INSOLERA, *Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria*, in [www.parolaladifesa.it](http://www.parolaladifesa.it), 2016; MAIELLO, *Il delitto di depistaggio: dietro l'esigenza di una tipicità criminosa le insidie del diritto penale simbolico*, in AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 610 ss.; Id., *Legge 11 luglio 2016 n. 133 – Introduzione nel codice penale del reato di frode in processo penale e depistaggio (in G.U. n. 166 del 18.7.2016)*, in <http://www.laegislazionepenale.eu>; MANI, *L'introduzione del reato di frode in processo penale e depistaggio*, in *Arch. Pen.*, 2016, fasc. 3; OPPO, *Il nuovo delitto di frode in processo penale e depistaggio (art. 375 c.p.)*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, vol. 84, fasc. 4, 1400 ss.; PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio. Tra funzione simbolica e giusto processo*, Torino, 2020; PIFFER, voce *Frode in processo penale e depistaggio*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2018; SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio" (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133)*, in *Arch. pen. online*, 2016, fasc. 3; PISA, *Il "nuovo" reato di depistaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 10, 1280 ss. Si consenta inoltre il rinvio a INSOLERA e CONSORTE, *I reati di falso giudiziario dopo l'introduzione del delitto di "depistaggio"*, in *Ind. pen. online*, 2017, fasc. 2, 100 ss.; CONSORTE, *L'individuo nell'"ingranaggio processuale". I rischi della giustizia penale commessi agli obblighi di parola e verità*, Torino, 2021, 194 ss.

Da un certo punto di vista, questa scelta potrebbe non stupire. Se infatti si riflette sulle ragioni che hanno portato alla formulazione e adozione del delitto in questione, il trattamento deteriore riservato al "depistatore pubblico ufficiale" è perfettamente coerente con i *desiderata* emersi durante l'*iter* di approvazione. Si consideri infatti che, a differenza degli altri falsi dichiarativi, la sua entrata in vigore non è scaturita dalla necessità di raccordare Codice Penale e Codice di Rito, bensì dalla volontà di assecondare una richiesta proveniente dalla società civile. Le associazioni dei familiari delle vittime delle stragi da anni infatti ne reclamavano l'introduzione con uno scopo ben preciso: consegnare agli inquirenti e alla magistratura un'"arma" per sconfiggere l'inaccettabile omertà dei pubblici agenti, obbligandoli a svelare i misteri più drammatici che hanno coinvolto il nostro Paese<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Nel momento in cui il delitto di depistaggio si configura a fronte di menzogne o reticenze rese con lo scopo di impedire, ostacolare o sviare un procedimento penale, questa fattispecie non parrebbe configurarsi qualora il soggetto agisca per fini esclusivamente personali, come nel caso in cui menta o taccia per difendere la libertà e l'onore propri o dei propri congiunti. Può tuttavia accadere che il fine perseguito dal depistatore nel mentire possa essere "composito" e che la menzogna e la reticenza "cadano" su circostanze inscindibili o comunque rilevanti sia per l'accertamento del reato presupposto commesso da terzi sia per la posizione specifica ed individuale del depistatore. Ebbene in questi "casi difficili" il mancato riconoscimento al depistatore del diritto a non smascherarsi può implicare per lo stesso un trattamento deteriore rispetto a quello riservato al cittadino, anche Pubblico Ufficiale, in casi analoghi. Deve tuttavia darsi atto del fatto che in letteratura alcuni autori ritengono configurabile l'autodepistaggio; cfr. ALBERICO, *Frode in processo penale*, op. cit., 191 ss.

<sup>27</sup> Non a caso, l'obiettivo che emerge in modo evidente dall'*iter* parlamentare di approvazione del reato è proprio quello di dare «nuovi strumenti agli inquirenti e alla magistratura non solo per colpire i reati, ma soprattutto per togliere il velo di omertà rispetto a tanti segreti e a tante non verità che hanno caratterizzato eventi tragici che hanno colpito il nostro Paese» (Intervento di TOSATO, in XVII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'assemblea*, Seduta n. 59 del 26 maggio 2016). Nello stesso senso, ad esempio, DAMBRUOSO, XVII Legislatura, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 647 del 5 luglio 2016, 109: «L'articolato darà, a nostro avviso, nuovi strumenti agli inquirenti e alla magistratura non solo per colpire i reati, ma soprattutto per togliere il velo di omertà rispetto a tanti segreti e a tanti tragici eventi che hanno colpito il nostro Paese: è una scelta giusta, soprattutto per rispetto delle vittime e delle loro famiglie».

In questa logica, dunque, la mancata inclusione del depistaggio tra i reati per i quali opera l'art. 384 c.p. è perfettamente coerente con l'intento del legislatore ed è in linea con gli altri profili della sua disciplina<sup>28</sup>: dalla pena base estremamente severa per il settore (da tre a otto anni) alla costellazione di aggravanti speciali; dalla mancata sospensione del procedimento per falso durante l'avanzare di quello principale<sup>29</sup>, alla prescrizione raddoppiata nel caso in cui il depistaggio si collochi nell'ambito di processi per reati particolarmente gravi<sup>30</sup>.

In sintesi, nella prospettiva considerata, l'arma è effettivamente idonea agli scopi: esercitare sul pubblico agente una pressione di intensità tale da indurlo a dire sempre e comunque tutta la verità,

---

<sup>28</sup> Si veda art. 375: «[I]. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a otto anni il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale: a) immuta artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato; b) richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito. [II]. Se il fatto è commesso mediante distruzione, soppressione, occultamento, danneggiamento, in tutto o in parte, ovvero formazione o artificiosa alterazione, in tutto o in parte, di un documento o di un oggetto da impiegare come elemento di prova o comunque utile alla scoperta del reato o al suo accertamento, la pena è aumentata da un terzo alla metà. [III]. Se il fatto è commesso in relazione a procedimenti concernenti i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 o i reati previsti dall'articolo 2 della legge 25 gennaio 1982, n. 17, ovvero i reati concernenti il traffico illegale di armi o di materiale nucleare, chimico o biologico e comunque tutti i reati di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni. [IV]. La pena è diminuita dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per ripristinare lo stato originario dei luoghi, delle cose, delle persone o delle prove, nonché per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto oggetto di inquinamento processuale e depistaggio e nell'individuazione degli autori. [V]. Le circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 e dal quarto comma, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al terzo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste ultime e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento

pena il severissimo regime previsto dall'art. 375 c.p.

Ora, se è vero che il sistema dedicato al "depistatore pubblico agente" è dotato di coerenza rispetto agli scopi, ci si chiede se esso sia anche legittimo.

Prima di procedere oltre nel ragionamento, una premessa è d'obbligo: l'obiettivo di questa analisi non è minimizzare la gravità del depistaggio, condotta indubbiamente da stigmatizzare con fermezza. L'attenzione si concentra piuttosto sulla soluzione tecnica adottata per raggiungere tale obiettivo e sulla coerenza di quest'ultima con i principi che governano il nostro sistema penal-processuale.

Orbene, da questo punto di vista, analizzando l'art. 375 c.p., le perplessità sono molteplici. A partire dal fatto che un diritto fondamentale - quale è

conseguente alle predette aggravanti. [VI]. La condanna alla reclusione superiore a tre anni comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. [VII]. La pena di cui ai commi precedenti si applica anche quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio siano cessati dal loro ufficio o servizio. [VIII]. La punibilità è esclusa se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza, e questa non è stata presentata. [IX]. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle indagini e ai processi della Corte penale internazionale in ordine ai crimini definiti dallo Statuto della Corte medesima».

<sup>29</sup> Come noto, per alcuni reati di falso processuale il legislatore ha espressamente introdotto una causa di sospensione della quale difetta una disciplina organica ma che, in base a quanto disposto dalle singole fattispecie interessate (artt. 371-bis e 371-ter c.p.) si attiva in automatico nel caso di contemporanea pendenza del procedimento per falso e di quello principale, determinando la paralisi del primo ancorché si sia già instaurato. Si tratta di una sospensione destinata a cessare nel momento in cui il procedimento principale giunge ad un "principio di definizione" per mezzo di archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o sentenza di primo grado. Ai nostri fini quello che rileva è che, sotto certi profili, il meccanismo processuale in esame svolge (tra le altre cose) un'importante funzione garantista. Esso mira infatti ad evitare che il dichiarante subisca pressioni, nell'ambito del procedimento principale, legate all'avanzare del procedimento per falso; questo garantendo che il secondo resti "congelato" a tutti gli effetti sino ad un livello di maturazione di quello principale tale da disinnescare, in buona parte, un eventuale utilizzo strumentale di quello per falso. Nel caso di depistaggio tale causa di sospensione non è prevista. Si consenta il rinvio a CONSORTE, *L'individuo nell'"ingranaggio processuale"*, op. cit., 325 ss.

<sup>30</sup> V. art. 157, 6° co., c.p. «I termini di cui ai commi che precedono sono raddoppiati per i reati di cui agli articoli 375, terzo comma, ...».

il diritto al silenzio - viene negato a dati consociati per via, in sostanza, di un dato soggettivo quale è la qualifica di PU o IPS.

Da quest'ultima prospettiva, si consideri che il reato di depistaggio dichiarativo sanziona condotte 'sostanzialmente' sovrapponibili a quelle previste dai reati di false informazioni al PM e dalla falsa testimonianza; due elementi specializzanti dovrebbero tuttavia caratterizzarne il peculiare disvalore rispetto ai due 'falsi processuali minori' appena menzionati.

Più precisamente, quando parliamo di elementi specializzanti ai sensi dell'art. 375 c.p. ci riferiamo, in primo luogo, alla qualifica di pubblico agente (pregressa rispetto al ruolo processuale assunto<sup>31</sup>) del soggetto attivo. In secondo luogo, al dolo specifico "impersonale" di mentire o tacere per impedire, ostacolare o sviare il procedimento penale.

Il punto è tuttavia che, per come è formulata la norma (al netto dunque delle "correzioni interpretative" operate dalla Giurisprudenza<sup>32</sup>), i due elementi specializzanti appena menzionati non sono in grado di esprimere un disvalore particolarmente intenso del fatto previsto e punito dall'art. 375 c.p.

<sup>31</sup> Si veda Cass. pen., sez. VI, 24557/2017: «Sulla base delle considerazioni esposte deve quindi fissarsi il seguente principio di diritto: «L'art. 375 c.p. si configura come reato proprio dell'attività del pubblico ufficiale, o dell'incaricato del pubblico servizio, la cui qualifica preesista alle indagini ...»».

<sup>32</sup> Ad es. si veda Cass. pen., sez. VI, 34271/2022: «L'articolo 375 del cp si configura come "reato proprio" dell'attività del pubblico ufficiale, o dell'incaricato del pubblico servizio, la cui qualifica preesista alle indagini e sia in rapporto di connessione funzionale con l'accertamento che si assume inquinato, cosicché la condotta illecita deve risultare finalizzata proprio all'alterazione dei dati che compongono l'indagine o il processo penale, che gli è stato demandato di acquisire o dei quali sia venuto a conoscenza nell'esercizio della sua funzione, o servizio, e risulti quindi posto in condizione di spiegare il proprio intervento inquinante».

<sup>33</sup> Sulla perdurante indeterminazione della nozione penalistica di incaricato di pubblico servizio, si veda MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, 79 ss.

<sup>34</sup> Si veda il caso affrontato da Cass. pen., sez. VI, 7572/2023. Vi sono precedenti applicazioni del reato di depistaggio a casi in cui l'obiettivo perseguito dall'autore è stato meramente personale; si consenta il rinvio alle sentenze analizzate da CONSORTE, *L'individuo nell'"ingranaggio processuale"*, op. cit., 213 ss. Di recente la Cassazione ha fornito importanti

Per quanto riguarda il soggetto attivo, tale fattispecie è, infatti, in teoria applicabile a tutti i pubblici agenti, a prescindere da eventuali connessioni tra la specifica funzione pubblica esercitata, da un lato, e eventuali doveri concernenti l'Amministrazione della Giustizia, dall'altro. In sostanza, dunque, per come la norma è scritta, anche la maestra o il postino possono rispondere di depistaggio, se vi sono gli estremi di cui all'art. 375 c.p.<sup>33</sup>. Inoltre, per quanto concerne il dolo specifico, non deve trascurarsi che il depistaggio può essere animato dalle stesse finalità personali che di base possono connotare gli altri falsi processuali "minori"; ciò è vero soprattutto dopo che la Cassazione, nel 2023, l'ha ritenuto configurabile a fronte di menzogne o reticenze del pubblico agente funzionali a perseguire scopi meramente egoistici<sup>34</sup>.

### 3. SPUNTI DI RIFLESSIONE

Se tutto questo è vero, l'esclusione del depistaggio dall'elenco di cui all'art. 384 c.p. non convince e crea ancor più preoccupazione, inducendo a ragionare più in generale sul principio del *nemo tenetur se detegere* nella sua dimensione sostanziale<sup>35</sup>. Lo scopo è valutare se il trattamento riservato al

precisazioni sul dolo del depistaggio che non concernono i profili esaminati in questa nota. Per completezza si riportano tuttavia alcune sentenze, come quella della Cass. pen., sez. VI, 32470/2024, che ha precisato che «Ai fini della integrazione del dolo specifico del delitto di depistaggio, occorre che il pubblico agente sia animato dall'intenzione di deviare l'indagine o il processo penale rispetto al corso in origine da essi assunto, non essendo sufficiente, invece, il fine di corroborare o consolidare indagini o elementi probatori già acquisiti». Vedasi altresì sul dolo specifico, Cass. pen., sez. VI, 7300/2023, e Cass. pen., sez. VI, 34271/2022. Secondo quest'ultima sentenza nello specifico, «Il delitto di depistaggio materiale postula, sul piano oggettivo, l'esistenza di un nesso funzionale tra il fatto realizzato dal soggetto agente e il pubblico ufficio o servizio di cui lo stesso è investito e, su quello soggettivo, la consapevolezza che la condotta manipolatrice sia suscettibile di incidere con effetto inquinante su un'indagine in corso, non essendo necessaria, invece, la rappresentazione dello specifico reato rispetto al quale la condotta genera un tale effetto».

<sup>35</sup> La difficile conciliabilità tra *nemo tenetur se detegere* e pluralità di reati non contemplati dall'art. 384 c.p. (nello specifico depistaggio materiale seguito da reticenza finalizzata a non dare informazioni sulla prima condotta) è evidenziata da MAIELLO, *Il delitto di depistaggio*, op. cit., 613. Sul tema si consenta il rinvio anche CONSORTE, *L'individuo nell'"ingranaggio processuale"*, op. cit., 263 ss.



pubblico agente possa essere riletto in una prospettiva costituzionalmente orientata, prospettiva del resto adottata dalla giurisprudenza nell'interpretare tanti altri profili del delitto in questione<sup>36</sup>.

Da questo punto di vista, appena entrato in vigore il reato, non sono mancati autori<sup>37</sup> che hanno immediatamente iniziato a riflettere sulla possibilità di "scusare" il "depistaggio difensivo", inquadrando l'inesigibilità come categoria generale in grado, dunque, di escludere il rimprovero anche oltre quanto previsto dall'art. 384 c.p. Questa impostazione si basa sul presupposto che questa norma operi sul piano soggettivo, escludendo la rimproverabilità dell'autore nelle peculiari situazioni considerate<sup>38</sup> e che in questa logica esprima un principio generale<sup>39</sup>. Del resto, la Cassazione a Sezioni Unite nel 2021<sup>40</sup> ha per l'appunto qualificato l'art. 384 c.p. come causa di inesigibilità, espressione del principio generale di colpevolezza.

Se tutto questo è vero, non può tuttavia non ricordarsi in questa sede come le scusanti -tradizionalmente- siano considerate norme eccezionali, la cui applicazione deve essere in realtà circoscritta ai soli casi espressamente previsti<sup>41</sup>. In aggiunta, se è vero che le Sezioni Unite hanno effettivamente stabilito che l'art. 384 costituisca manifestazione dell'inesigibilità e che essa esprima il principio generale di colpevolezza, d'altro canto lo hanno affermato affrontando una questione ben diversa da

quella dell'ampliamento delle fattispecie per cui opera il *nemo tenetur*. Si sono infatti occupate del tema dei beneficiari della tutela, estendendo la stessa ai conviventi. Difficile dunque trarre dalla sentenza una soluzione sicura per il caso che in questa sede interessa.

Alla luce di tutto questo, meno "ingessato" pare il ragionamento qualora si rifletta sul principio del *nemo tenetur se detegere* inquadrandolo come espressione di principi costituzionali oggettivi che governano e definiscono il volto della giustizia penale. Da questo punto di vista, non mancano autori<sup>42</sup> che da tempo sostengono come l'art. 384 c.p. rappresenti una «chimera giuridica», un «mostro irriducibile ad una medesima natura», che richiede distinguo e differenziazioni<sup>43</sup>. In questa logica, il primo comma dell'art. 384 c.p. dovrebbe essere suddiviso in due sottocategorie sulla base dell'obiettivo che ha determinato la commissione dei reati elencati. Concentrandosi solo sulla parte della fattispecie che in questa sede interessa, le ipotesi contemplate dall'art. 384 c.p. commesse con l'obiettivo di difendere la propria libertà sarebbero espressione del generale diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e del *nemo tenetur*, e dunque indizi di tale principio generale, che come tale potrebbe operare "sempre", anche oltre l'art. 384 c.p., grazie all'art.

<sup>36</sup> Si veda as es. nota n. 34.

<sup>37</sup> MAIELLO, *Il delitto di depistaggio*, op. cit., 613.

<sup>38</sup> In quest'ottica, si ritiene che il legislatore, con l'art. 384 c.p., abbia posto attenzione alla peculiare situazione soggettiva in cui versa il soggetto che si trovi costretto ad autoaccusare sé o i suoi prossimi congiunti, riconoscendo la sua non punibilità sulla base del principio di inesigibilità posto a fondamento della scusante tipizzata; il tutto senza che l'art. 384 c.p. elimini il disvalore oggettivo del fatto. Si veda per tale impostazione FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 353 ss. (in part. 355). In linea con l'impostazione appena descritta, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 581, riconduce l'art. 384 c.p. tra le figure tipiche legali che attribuiscono rilevanza a condizioni di anomala formazione del volere. Si veda inoltre, Cass. pen., sez. VI, 18119/2018, secondo cui «L'esimente configurata dall'art. 384 cod. pen. va qualificata come causa di esclusione della colpevolezza e non già dell'antigiuridicità della condotta, in quanto connessa alla particolare situazione soggettiva in cui viene a trovarsi l'agente, che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate al comma 1 dello stesso

art. 384; ne consegue che l'esimente è applicabile soltanto a chi compie materialmente l'azione tipica e non si estende ai concorrenti nel reato in concreto commesso dal soggetto non punibile». Per un'impostazione peculiare, si veda ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, fasc. 1, 178 ss. Per una critica alla lettura compassionevole dell'art. 384 c.p., si veda SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, CP)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, fasc. 1, 145 ss.

<sup>39</sup> MAIELLO, *Il delitto di depistaggio*, op. cit., 613.

<sup>40</sup> Cass., sez. un., sent. 10381/2020.

<sup>41</sup> Si veda per approfondimenti MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, 358 ss.; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 425 ss.; FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere*, op. cit., 907 ss. Per l'orientamento che nega valenza generale, sotto il profilo sostanziale, all'art. 384 c.p., si veda FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, fasc. 4, 961 (nota 4).

<sup>42</sup> SPENA, *Sul fondamento della non punibilità*, op. cit., 145 ss.

<sup>43</sup> Per le espressioni citate nel testo si veda SPENA, *Sul fondamento della non punibilità*, op. cit., 145.



51 c.p.<sup>44</sup> D'altro canto, non mancano sentenze che si interrogano a priori sull'applicabilità del diritto di difesa<sup>45</sup> a falsi processuali anche gravi, come la calunnia, ravvisando alle volte gli estremi di tale causa di giustificazione<sup>46</sup>.

Tutto questo ci conduce dunque a prendere in considerazione l'orientamento - peraltro non esente da critiche<sup>47</sup> - che elegge il *nemo tenetur se detegere* a principio generale dotato di valenza oggettiva e di rilevanza pubblicistica, in quanto espressione del diritto costituzionale di difesa e strettamente connesso alla presunzione di innocenza e al giusto processo<sup>48</sup>. Posizione del resto in linea con quella assunta dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia nell'ambito del già citato "caso Consob"<sup>49</sup>.

Le conseguenze derivanti dall'adottare l'approccio appena menzionato sono dirimenti. Inquadrandolo infatti il *nemo tenetur* come principio generale idoneo a riempire di contenuto il diritto di

difesa, esso si presta a 'completare' sotto il profilo sostanziale quella tutela del diritto al silenzio che oggi è riconosciuta al depistatore solo a livello processuale, e che di per sé non s'è considerata esautiva. È noto, infatti, come gli artt. 63 e 198 c.p.p. non siano idonei ad impedire che il soggetto "sentito", pur non essendo sospettato, possa trovarsi nella condizione di dover convogliare l'attenzione delle Autorità su di sé e fornire elementi a proprio danno<sup>50</sup>.

Peraltro, non va dimenticato che il depistaggio è un reato infra-procedimentale e si configura proprio nel contesto in cui il *nemo tenetur se detegere* (e l'art. 384 c.p.) trovano naturale applicazione. Questo non è un elemento di poco conto, dato che fa sì che il bilanciamento sotteso alla causa di giustificazione non coinvolga beni giuridici diversi ed antagonisti, bensì componenti di pari dignità dello stesso interesse, ossia l'Amministrazione della Giustizia<sup>51</sup>. Non dimentichiamoci infatti che, se è vero

<sup>44</sup> Sul tema di recente cfr. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, op. cit., 198 ss. Riconducono l'art. 384, 1° co. al principio del *nemo tenetur se detegere* SPENA, *Sul fondamento della non punibilità*, op. cit., 167-168; ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere*, op. cit., 178 ss., FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 423.

<sup>45</sup> Cass. pen., sez. VI, 33754/2022.

<sup>46</sup> Per approfondimenti sul tema e relativa bibliografia di recente cfr. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, op. cit., 198 ss. Precisa che è applicabile il diritto di difesa - nel caso di calunnia - solo se «da mendace dichiarazione costituisca l'unico indispensabile mezzo per confutare la fondatezza dell'imputazione, secondo un rigoroso rapporto di connessione funzionale tra l'accusa (implicita od esplicita) formulata dall'imputato e l'oggetto della contestazione nei suoi confronti, e sia contenuta in termini di stretta essenzialità», la Cass. pen., sez. VI, 14042/2014. Ancora, ritiene che la menzogna e persino le accuse false contro terzi innocenti possano costituire esercizio del diritto di difesa, se tali menzogne ed accuse presentano una connessione strettamente funzionale con l'addebito, Cass. pen., sez. VI, 15928/2013. Quest'ultima nello specifico ha affermato che «Se non vi è dubbio che vada riconosciuto all'imputato o indiziato di un reato ... il diritto di difendersi anche mentendo e riferendo fatti falsi, è altrettanto indispensabile - ai fini della eventuale operatività in simili casi della scriminante dell'esercizio del diritto di difesa - focalizzare l'analisi valutativa della condotta del soggetto agente sulle concrete modalità, di tempo e di situazione, attraverso le quali ad un tale esercizio del diritto di difesa si coniughi l'attribuzione a terzi di un fatto costituente reato». Sul rapporto tra diritto di difesa e calunnia si veda altresì Cass. pen., sez. VI, 26019/2008: «La linea di discriminazione tra la esistenza e la inesistenza della calunnia ove l'imputato faccia affermazioni

defensionali per allontanare da sé accuse o contestazioni mossegli in un procedimento avente carattere giurisdizionale è data dalle modalità concrete attraverso le quali, nell'esercizio del diritto di difesa (art. 51 c.p.), si attribuisca ad altri un fatto costituente reato. Finché però le affermazioni del dichiarante si limitino ad attribuire un fatto reato ad altri - di cui pur si conosce l'innocenza - semplicemente per effetto della negazione della esistenza del fatto addebitatogli il reato non sussiste. Esso sussiste, al contrario, quando tali affermazioni siano accompagnate da circostanze di fatto che le facciano apparire vere e credibili di modo che il fatto-reato che si attribuisce ad altri appaia effettivamente commesso, proprio per essere accompagnato da elementi, per così dire, di contorno che lo facciano sembrare realmente accaduto».

<sup>47</sup> FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere*, op. cit., 907.

<sup>48</sup> Per approfondimenti sul tema e relativa bibliografia di recente cfr. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, op. cit., 95 ss e 167 ss.

<sup>49</sup> Vedi nota n. 20.

<sup>50</sup> Si veda per una riflessione sul punto CAMON, *Le prove*, in CAMON et al., *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 313.

<sup>51</sup> Sotto quest'ultimo profilo, non stupisce dunque come il d.d.l. 1199, presentato al Senato nel 2019, abbia proposto di integrare l'art. 111 Cost. con due nuove norme: l'una concernente l'assistenza tecnica delle parti e l'altra volta per l'appunto a costituzionalizzare il principio secondo cui «L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza». Si veda d.d.l. S. 1199, 18ª Legislatura, Sen. Stefano Patuanelli (M5S) e altri, *Modifica dell'articolo 111 della Costituzione recante l'introduzione di principi*

che la Giustizia, sotto il profilo della verità processuale, può essere offesa da menzogna e non detti, è anche vero che la verità processuale non rappresenta la piatta somma delle verità soggettive confluite nel processo. Essa è infatti una verità complessa, che si forma nel contraddittorio grazie al confronto/scontro tra accusa e difesa<sup>52</sup>, contraddittorio che si fonda sulla presunzione di innocenza e che implica che sia il PM a individuare e acquisire la notizia di reato (art. 330 c.p.p.) e ad indagare, e che sia l'accusa a provare la responsabilità.

Quanto appena affermato trova conforto nel fatto che, nel nostro sistema penal-processuale, l'autore del reato non è obbligato ad autodenunciarsi<sup>53</sup> e l'auto-favoreggiamento<sup>54</sup> non è punito. Del resto, il principio di completezza delle indagini è un dovere che ricade sul Pubblico Ministero, e non sul cittadino<sup>55</sup>. Allo stesso modo, la disciplina delle investigazioni difensive riconosce al difensore la facoltà di decidere se e quali elementi far confluire nel procedimento<sup>56</sup>, pur dovendo ovviamente garantire la completezza e la veridicità del materiale prodotto<sup>57</sup>.

In conclusione, riconoscere al principio del *nemo tenetur* una valenza generale in questo contesto permette di non trascurare la complessità che connota il bene giuridico della "Giustizia penale", nell'ambito della quale il diritto di difesa si configura come un elemento essenziale e irrinunciabile.

---

*inerenti la funzione e il ruolo dell'avvocato*, presentato al Senato il 4 aprile 2019.

<sup>52</sup> Detto in altri termini, il codice di rito, prima, e la Costituzione, poi, hanno optato per la formazione dialettica della prova orale. Ciò in base al presupposto secondo cui il miglior mezzo per approssimarsi alla verità fattuale è la rappresentazione che emerge dalla falsificazione nell'ambito del confronto tra antagonisti, in posizione (seppur in via eccezionale e solo in questo specifico frangente) di parità; si vedano FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 33-34; PADOVANI, *Menzogna*, op. cit., 99 ss.; KÜHNE, *La strumentalizzazione della verità e della sua ricerca nel processo penale*, in *Criminalia 2008. Annuario di scienze penali*, Pisa, 2009, 477.

<sup>53</sup> Si vedano gli obblighi di denuncia *ex artt.* 361 ss c.p.

<sup>54</sup> Si veda art. 378 c.p.

<sup>55</sup> Per il principio di completezza delle indagini quale fondamento dell'art. 112 Cost., si veda Corte cost., 88/1991.

<sup>56</sup> Si veda ad esempio artt. 391-bis ss. c.p.p., secondo i quali le investigazioni difensive costituiscono una possibilità e

#### 4. CONCLUSIONI

Più complicata risulta la questione della "menzogna difensiva", non punibile ai sensi dell'art. 384 c.p. nel caso di falsi minori, ma tendenzialmente non ricondotta nell'alveo del *nemo tenetur*.

Come ha ricordato di recente la Corte costituzionale con la sentenza del 2023, già citata, la menzogna non è un diritto per l'accusato<sup>58</sup>. La scelta legislativa di non prevedere di regola sanzioni penali a carico dell'indagato o dell'imputato che menta per difendersi rappresenta una tradizione antica del nostro Paese. Questo non significa tuttavia che tale condotta sia lecita o, come dice la Corte, espressione di un diritto costituzionale. Tanto più se si pensa che vi sono casi in cui la menzogna dell'accusato assume rilevanza penale<sup>59</sup> e che spesso i giudici rifiutano di riconoscere l'art. 51 c.p. proprio in casi di calunnia difensiva<sup>60</sup>. In questa logica, la porzione dell'art. 384 c.p. che esclude la punibilità del falso potrebbe non ricadere nell'alveo dell'art. 24 Cost. e dunque non essere espressione del principio generale del *nemo tenetur*.

Alla luce di quanto appena esposto, risulta arduo sostenere che la menzogna "difensiva" del pubblico ufficiale responsabile di depistaggio possa rimanere impunita nel momento in cui -come effettivamente è- non viene espressamente contemplata dall'art. 384 c.p.

Orbene, proprio la suddetta conclusione consente di formulare delle proposte interpretative

non un obbligo per il difensore (sulla stessa linea art. 327-bis c.p.p., art. 391-octies c.p.p.). Si consenta il rinvio a CONSORTE, *L'individuo nell'ingranaggio processuale*, op. cit., 84 ss.

<sup>57</sup> Si veda la celebre sentenza delle Sezioni Unite, 32009/2006.

<sup>58</sup> Corte cost., 111/2023: «La scelta legislativa di non prevedere, di regola, sanzioni penali a carico della persona sospettata o imputata di un reato che menta nel tentativo di difendersi poggia su ragioni solide, e corrisponde a un'antica tradizione nel nostro Paese; ma il fatto che il legislatore non abbia previsto una sanzione penale per una data condotta non significa necessariamente che tale scelta corrisponda a una valutazione di liceità della condotta medesima (e tanto meno all'aver considerato quella condotta come espressione di un diritto di rango costituzionale)».

<sup>59</sup> Es. artt. 367 e 368 c.p.

<sup>60</sup> Es. Cass. pen., 48749/2023, che ravvisa un abuso di difesa qualora la menzogna coinvolga un innocente.



volte a ristabilire la coerenza del sistema, con particolare riguardo al trattamento giuridico previsto dall'art. 375 c.p.

Esse potrebbero svilupparsi partendo da un presupposto, ossia che proprio la mancata applicazione dell'art. 384 c.p. e la persistente punibilità della menzogna difensiva del “pubblico ufficiale depistatore” vengano inquadrate quali manifestazione di un impegno preventivo che il pubblico ufficiale assume con il conseguimento della qualifica: anteporre sempre e comunque il pubblico interesse agli altri eventualmente confliggenti, ivi inclusi quelli personali.

Andando oltre nel ragionamento, avrebbe senso prevedere tale impegno, e la conseguente rinuncia a tutelare interessi personali fondamentali come la propria libertà, solo nei confronti di un pubblico agente depistatore che abbia assunto un obbligo di protezione rafforzato del bene “Giustizia”; ciò, vuoi per qualifica, vuoi per specifico incarico affidatogli in un certo procedimento penale<sup>61</sup>.

Questo porterebbe dunque ad escludere dal novero dei soggetti attivi del depistaggio tutti quei pubblici agenti che nel rapporto con la Giustizia sono equiparabili al privato. Conclusione quest'ultima che consentirebbe di chiudere il cerchio, restituendo coerenza al regime particolarmente rigoroso riservato in generale al depistatore e riducendo altresì le frizioni di tale reato con il principio di offensività<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Questo sulla scia di quanto sostenuto da attenta dottrina: MAIELLO, *Il delitto di depistaggio*, op. cit., 609. Del resto, per la concezione oggettiva, la qualifica non si traduce in un attributo permanente della persona, in una sua qualità personale, ma sussiste solo in quanto il soggetto ha agito nell'esplorazione della funzione esercitandone i poteri: cfr. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, 122.

<sup>62</sup> La selezione degli autori del reato sarebbe dunque coerente con l'oggettività giuridica tutelata, ergendo dunque quest'ultima a *præius* interpretativo della norma. Si veda, in generale sul tema del rapporto tra qualifiche soggettive e offensività VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale, Vol. II*, Napoli, 2011, 19 ss. e 748 ss. Con specifico riferimento al depistaggio, cfr. MAIELLO, *Il delitto di depistaggio*, op. cit., 609. In generale, sul principio di offensività, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

<sup>63</sup> Si veda nota 34.

Ci si rende conto di come la proposta interpretativa in esame rappresenti una lettura restrittiva dell'art. 375 c.p., che va oltre le scelte del legislatore. Non pare tuttavia una proposta peregrina, anche in considerazione del fatto che la Cassazione (proprio con riferimento al depistaggio) ha cercato più volte di evitare scivolamenti verso una responsabilità da posizione; ciò, ancorando la commissione di tale fattispecie ad una effettiva strumentalizzazione della pubblica funzione esercitata<sup>63</sup>.

Resta comunque il dubbio che la soluzione più efficace avrebbe potuto essere l'evitare del tutto l'introduzione del reato di “depistaggio proprio”, accontentandosi della sola aggravante per depistaggio prevista dall'art. 384-ter c.p.<sup>64</sup> Quest'ultima, infatti, pur presentando anch'essa alcune problematiche<sup>65</sup>, costituisce una sorta di depistaggio comune<sup>66</sup> che è applicabile a tutti i falsi processuali minori e che consente di punire con severità solo quei casi che interessano processi per reati gravi.

<sup>64</sup> Per comodità si riporta il testo del primo comma dell'art. 384-ter c.p.: «Se i fatti di cui agli articoli 371-bis, 371-ter, 372, 374 e 378 sono commessi al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale in relazione ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 276, 280, 280-bis, 283, 284, 285, 289-bis, 304, 305, 306, 416-bis, 416-ter e 422 o ai reati previsti dall'articolo 2 della legge 25 gennaio 1982, n. 17, ovvero ai reati concernenti il traffico illegale di armi o di materiale nucleare, chimico o biologico e comunque in relazione ai reati di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la pena è aumentata dalla metà a due terzi e non opera la sospensione del procedimento di cui agli articoli 371-bis e 371-ter».

<sup>65</sup> Ciò dato che anche in questo caso non opera la “sospensione del procedimento” per falso, prevista invece per gli articoli 371-bis e 371-ter qualora non sia applicabile l'aggravante di depistaggio.

<sup>66</sup> È PISA, *Il “nuovo” reato di depistaggio*, op. cit., 1280, ad affermare che -nel caso di cui all'art. 384-ter c.p.- viene configurato una sorta di depistaggio comune.

## PERICOLO DI RICOSTRUZIONE DEL PARTITO FASCISTA: LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE

A cura di Francesco MARTIN\*

### ABSTRACT

*Il pubblico ufficiale e rappresentante delle forze dell'ordine, è un soggetto particolarmente credibile e affidabile nella prospettiva dei soggetti che con lui interagivano tramite il social network e conseguentemente, nel caso di diffusione a mezzo profilo Facebook pubblico di post inneggianti il fascismo e il nazismo sussiste il pericolo per la ricostruzione del partito fascista.*

### SOMMARIO

1. **Normativa sul disciolto partito fascista** ..... 49
2. **Profili di critica**..... 51
3. **La condotta del pubblico ufficiale** .. 53
4. **Conclusioni** ..... 53

### 1. NORMATIVA SUL DISCIOLTO PARTITO FASCISTA

La tematica inerente al disciolto Partito Fascista e vari movimenti, gruppi extraparlamentari ed anche vere e proprie forze politiche che si ispirano a tale ideologia ha interessato, dal dopoguerra ad oggi, il dibattito politico, giuridico e culturale.

Nell'ordinamento italiano sono molteplici le norme che, a vario titolo, riguardano le organizzazioni o i partiti che si ispirano al regime fascista.

La prima fonte ha rango costituzionale e riguarda in particolare la ricostituzione del disciolto Partito Fascista; la disposizione XII delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. Questa norma ha notevole rilievo perché rende inapplicabile, nei confronti dei

movimenti fascisti, la libertà di associazione, prevista dall'art. 18 Cost.

Durante l'Assemblea costituente, le varie forze politiche che si accingevano a scrivere la carta costituzionale si erano interrogate sulla definizione da dare al termine partito fascista, cioè se dovesse intendersi un mero richiamo al partito fascista così come fondato nel 1921, ovvero se si riferisse a tutti quei partiti che si ispirassero alle idee - in tutto o in parte - del partito fascista.

Ha prevalso una visione storicizzata di fascismo come fenomeno politico-culturale ben riconoscibile, dunque, che trova conferma nella successiva inserzione in sede di coordinamento del testo del Progetto di Costituzione del termine disciolto, ma che almeno in parte compensata dall'inciso sotto qualsiasi forma, che mostra l'intenzione del Costituente di vietare la ricostituzione di partiti o movimenti che, sotto altro nome, professavano l'ideologia e utilizzavano i metodi del fascismo.

In dottrina<sup>1</sup> alla XII disposizione è stata data una lettura quale fondamento di una disciplina stabile rivolta al futuro, nonché una norma per le future generazioni, che ben possono dimenticare il passato, contro il rischio permanente di involuzione autoritaria del sistema democratico. In questa prospettiva, dal paradigma antifascista della Costituzione repubblicana deriva la connotazione democratica, egualitaria, e di tutela della dignità della persona.

Tale disposizione è stata poi tradotta attraverso la tipizzazione e la punizione della condotta volta a ricostruire il disciolto partito fascista.

L'attuazione della norma è infatti avvenuta in sede penale, definendo le fattispecie di reato connesse al divieto, l'estensione e la configurazione delle quali dipendono dalla ricostruzione interpretativa in base alla quale si attribuiscono significato e funzione specifica alla XII disp.; la disciplina dello scioglimento costituisce solo un passaggio

\* Avvocato del Foro di Venezia.

<sup>1</sup> G. E. Vigevari, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Riv.It.Dir.media*, n. 1, 2019, p. 12.

successivo, strettamente connesso all'accertamento dei reati<sup>2</sup>.

Una prima disposizione in tal senso si è avuta con la L. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba), la quale ha vietato la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto Partito Fascista e ha previsto i reati di apologia di fascismo, di istigazione e reiterazione delle pratiche tipiche e proprie del partito e del regime cessati<sup>3</sup>.

Il divieto è associato a tre tipologie di condotta: a) svolgere attività di esaltazione di esponenti, principi, fatti, metodi del Partito Fascista; b) compiere manifestazioni esteriori di carattere fascista; c) perseguire finalità antidemocratiche proprie del Partito Fascista attraverso differenti modalità. Il carattere militare da elemento costitutivo diventa aggravante.

Quanto al dispositivo di scioglimento, la sentenza di condanna per il reato di ricostituzione del partito fascista diventa il presupposto per l'intervento del Ministro dell'Interno, sentito il Consiglio dei ministri; alla magistratura resta affidato l'accertamento del fatto storico-ideologico, quanto meno in via ordinaria; la disciplina d'urgenza consente l'intervento diretto con decreto legge, permettendo l'accertamento della fattispecie ad un atto politico nella discrezionalità della maggioranza parlamentare<sup>4</sup>.

La legge configura come reati autonomi l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste, che costituiranno i punti più controversi dell'attuazione; anche perché la stessa XII disp. suggerisce che la protezione della democrazia debba essere rivolta contro gruppi/partiti organizzati, non contro i singoli individui determinando ulteriori perplessità sul percorso di attuazione penalistico

---

<sup>2</sup> B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della costituzione repubblicana*, Giuffrè, 2011, p. 1388.

<sup>3</sup> Secondo F. Basile, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *DPU*, 04.12.2019, p. 3, un gruppo di persone non inferiore a cinque che persegua finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori

Così come sottolineato da una parte della dottrina<sup>5</sup> si deve tuttavia evidenziare che, sotto il profilo giurisprudenziale, in rari casi vi sono state condanne in applicazione della legge Scelba.

La legge Scelba ha dunque costituito un indubitabile punto di riferimento sul piano strutturale per le nuove fattispecie incriminatrici di discriminazione razziale introdotte dalla l. 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. legge Reale), di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale di New York sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, le cui disposizioni sono state successivamente modificate dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino)<sup>6</sup>.

Si evince quindi che la legge Scelba si pone come fundamenta delle disposizioni normative, che sono state emanate successivamente, attraverso le quali il legislatore ha inteso punire ogni tipo di discriminazione, etica e razziale comune ai regimi costituitisi nel primo dopoguerra.

In particolare, la legge Mancino ha disciplinato specifiche ipotesi di delitto per la repressione delle condotte di propaganda delle idee fondate sulla superiorità della razza e di istigazione a commettere violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche se non legate alla dottrina fascista.

In tempi più recenti, inoltre, ad opera del D. Lgs. 1° marzo 2018 n. 221, sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. nei quali è stato riversato il testo delle disposizioni di cui all'art. 3 L. 654/1975 ed all'art. 3 D.L. 122/93.

L'attuale art. 604-*bis*, comma 1, c.p., oltre alle condotte di propaganda, esplicate con l'incitamento o la diffusione, punisce anche gli atti discriminatori, comportamenti di arbitraria differenziazione razziale dell'individuo, pur se posti in essere in forma isolata, mentre i motivi che caratterizzano

della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero che rivolga la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o, infine, che compia manifestazioni esteriori di carattere fascista.

<sup>4</sup> M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *RAIC*, 2004.

<sup>5</sup> D. Pulitanò, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Rivista Media Laws*, 10.3.2019, p. 15.

<sup>6</sup> A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Cont.*, 09.05.2018, p. 3.



l'azione criminosa (razziali, etnici o religiosi), prima riferiti alla qualità delle persone offese, sono stati trasposti sul piano soggettivo della fattispecie, caratterizzanti il dolo specifico.

Per quanto attiene l'ipotesi associativa di cui all'art. 604-*bis*, comma 3, c.p., oltre all'introduzione delle motivazioni etniche, nazionali e religiose, viene estesa anche alle ipotesi di movimenti e di gruppi, in conformità alle scelte incriminatrici già effettuate in tema di attività di riorganizzazione del disciolto Partito Fascista dall'art. 7 l. 654/1975.

Una parte della dottrina<sup>7</sup> ha evidenziato che potrebbero sussistere alcuni casi di interferenza con le disposizioni della legge Scelba e le disposizioni di cui all'art. 604-*bis*, comma 1, lett. a) e b); proprio per tale ragione queste ultime norme sono caratterizzate da una clausola di riserva generale – espressione del principio di sussidiarietà – che ne impone l'applicazione solo nel caso in cui le condotte non siano punite in modo più grave da altra disposizione<sup>8</sup>.

## 2. PROFILI DI CRITICA

Alcune criticità, di rilievo costituzionale, hanno interessato l'art. 5 della legge Scelba che vieta la manifestazione o l'esposizione di simboli riconducibili al disciolto Partito Fascista, ovvero di organizzazioni naziste.

Difatti la Corte costituzionale, con le sentenze 16 gennaio 1957 n. 1 e 25 novembre 1958 n. 74, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4 e 5 della legge Scelba, con argomentazioni di carattere generale che riguardano l'intero impianto della legge.

Entrambe le sentenze fondano la loro decisione sul testo della XII disposizione transitoria e ritengono che – per ritenere la possibilità di sanzionare penalmente le condotte vietate – sia necessario accertare che tali condotte abbiano creato un pericolo di riorganizzazione del partito fascista.

La sentenza n. 1/1957, con riferimento all'apologia di fascismo (art. 4), ritiene che non sia sufficiente una difesa elogiativa del regime, ma che debba trattarsi di una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista.

La sentenza n. 74/1958, che ha esaminato il problema in relazione alle manifestazioni fasciste (art. 5), ha affermato analoghi principi precisando peraltro che deve ritenersi la legittimità costituzionale non solo delle sanzioni penali che prendono in considerazione soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, bensì anche di quelli idonei a creare un effettivo pericolo di tale riorganizzazione.

Non è quindi sufficiente che le condotte pongano in essere attività astrattamente qualificabili come apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, ma è necessario che il fatto trovi nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo idoneo a provocare adesione e consensi e a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste.

Nella sentenza 1957 la Corte, dopo aver rilevato che l'art. 4 va esaminato in rapporto al primo comma della XII delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, ha evidenziato che l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Deve quindi essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione.

Nella sentenza del 1958 la Corte esclude invece che si possa dare dell'art. 5 una mera interpretazione letterale tale da ritenere punibile qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o

<sup>7</sup> G. Biondi, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, in *Giur. merito*, 2006, III, 2474 ss.; A. Caputo, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 476. Sulla clausola di riserva contenuta nell'art. 1 della legge Mancino vedi anche Cass., Sez. I, 16 giugno 1999, Crasti, in *Riv. Pen.*, 1999, 735 e Id., Sez. I, 29 ottobre 1993, Freda, *ivi*, 1994, 900 sul rapporto

tra l'art. 1 L. 20 giugno 1952, n. 645 (riorganizzazione del partito fascista) e l'art. 3, 3° comma, della L. 13 ottobre 1975, n. 654, come sostituito dall'art. 1, comma 1, d. l. 26 aprile 1993, n. 122 e trasfuso nell'art. 604-*bis* c.p.-

<sup>8</sup> F. Martin, *Pericolo concreto o pericolo astratto: le Sezioni Unite sulla rilevanza penale del saluto romano*, in *Giur. Pen.*, n. 1, 2024.



transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido.

Queste due sentenze da un lato hanno escluso che con la legge Scelba vi sia stata una indebita compressione della libertà di espressione ma al contempo hanno dato una chiave di lettura restrittiva della legge che è stata poi costantemente richiamata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che più volte, invero contro un diffuso sentimento di avversione verso manifestazioni usuali del partito fascista, ha escluso la sussistenza del reato (in mancanza di un chiaro e concreto intento di riorganizzare il partito fascista o comunque di contribuire con tale condotta ad alimentare o rafforzare tale pericolo<sup>9</sup>).

Da ultimo la Corte costituzionale ha nuovamente esaminato la questione con la sentenza 14 febbraio 1973 n. 15, dichiarandone l'infondatezza. Orbene se si analizzano le pronunce della Corte Costituzionale si evince come la fattispecie di cui all'art. 5 L. 645/1952 si configuri come un reato di pericolo concreto<sup>10</sup>.

Tuttavia per un'altra tesi dottrinale<sup>4</sup> il contenuto delle manifestazioni simboliche che ricordano l'ideologia fascista o nazista assume un rilievo assorbente sul piano della offensività, per effetto dell'attuazione della XII Disposizione, non essendo necessario individuare una idoneità in concreto<sup>11</sup> e funzionalità di tali condotte alla riorganizzazione del disciolto partito fascista, ove si svolgano in ambito pubblico, che per sua natura possano consolidare il proposito.

<sup>9</sup> F. Spaccasassi, *Le manifestazioni usuali del fascismo tra leggi "Scelba" e "Mancino"*, in *Quest. Giust.*, 07.04.2022, p. 6.

<sup>10</sup> Nel nostro ordinamento, come noto, sussistono reati di pericolo concreto e i reati di pericolo astratto. Una delle differenze intercorrenti tra le predette categorie consiste nel criterio di accertamento che il giudice dovrà utilizzare per vagliare la presenza del pericolo nel caso sottoposto al suo esame.

Ove il reato sia di pericolo concreto, infatti, sarà necessario un giudizio prognostico *ex ante* in concreto: il giudice, dunque, utilizzando la più ampia base conoscitiva possibile, si dovrà riportare al momento dell'azione e stabilire se, data quell'azione, era probabile (non essendo sufficiente la mera possibilità) la lesione del bene giuridico tutelato.

In relazione ai reati di pericolo astratto, d'altra parte, l'interprete non dovrà accertare volta per volta la concreta messa in pericolo del bene giuridico tutelato: la valutazione

La Corte di Cassazione<sup>7</sup> con una recente sentenza si è pronunciata circa un episodio, occorso a Milano, durante il quale erano stati posti in essere alcuni comportamenti tipici del regime fascista quali la chiamata del presente, il c.d. saluto romano, e l'esposizione di uno striscione inneggiante ai camerati caduti e di numerose bandiere con croci celtiche<sup>12</sup>; la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano aveva contestato la violazione dell'art. 5 L. 645/1952.

La Corte, rendendo inammissibile il ricorso, ha richiamato due pronunce della Corte costituzionale, già evidenziate in precedenza, che prendono in considerazione solamente quelle manifestazioni che possono determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, ovvero di quelle manifestazioni che siano idonee a provocare consenso della massa nei confronti del partito disciolto.

Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto che vi fosse una mera commemorazione del corteo, del quale avevano già concordato le modalità: silenzio, privo di inno, canti o slogan evocativi dell'ideologia fascista e l'assenza di comportamenti aggressivi, armi o altri strumenti.

Alla luce delle libertà garantite dall'art. 21 Cost., secondo l'orientamento assunto dalla Corte di cassazione andrebbero penalmente sanzionate solamente quei comportamenti che siano in grado di suggestionare concretamente le folle inducendo degli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di organizzazione del partito fascista.

dell'attitudine offensiva dell'azione è stata già effettuata a priori dal legislatore, il quale ha qualificato, in via generale e astratta, il comportamento sanzionato come tipicamente pericoloso per il bene giuridico tutelato. In questi casi, il giudice dovrà limitarsi ad accertare la realizzazione del comportamento vietato, astraendo dalle circostanze del caso concreto. Per una disamina più approfondita si veda M. Galli, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in *DPC*, 22.06.2019.

<sup>11</sup> M. Galli, *Dalla cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22.06.2019.

<sup>12</sup> M. E. Orlandini, *Apologia al fascismo e saluto romano*, in *Ius in itinere*, 31.07.2018.



È quindi necessario esaminare tale rapporto non soltanto in virtù delle libertà costituzionali ma anche alla luce dell'art. 10 CEDU, il quale, parimenti all'art. 21 Cost, garantisce all'individuo la libertà di manifestazione del pensiero e di stampa.

Tale principio consente, però, la limitazione della predetta libertà in tre casi: quando tale restrizione sia espressamente prevista per legge, quando la conseguente interferenza col diritto di espressione persegua i fini previsti dal medesimo articolo 10 e quando l'interferenza si concretizzi in misure necessarie e proporzionali sia allo scopo perseguito, sia al fatto al quale s'intende reagire<sup>13</sup>e.

In definitiva quindi, secondo la Suprema Corte, deve essere il giudice di merito, nel singolo caso concreto, a valutare le condizioni ambientali e psichiche nelle quali il saluto romano sia in grado di creare consenso ed una base solida affinché si possa ricostruire il partito fascista.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite<sup>14</sup> della Corte di cassazione le quali, dirimendo un conflitto giurisprudenziale insorto, hanno affermato che: «*La condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla "chiamata del presente" e nel c.d. "saluto romano", rituali entrambi evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, integra il delitto previsto dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, sia idonea ad integrare il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione*».

### 3. LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE

Circa il delitto previsto dall'art. 4 l. 645/1952 la Corte di cassazione<sup>15</sup> è recentemente intervenuta con particolare riferimento al soggetto pubblico ufficiale, autore di alcuni post su Facebook inneggianti a Mussolini e Hitler e ai relativi simboli di regime, nonché ai metodi di sterminio degli stranieri, sia mediante la soppressione con pallottole, che venivano pubblicamente esibite, sia mediante la deportazione con l'uso di treni blindati

La Corte ha rilevato che l'imputato, sottufficiale delle Capitanerie di Porto, costituiva, in quanto pubblico ufficiale e rappresentante delle forze dell'ordine, un soggetto particolarmente credibile e affidabile nella prospettiva dei soggetti che con questi interagivano tramite il social network e che il mezzo impiegato, caratterizzato da un profilo personale, ma pubblico, costituisce uno strumento formidabile di diffusione verso un numero indiscriminato di soggetti, anche attraverso la metodica delle citazioni e dei richiami o rimandi.

Inoltre i post e le pubblicazioni sono stati numerosi e reiterati, sicché affatto estemporanei e, dunque, idonei a persuadere i propri followers e la continua adesione manifestata da terzi al materiale pubblicato dall'imputato dimostra, per un verso, il concreto effetto conseguito dall'apologia e, per altro verso, l'ulteriore perniciosità della esaltazione fascista e razzista derivanti dal sostegno offerto e ottenuto dal pubblico nonché dalla crescente consapevolezza di non essere isolati nel predicare tali violente e razziste convinzioni.

La Corte ha inoltre osservato che: «*La natura di utente privato, cioè afferente a un profilo personale intestato a un soggetto non istituzionale o di rilievo pubblico, è stata correttamente valutata irrilevante per sminuire o escludere l'idoneità della condotta, in quanto il funzionamento del social network, viepiù quando si usa la comunicazione sul profilo pubblico, costituisce un veicolo di diffusione indiscriminata, intrinsecamente destinato a essere raggiunto da chicchessia.*

*D'altra parte, attraverso l'utilizzo delle basilari funzioni dello strumento informatico prescelto dall'imputato per diffondere le idee finalizzate a ricostituire il partito fascista, i messaggi sono stati effettivamente ulteriormente diffusi, rimandati, richiamati, condivisi e approvati dagli utenti, così costituendo un formidabile strumento di diffusione di idee e notizie, come avvenuto nel caso di specie.*

### 4. CONCLUSIONI

La sentenza in esame interpreta in maniera corretta il principio fissato dalle Sezioni Unite, nonché la struttura del reato.

Di particolare interesse sono le peculiari caratteristiche dell'imputato che sono state riconosciute

<sup>13</sup>F. Blando, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in *Costituzionalismo*, fasc. 1, 2014, p. 12.

<sup>14</sup> Cass. Pen., SS.UU, 17 aprile 2024, n. 16153, in *Dejure*.

<sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. I, 27 gennaio 2025, n. 3351, in *Dejure*.



alla stregua di un elemento di rafforzamento del pericolo di ricostituzione del partito fascista, in considerazione della sua qualità di pubblico ufficiale e di ufficiale di polizia giudiziaria addetto alla tutela dei confini marini dello Stato.

Analogamente, l'idoneità della condotta è stata ravvisata nell'effettivo consenso raccolto dall'uomo ai chiari e inequivoci messaggi di invito all'adesione all'ideologia fascista e ai suoi metodi violenti per risolvere, nello specifico, la questione dell'immigrazione mediante l'eliminazione fisica e la deportazione delle persone di razza diversa.

In tal senso la cassazione ha ritenuto che la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, rispetto a quella di privato cittadino, rappresentasse l'elemento fondante, o quantomeno rafforzativo, del pericolo di ricostruzione del partito fascista.

Ciò facendo leva sulla circostanza che il pubblico ufficiale, proprio in virtù della sua carica, sarebbe un soggetto particolarmente credibile e affidabile.

Tale sentenza non deve tuttavia indurre nel credere che qualora il soggetto agente sia un privato cittadino il reato non possa sussistere, ma semplicemente la Corte ha riconosciuto, al pubblico ufficiale, un maggiore potere di convincimento derivante proprio dalla qualifica ricoperta.



## LA RILEVANZA DELLA VOLONTÀ E LA CENTRALITÀ DELLA SFERA PIÙ INTIMA DELL'INDIVIDUO NEL SISTEMA PENALE: DALL'AUTORE DEL REATO ALLA VITTIMA

di **Fabio PAGANA\***

### ABSTRACT

*L'articolo offre una ricostruzione del ruolo della volontà nel sistema penale volta a dimostrare l'attenzione del legislatore alla sfera intima dell'individuo, sia come autore del reato che come vittima. Il lavoro evidenzia, anche attraverso una ricognizione delle più rilevanti pronunce della Corte di Cassazione, la rilevanza proteiforme della volontà, da elemento costitutivo dell'illecito penale a criterio di imputazione soggettiva dello stesso, a scriminante e, persino, nel caso dell'attività dell'operatore sanitario, a fondamento costituzionale della liceità della predetta attività. Inevitabili le ricadute processuali in termini di difficoltà di accertamento e di conseguente onere motivazionale del giudice.*

### SOMMARIO

<b>1. Premessa</b> .....	<b>55</b>
<b>2. La volontà del soggetto agente: nozione di dolo e rapporti con la imputabilità</b> .....	<b>55</b>
<b>3. Le forme del dolo</b> .....	<b>59</b>
<b>4. L'accertamento processuale del dolo</b>	<b>61</b>
<b>5. La volontà come elemento circostanziale</b> .....	<b>62</b>
<b>6. La volontà come elemento di commisurazione della pena</b> .....	<b>65</b>
<b>7. La volontà della vittima del reato come elemento costitutivo della fattispecie penale</b> .....	<b>65</b>
<b>8. La volontà della persona offesa come scriminante</b> .....	<b>68</b>
<b>9. Il consenso nel trattamento sanitario</b> .	<b>69</b>
<b>10. Osservazioni conclusive</b> .....	<b>75</b>

### 1. PREMESSA

Scopo delle presenti riflessioni è evidenziare il ruolo trasversale e, per questo centrale, della volontà dell'individuo nel nostro sistema penale.

Si tratta, invero, di circostanza che non deve stupire, posta la matrice costituzionale della personalità della responsabilità penale, ma che certo richiede uno sguardo di assieme per poter essere colta a pieno.

Se, infatti, proprio in considerazione del principio di cui all'art. 27 Cost.<sup>1</sup>, non può stupire che il legislatore ordinario abbia avvertito sempre la necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva, esigendo un collegamento soggettivo tra il fatto – reato e il suo autore, meno scontata risulta la rilevanza della volontà della vittima come elemento costitutivo della fattispecie di reato o come scriminante.

Sarà interessante, allora, a freddo, senza la spinta di una qualche pronuncia o di un qualche intervento normativo da commentare con urgenza, cogliere il *file rouge* che attraversa il nostro ordinamento penale sotto il profilo della rilevanza della volontà, evidenziando, anche, le difficoltà concrete dell'operatore del diritto nel muoversi tra l'astratta previsione normativa e l'accertamento in concreto di un dato volere.

### 2. LA VOLONTÀ DEL SOGGETTO AGENTE: NOZIONE DI DOLO E RAPPORTI CON LA IMPUTABILITÀ

È del tutto evidente che il primo pensiero, quando si parla di volontà nell' illecito penale, corre all'autore del reato e ai criteri di imputazione soggettiva della condotta.

È noto, infatti, che in forza del principio costituzionale della personalità della responsabilità

\* Magistrato addetto alla Segreteria Generale del Consiglio Superiore della Magistratura.

<sup>1</sup> Art. 27, primo comma, Cost. "La responsabilità penale è personale": v. A. ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma*, in ALESSANDRI

A. - DOMINIONI O. - FIANDACA G. - MERUSI F. - CLARICH M., *Rapporti civili. Art. 27-28, Commentario della Costituzione* di G.Branca, A. Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 6 ss.



penale ognuno può essere chiamato a rispondere del reato solo ove lo abbia materialmente commesso e ove la condotta – attiva o omissiva – sia a lui psicologicamente riconducibile, o per colpa – violazione delle regole cautelari – o per espressa volontà – c.d. dolo.

Chi, dunque, si approcci al nostro sistema penale, e voglia confrontarsi con la rilevanza che esso attribuisce alla volontà, inevitabilmente si imbatte nel dolo e nelle problematiche che lo riguardano: 1) nozione di dolo; 2) tipologie di dolo; 3) accertamento processuale del dolo.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. il delitto è doloso “o secondo l'intenzione quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione”.

Il dolo, dunque, come previsione – coscienza – e volontà.

Numerose le pronunce in tal senso nella giurisprudenza di legittimità.

A titolo puramente esemplificativo, in relazione a fattispecie di reato eterogenee tra di loro, si è osservato “Nel delitto di maltrattamenti in famiglia, punito dall'art. 572 cod. pen., il dolo è generico, sicchè non si richiede che l'agente sia animato da alcun fine di maltrattare la vittima, bastando la coscienza e volontà di sottoporre la stessa alla propria condotta abitualmente offensiva”<sup>2</sup>; ancora “Nel reato di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, il dolo è correlato alla **consapevolezza** dell'esistenza di una situazione di pericolo discendente dal funzionamento di un'apparecchiatura, segnale o impianto destinato a prevenire l'infortunio e privo della cautela imposta, e alla **volontà** di accettare il rischio di quest'ultimo, consentendo il funzionamento senza la cautela stessa”<sup>3</sup>; nello stesso senso “L'elemento soggettivo del reato di appropriazione indebita consiste nella **coscienza e volontà** di appropriarsi del denaro o della cosa mobile altrui, posseduta a qualsiasi titolo, sapendo di agire senza averne

diritto, ed allo scopo di trarre per sé o per altri una qualsiasi illegittima utilità”<sup>4</sup>; “In tema di lesioni personali volontarie, il dolo consiste nella **coscienza e volontà** di procurare una malattia o quantomeno sensazioni dolorose nel soggetto passivo, per cui la responsabilità per tale delitto discende da ogni condotta volontaria idonea a determinare le lesioni, quando sia accompagnata da intenzionalità lesiva. (Fattispecie relativa al reato di lesioni personali aggravate dall'uso di un coltello, in cui la Corte ha precisato che a nulla rileva, in presenza dell'omogeneità dell'evento realizzato rispetto a quello voluto, la diversa regione corporea attinta rispetto a quella verso la quale l'azione era inizialmente diretta)”<sup>5</sup>.

Coscienza e volontà, dunque, dualismo che impone il distinguo tra l'essere in grado di percepire il disvalore di una condotta – coscienza/consapevolezza appunto – e il volerla porre in essere.

La coscienza e la volontà presuppongono, a monte, la capacità di intendere e di volere, vale a dire la c.d. imputabilità del soggetto agente (art. 85 c.p.)<sup>6</sup>.

La predetta capacità postula di fondo due dati: che il soggetto agente abbia compiuto un'età che permetta di qualificarlo come capace di intendere e di volere e che, avendo compiuto tale età, non sia affetto da patologie mentali che escludano, o comunque in qualche misura elidano e riducano, la predetta capacità.

Con riferimento al primo aspetto – compimento di un'età a cui ancorare la capacità di intendere di volere – giova evidenziare che nel nostro ordinamento la presunzione di piena capacità di intendere e di volere viene ancorata al compimento della c.d. maggiore età, indentificata, ad oggi, nei 18 anni di vita.

Il legislatore, però, è ben consapevole del fatto, circostanza invero avvalorata dal progresso sociale e culturale e dagli stimoli a cui i minorenni sono sempre più esposti, che una capacità di intendere e di volere può sussistere anche prima dei 18 anni,

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2004, n. 4933.

<sup>3</sup> Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, n. 17214.

<sup>4</sup> Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27023.

<sup>5</sup> Cass., Sez. V, 13 gennaio 2021, n. 8004.

<sup>6</sup> Di seguito il testo dell'art. 85 c.p. “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere”. Per la teoria dell'imputabilità come presupposto della colpevolezza, sostenuto soprattutto dalla concezione

normativa della colpevolezza, v. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955, p. 11; A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 10970, p. p. 766; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, p. 15; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. Pen.*, 1966, I, 406 ss.; in generale, sul rapporto di inerenza dell'elemento soggettivo (doloso e colposo) al fatto tipico (aspetto obiettivo della condotta), v. ancora E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, pp. 4 ss., 48 ss.;



ma in questo caso essa andrà accertata in concreto e non presunta<sup>7</sup>.

Da qui, ai fini della imputabilità penalistica, un triplice binario: 1) soggetti maggiorenni la cui capacità di intendere e di volere si presume e, dunque, sempre imputabili, salvo che siano dedotti elementi che la escludano o riducano (quali ad. es. patologie); 2) soggetti minorenni – di età compresa tra i diciotto e i quattordici anni che potranno essere imputabili previo accertamento in concreto della loro capacità di intendere e di volere; 3) soggetti che non hanno compiuto neppure i quattordici anni – soglia minima per la imputabilità individuata dallo stesso legislatore – che non saranno mai imputabili – operando una sorta di presunzione inversa di impossibilità che gli stessi possano avere maturato una qualche capacità di intendere e di volere<sup>8</sup>.

È evidente che, se nessun problema si pone in merito all'accertamento del compimento o meno della maggiore età, ancorato da una parte a un dato normativo e, dall'altra, a un dato anagrafico, più problematico l'accertamento delle eventuali patologie mentali, idonee, potenzialmente, ad incidere sulla capacità anche ove, in astratto, sussistente.

Queste, di regola, richiederanno la ricostruzione della storia clinica dell'autore del reato (ove esista, ad esempio, tramite l'acquisizione di documentazione attestante patologie in atto e/o pregresse e relative cure) e, il più delle volte, il ricorso ad una perizia d'ufficio – un accertamento tecnico demandato ad uno specialista in base alla patologia dedotta e risultante dalla eventuale documentazione<sup>9</sup>.

Ma quali patologie possono rilevare ed in che misura?

In relazione alla prima parte dell'interrogativo – quali patologie possono rilevare – si è sostanzialmente registrata una evoluzione giurisprudenziale che da una rilevanza limitata a malattie mentali si è da ultimo, ormai dai tempo invero ed in modo consolidato, orientata per dare rilievo anche a problematiche non riconducibili a un quadro clinico ben determinato – conclusione che se logicamente comprensibile, occorre dirlo, non semplifica, certo, ad es. il compito del giudice chiamato ad accertare la capacità dell'indagato/imputato.

Con riferimento alla seconda parte dell'interrogativo – in che misura le eventuali patologie possano incidere – è lo stesso legislatore ad indicare le due alternative possibili e le relative conseguenze: a) capacità di intendere e di volere esclusa – il soggetto non sarà imputabile –; b) capacità di intendere e di volere grandemente scemata – il soggetto sarà imputabile e, in caso di condanna, beneficerà di una riduzione di pena.

Soprattutto la prima parte dell'interrogativo impone, però, qualche ulteriore riflessione.

Come detto si è registrata, in via interpretativa, una evoluzione per la quale sulla capacità di intendere e di volere non incidono solo le patologie cliniche accertate ma anche condizioni più “sfumate”.

In tal senso il punto di svolta, in giurisprudenza, è stato costituito dalla pronuncia delle Sez. Un. della Corte di Cassazione, del 23 gennaio 2005, n. 9163<sup>10</sup>.

Di seguito i fatti che hanno condotto alla predetta pronuncia.

Verso le ore 4 del 27 dicembre 2001 Giuseppe Raso, dinanzi alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplose due colpi

<sup>7</sup> Com'è noto, l'argomento ha sempre formato oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica: v. già G. SABATINI, *L'azione dell'incapace di intendere o di volere*, in *Riv. pen.*, 1934, p. 466.

<sup>8</sup> Il sistema di imputabilità è delineato, con riferimento al fattore età, dagli artt. 97 e 98, primo comma, c.p.

L'art. 97 c.p. statuisce che “Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni” e l'art. 98, primo comma, c.p. prevede che “È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita”.

<sup>9</sup> La perizia rappresenta lo strumento essenziale, purché essa si limiti ad offrire solo ed esclusivamente un quadro delle condizioni mentali del soggetto al momento della realizzazione del fatto: G. PONTI, *La perizia sull'imputabilità*, in GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, 635; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Imputabilità e pratiche della perizia psichiatrica*, in GIANNICHEDDA, ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti e modelli di servizio*, Milano, 1987, p. 197

<sup>10</sup> Pubblicata in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1851, con nota di G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*.



di pistola all'indirizzo di Vittorio Alemanno, che attingevano la vittima all'altezza del collo e della testa, provocandone la morte. Agenti della Polizia di Stato, prontamente intervenuti a seguito di segnalazioni, trovavano Raso ancora con la pistola in pugno, e questi esclamava al loro indirizzo: "Sono stato io, così ha finito di rompere"; alla intimazione di gettare l'arma ed alzare le mani, egli non ottemperava all'invito, continuando a brandire la pistola e rivolgendo minacce agli astanti, compresi alcuni condomini frattanto accorsi dopo gli spari, sicché gli operanti erano costretti ad intervenire con la forza, disarmandolo e immobilizzandolo. Al rumore degli spari, si era destata anche Carla Pochettino, moglie di Alemanno, la quale, accortasi che il marito non si trovava a letto, s'era recata pur ella sul pianerottolo condominiale, al piano inferiore, ed ivi aveva notato il coniuge riverso per terra ed aveva cercato di soccorrerlo; Raso, puntatale contro la pistola, le aveva detto: "ora ammazzo pure te..." e, in un secondo momento, le aveva puntato l'arma contro la tempia.

Il Raso veniva tratto al giudizio del G.I.P. del Tribunale di Roma per rispondere dei reati di cui agli artt. 61, nn. 1, 4 e 5, 575, 577, n. 3; 337; 61, n. 2, 81, 612, 2° c., c.p.

Procedutosi con rito abbreviato, condizionato ad un poi espletato accertamento peritale sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato e sulla sua pericolosità, quel giudice, con sentenza del 4 marzo 2003, dichiarava l'imputato medesimo colpevole dei reati ascrittigli, unificati sotto il vincolo della continuazione, riconosciutagli la diminuzione del vizio parziale di mente prevalente sulla contestata aggravante, esclusa la premeditazione e le aggravanti di cui all'art. 61, nn. 1 e 4, c.p., e lo condannava alla pena di anni quindici e mesi quattro di reclusione ed alla pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici; disponeva la misura di sicurezza della assegnazione ad una casa di cura e di custodia per la durata minima di tre anni, e la confisca dell'arma e delle munizioni in sequestro; lo condannava, infine, al risarcimento del danno, da liquidarsi in separata sede, in favore delle costituite parti civili, cui assegnava delle provvisorie.

In sede di impugnazione, avanzata dal P.G., la Corte di Appello, in riforma della impugnata sentenza, escludeva il vizio parziale di mente sottolineando come né il perito del giudice né i consulenti del p.m. fossero riusciti a ricondurre i disturbi della personalità dell'imputato – che pure tutti avevano accertato – a un quadro clinico delineato di una precisa malattia.

La difesa dell'imputato interponeva ricorso per Cassazione deducendo, come primo motivo di gravame, proprio l'erronea interpretazione della nozione di infermità mentale, rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., come operata dalla Corte di Appello.

Il ricorso veniva assegnato alla prima Sezione penale della Suprema Corte, la quale, con ordinanza del 13 ottobre 2004, ne disponeva la rimessione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p.

Si rilevava, difatti, che nella giurisprudenza della Suprema Corte era da tempo insorto un contrasto, in ordine alla questione concernente il concetto di "infermità", ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.

Un "più risalente e consistente indirizzo" ha ritenuto che, "in tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità...". Altro "indirizzo minoritario" ha, invece, ritenuto che "il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi...".

Orbene, le Sezioni Unite, come sopra anticipato, hanno di fatto aderito alla interpretazione estensiva, dopo una esaustiva ricognizione, che per ragioni di brevità non è possibile ripercorrere in



questa sede, delle diverse teorie maturate anche nella scienza psichiatrica sul punto.

Il Supremo Consesso, nella sua più alta espressione, ha concluso che *“Possono a tal punto raccogliersi le fila del discorso giustificativo sin qui svolto e trarsi la conclusione che deve essere affermato il seguente principio di diritto, ai sensi dell’art. 173.3 disp. att. c.p.p.: ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di “infermità” anche i “gravi disturbi della personalità”, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa”*.

Invero, in sostanza, quello che rileva non è tanto l’inquadramento in un rigido quadro gnoseologico quanto piuttosto che si sia in presenza di alterazioni idonee ad incidere in concreto sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola.

### 3. LE FORME DEL DOLO

Una volta chiarita la nozione di dolo – coscienza e volontà che presuppongono, a monte, la capacità di intendere e di volere<sup>11</sup> – è facile intuire come le due componenti del dolo – la coscienza e la volontà per l’appunto – possano atteggiarsi in modo diverso, possano assumere diverse intensità che danno vita alle diverse forme del dolo.

Dottrina e giurisprudenza hanno in proposito individuato le seguenti forme: 1) dolo diretto; 2) dolo alternativo; 3) dolo intenzionale; 4) dolo eventuale; 5) dolo specifico<sup>12</sup>.

Nel dolo diretto coscienza e volontà sono piene ed univoche: il soggetto agente è consapevole di porre essere una certa condotta e vuole, esattamente, la conseguenza che a quella condotta si collega.

Il dolo diretto, a ben vedere, altro non è che la forma base del dolo in cui coesistono coscienza e volontà come precedentemente già chiarito.

Il dolo alternativo, in tale prospettiva, si atteggia come *species* del dolo diretto.

Così, *ex multis*, *“In tema di delitti omicidiali, deve qualificarsi come diretta e non come eventuale la particolare manifestazione di volontà dolosa definita “dolo alternativo” che sussiste allorquando l’agente, al momento della realizzazione dell’elemento oggettivo del reato, si rappresenta e vuole indifferentemente e alternativamente che si verifichi l’uno o l’altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, sicché, attesa la sostanziale equivalenza dell’uno o dell’altro evento, egli risponde per quello effettivamente realizzato”*<sup>13</sup>;

In tal ottica, il dolo intenzionale esprime qualcosa di più – il soggetto agente non solo vuole una certa condotta e la sua conseguenza, ma agisce intenzionalmente, al fine di ottenere quel dato risultato e per ottenerlo come conseguenza della sua condotta.

Nella prassi, il tipico esempio di dolo intenzionale si riscontrava nella fattispecie dell’abuso d’ufficio.

Anzi, sotto tale aspetto, e prima della formale abrogazione di tale fattispecie di reato, l’intenzionalità era stata vista come uno strumento volto a restringere l’area delle condotte penalmente rilevanti ed idonee ad assurgere a fattispecie penale.

E ciò proprio in forza del fatto che il legislatore non si limitava a chiedere una qualunque forma di dolo ma quella intensa, ancor più difficile da provare, del dolo intenzionale.

Si osservava così: *“Nel reato di abuso di ufficio l’uso dell’avverbio “intenzionalmente” per qualificare il dolo implica che sussiste il reato solo quando l’agente si rappresenta e vuole l’evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale proprio o altrui come conseguenza diretta ed immediata della sua condotta e come obiettivo primario perseguito, e non invece quando egli intende perseguire l’interesse pubblico come*

<sup>11</sup> Sui rapporti tra imputabilità – capacità di intendere e di volere da una parte – e colpevolezza – attribuzione soggettiva a titolo di dolo del fatto reato – dall’altra parte, v. G. FIAN-DACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2024, pp. 329 ss.

<sup>12</sup> Elencazione, invero, prevalente ma non unica e non esaustiva delle possibili denominazioni.

<sup>13</sup> Cass., Sez. 1, Sentenza n. 16976 del 18/03/2003. La controversa categoria del cd. dolo alternativo è oggetto di

critica da parte della dottrina (v. V. PATALANO, *Delitti contro la vita*, Padova, 1984, p. 37) che sottolinea l’esigenza di evitare che il dolo alternativo possa consentire di aggirare totalmente l’accertamento concreto del dolo ovvero si faccia vettore di istanze punitive che riecheggiano la cultura del *versari in re illicita*: in tal senso, v. P. CAROLI, *Testa o croce o testa e croce? La prassi applicativa del dolo alternativo in Germania e Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, pp. 1023 ss.



obiettivo primario. (Fattispecie relativa ad un sindaco che aveva rilasciato un'autorizzazione edilizia in violazione della normativa urbanistica sul risanamento del centro storico, allo scopo esclusivo di favorire il recupero di abitanti nella zona del borgo antico che si stava progressivamente spopolando con rischio di un definitivo abbandono)<sup>14</sup>.

Più sfumati si fanno, invece, i contorni, soprattutto dell'elemento volontaristico, nelle forme del dolo eventuale.

Nel dolo eventuale il soggetto agente è cosciente della sua condotta ma non vuole la relativa conseguenza; piuttosto la prevede, la mette in conto, se la prefigura e accetta il rischio che essa si verifichi: “Ricorre il dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile, sebbene non certa, l'esistenza dei presupposti della condotta, ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare ad essa, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire comunque. (Fattispecie in tema di lesioni volontarie da sinistro stradale in cui la Corte ha individuato la sussistenza di taluni indicatori del dolo eventuale, anziché della colpa cosciente, nell'essere il fatto avvenuto subito dopo una rapina, compiuta mentre l'imputato, gravato da numerosi precedenti, era in regime di semilibertà, nonché nella elevata velocità tenuta e nella inosservanza di segnalazioni semaforiche)” – Cass. Sez. 2, Sentenza n. 43348 del 30/09/2014 – ed ancora, nello stesso senso, “in tema di elemento soggettivo del reato, ricorre il dolo eventuale - e non la colpa cosciente - quando l'agente si sia rappresentato chiaramente la significativa possibilità di verifica dell'evento concreto e ciò nonostante, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo, aderendo ad esso per il caso in cui si verifichi. (Fattispecie relativa a reati di resistenza a pubblico ufficiale e lesioni aggravate nel corso di una manifestazione promossa da un centro sociale, in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna a titolo di dolo eventuale per quest'ultimo reato, dovendosi accertare se i manifestanti si fossero rappresentati ed avessero accettato le conseguenze lesive per gli operanti come possibile sviluppo della propria condotta di resistenza, alla luce delle circostanze, astrattamente idonee a depotenziare un tale atteggiamento volitivo, del mancato uso di strumenti di offesa da parte dei ricorrenti e dall'essersi gli stessi astenuti, nonostante la partecipazione ai cori di incitamento contro gli antagonisti, dal forzare il secondo cordone di sbarramento

delle forze di polizia)” Cass. Sez. 6, Sentenza n. 47152 del 18/10/2022.

Si badi bene, la distinzione tra una forma e l'altra di dolo non è solo questione dogmatica ma ha anche riflessi pratici concreti.

Ciò si coglie pienamente in materia di dolo eventuale posto che tale forma di dolo, proprio perché la sua minore intensità volitiva, non è compatibile con le forme tentate del delitto.

In tal senso la Suprema Corte ha osservato che “Il dolo eventuale non è compatibile con il delitto tentato. (In applicazione del principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva configurato un tentativo di lesioni, pur ravvisando l'elemento psicologico nella sola finalità dell'imputato di intimidire la parte offesa, con accettazione del rischio di ferirla)” – Cass. Sez. 6, Sentenza n. 14342 del 20/03/2012 – ed ancora “In tema di elemento soggettivo del reato, il dolo eventuale non è configurabile nel caso di delitto tentato, poiché, quando l'evento voluto non sia comunque realizzato - e quindi manchi la possibilità del collegamento ad un atteggiamento volitivo diverso dall'intenzionalità diretta -, la valutazione del dolo deve avere luogo esclusivamente sulla base dell'effettivo volere dell'autore e, cioè, della volontà univocamente orientata alla consumazione del reato, senza possibilità di fruizione di gradate accettazioni del rischio, consentite soltanto in caso di evento materialmente verificatosi” – Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5849 del 18/01/2006.

Il dolo specifico, infine, rappresenta la forma del dolo in cui la volontà investe il fine specifico perseguito; in sostanza si agisce allo scopo di conseguire un certo fine e con la coscienza e volontà di farlo – Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5849 del 18/01/2006.

Il dolo specifico, in altre parole, postula che la volontà investa la finalità per quale si agisce, per quale si pone in essere una certa condotta e per la quale si vuole che si verifichi un certo evento di reato.

Così, a titolo esemplificativo, in materia di bancarotta fraudolenta si è osservato che “in tema di bancarotta fraudolenta documentale, rientra nella prima fattispecie delineata dall'art. 216, comma 1, n. 2, legge fall. e richiede il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori o di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, la nozione di omessa tenuta, anche parziale, delle scritture contabili, che

<sup>14</sup> Cass. Sez. 6, Sentenza n. 708 del 08/10/2003.



comprende non solo la mancata istituzione di uno o più libri contabili, ma anche l'ipotesi della materiale esistenza dei libri "lasciati in bianco" e si differenzia dal caso, caratterizzato invece da dolo generico, dell'omessa annotazione di dati veri allorché l'omissione consista non nella totale mancanza di annotazioni, ma nell'omessa annotazione di specifiche operazioni" – Cass. Sez. 5 -, Sentenza n. 42546 del 07/11/2024; ed ancora, in materia di reati tributari "in tema omessa dichiarazione, la prova del dolo specifico di evasione può essere desunta dall'entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del contribuente obbligato, dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta, che può, peraltro, costituire oggetto di rappresentazione e volizione anche solo nella forma del dolo eventuale" – Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 38802 del 25/09/2024.

#### 4. L'ACCERTAMENTO PROCESSUALE DEL DOLO

Tutto ciò posto, resta da capire come si accerti in concreto la sussistenza del dolo nelle sue varie forme sopra delineate.

Il problema si pone posto che l'elemento soggettivo del reato, proprio perché tale, attiene alla sfera intima del soggetto, al suo pensiero, alla sua volontà per l'appunto.

È allora evidente come la ricostruzione di tale sfera intima non potrà che essere basata su dati esterni e fenomenici che consentano di dedurla: dichiarazioni del soggetto agente, comportamenti antecedenti, coevi e/o conseguenti al fatto reato, rapporti pregressi con la eventuale vittima.

Così, ad esempio, si è osservato che "In tema di truffa, la prova dell'elemento soggettivo, costituito dal dolo generico, diretto o indiretto, può desumersi dalle concrete circostanze e dalle modalità esecutive dell'azione criminosa, attraverso le quali, con processo logico-deduttivo, è possibile risalire alla sfera intellettuale e volitiva del soggetto, in modo da evidenziarne la cosciente volontà e rappresentazione degli elementi oggettivi del reato, quali l'inganno, il profitto ed il danno, anche se preveduti come conseguenze possibili della propria condotta, di cui si sia assunto il rischio di verifica. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la

decisione impugnata che aveva affermato la responsabilità dell'imputato per il reato di truffa aggravata in danno di ente pubblico, per aver chiesto ed ottenuto, mediante la presentazione di false rendicontazioni, corrispettivi per attività di consulenza legale, in realtà mai eseguita o eseguita in termini temporali diversi da quelli rendicontati)" – Cass. Sez. 5 -, Sentenza n. 30726 del 09/09/2020 -; ancora, "In tema di bancarotta fraudolenta documentale ex art. 216, comma primo, n. 2, legge fall., il dolo generico deve essere desunto, con metodo logico-inferenziale, dalle modalità della condotta contestata, e non dal solo fatto che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, fatto che costituisce l'elemento materiale del reato ed è comune alla diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice, incriminata dall'art. 217, comma secondo, legge fall.; né può essere dedotto dalla circostanza che l'imprenditore si sia reso irreperibile dopo il fallimento, costituendo detta condotta un "posterius" rispetto al fatto-reato. (Nella fattispecie, in cui l'imputata era stata assolta da una concorrente imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la Corte ha evidenziato la necessità di una motivazione particolarmente rigorosa sull'elemento soggettivo dell'addebito residuo, la cui prova non poteva giovare della presunzione per la quale l'irregolare tenuta delle scritture contabili è di regola funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale)" – Cass. ez. 5 -, Sentenza n. 26613 del 22/02/2019.

Giova, peraltro, sul punto evidenziare che l'accertamento del dolo diretto e intenzionale, proprio perché forme "massime" e "piene" di dolo, richiederà una prova piena e circostanziata del volere del soggetto e una motivazione, sul piano redazionale del provvedimento giudiziario, che ne dia adeguato riscontro; di contro, nelle ipotesi di dolo eventuale e alternativo, pur essendo ovviamente necessario motivare su quali elementi si fondino le conclusioni a cui si è pervenuti, la descrizione della volontà del soggetto agente potrà avvenire in termini meno netti, più sfumati, bastando affermare che lo stesso si è rappresentato la conseguenza del proprio, agire limitandosi ad accettarla consapevolmente – dolo eventuale – o si è rappresentato due conseguenze diverse e alternative tra di loro, volendole entrambe<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Sui criteri di accertamento del dolo v. G. LOSAPPIO, Formula BARD e accertamento del dolo eventuale, in *Sistema penale* 23 maggio 2017



Peraltro, non sfugga quanto appena accennato: quale che sia la forma di dolo la motivazione del provvedimento giudiziario, ordinanza applicativa di misura o sentenza di condanna, dovrà, comunque, darne adeguatamente conto.

Ed, infatti, il dolo non è solo criterio di imputazione soggettiva del fatto reato – elemento che lega psicologicamente la condotta al reo e ne consente la punibilità, evitando forme incostituzionali di responsabilità oggettiva – ma è vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie di reato.

Si parla al riguardo del c.d. elemento soggettivo della fattispecie di reato.

E proprio avuto riguardo al dolo come elemento costitutivo, le diverse fattispecie di reato possono richiedere espressamente che il dolo assuma una specifica forma, quale, ad esempio, quella del dolo intenzionale.

In questi casi la conseguenza sarà che ove si ritenga che il soggetto abbia agito con dolo, ma non con la forma espressamente richiesta dal legislatore, il fatto di reato, sia pure commesso nella sua materialità, non costituirà reato (formula assolutoria da usare quando ricorrendo tutti gli altri elementi richiesti per integrare una data fattispecie penale, difetti, proprio, l'elemento soggettivo).

Quando, invece, il legislatore si limiti a richiedere il dolo – senza, dunque, specificarne la forma – potrà essere sufficiente riscontrare una delle qualsiasi forme di dolo sopra indicate – anche, pertanto, quelle meno intense del dolo alternativo o eventuale.

In definitiva da tutto quanto sopra discende che il dolo è espressione della volontà del soggetto e funge, nel nostro sistema penale, da criterio di imputazione del fatto reato all'agente e da vero e proprio elemento costitutivo delle fattispecie di reato, circostanze che rendono rigoroso l'accertamento della sua sussistenza e il conseguente onere motivazionale del giudice.

## 5. LA VOLONTÀ COME ELEMENTO CIRCOSTANZIALE

<sup>16</sup> Sull'argomento cfr. Cass., 4 maggio 2004, n. 26090, in *Dir e Giust.*, 2005, fasc. 8, p. 86, con nota di A. COSENZA, *Reato sì, ma per nobili fini: ecco i paletti*.

La volontà del soggetto agente ha, dunque, come visto, lo scopo di integrare la fattispecie penale come elemento costitutivo della stessa (c.d. elemento soggettivo) e, fatti salvi i casi di punibilità a titolo di colpa o preterintenzione, di fungere da criterio di imputazione della condotta all'agente.

Scopo del presente lavoro, però, è compiere una ricognizione del ruolo della volontà nel nostro sistema penale.

Quanto sopra visto, infatti, non esaurisce il ruolo della volontà nel sistema penalistico.

La volontà, sempre del soggetto agente, può assumere anche un ruolo come circostanza, aggravante o attenuante, di un dato fatto di reato.

In questo essa non rileva, dunque, nel senso sopra detto o, comunque, oltre a rilevare nel senso sopra detto, assumerà ulteriore pregnanza ai fini della concessione di una data circostanza attenuante o della applicazione di una data circostanza aggravante.

In relazione alle circostanze attenuanti, e prescindendo dall'esame delle previsioni specifiche riferite e riferibili alle singole fattispecie di reato, il punto di riferimento è dato dagli art. 62 e 62 bis c.p., riguardanti le circostanze attenuanti comuni il primo e le circostanze attenuanti generiche il secondo.

Prendendo le mosse dall'art. 62 c.p. il ruolo e la rilevanza della volontà anche ai fini circostanziali risulta evidente nella formulazione delle prime tre circostanze attenuanti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver reagito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza.

Già dalla sola lettura risulta evidente come tutte e tre le circostanze attenuanti postulino l'esplorazione della volontà del soggetto agente sotto un profilo ulteriore – che va al di là dell'aver voluto una certa condotta e le sue conseguenze – e che si estende ai motivi dell'agire<sup>16</sup>.



Un *quid pluris* che richiederà uno sforzo, da parte dell'operatore del diritto e segnatamente del giudice, di accertamento e di motivazione ulteriore e non sempre agevole, attenendo, se così si può dire, a una sfera ancora più intima dell'individuo – i motivi dell'agire che stanno alla base della stessa volontà di agire –.

Si badi bene, di regola il motivo che spinge ad agire, proprio perché particolarmente intimo ed imperscrutabile, non assume rilevanza.

Così *“Ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, è sufficiente il dolo generico, ossia la coscienza e la volontà di costringere taluno, con violenza o minaccia, a fare, tollerare od omettere qualcosa, senza che sia necessario il concorso di un fine particolare, che costituisce l'antecedente psichico della condotta, cioè il movente del comportamento tipico descritto dalla norma penale”* – Cass. Sez. 5 -, Sentenza n. 2220 del 24/10/2022.

Se tuttavia esso va esplorato, ecco che l'accertamento fattuale si complica.

Si complicano anche le connesse questioni di inquadramento giuridico.

Cosa è un motivo di particolare valore morale e sociale?<sup>17</sup> Quale stato d'ira rileva?<sup>18</sup>

In relazione al primo quesito la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che *“I motivi di “particolare valore sociale” che integrano la circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 1, cod. pen. vanno individuati, ancor prima che negli obiettivi valutati positivamente da tutti i consociati in un dato momento storico, alla luce dei principi e valori sociali accolti dalla Costituzione, quale metro di giudizio unificante per tutti i componenti della comunità”* – Cass. Sez. 6 -, Sentenza n. 26254 del 07/03/2024.

Lo stato d'ira è stato, invece, così descritto nelle pronunce del giudice di legittimità: *“La circostanza attenuante della provocazione ricorre quando il reato sia commesso non già in un generico stato di emozione, agitazione, timore o paura, bensì in uno stato d'ira, essendo necessario che l'agente abbia perduto il controllo di se stesso in conseguenza di un fatto che sia privo di giustificazione nei contenuti e nelle modalità esteriori, capace di alterare i freni inibitori, come tale costituente eccezione al principio generale, secondo cui gli stati emotivi non sono causa di diminuzione*

*della imputabilità”* – Cass. Sez. 1, Sentenza n. 40177 del 01/10/2009.

Non ci si sofferma sulla terza circostanza attenuante sopra enucleata perché di più rara applicazione pratica.

Con riferimento all'art. 62 bis c.p. la volontà potrà rilevare quando, non assumendo valore già come circostanza attenuante comune o come circostanza attenuante espressamente tipizzata dal legislatore, la stessa venga ritenuta idonea ad esprimere un minore disvalore della condotta ed a concedere una riduzione di pena: a titolo puramente esemplificativo si pensi a un sentimento di pentimento e resipiscenza che si sia pure estrinsecato in qualche forma di riparazione del danno cagionato dalla condotta di reato e che non rientri in ipotesi tipizzate.

Ovviamente anche in tal caso sarà fondamentale che si offra congrua motivazione del perché un determinato stato volitivo e/o emotivo renda il reo meritevole di un trattamento sanzionatorio più benevolo.

In tale ottica anche gli stati emotivi e passionali potranno rilevare ai sensi dell'art. 62 bis c.p.

Ed, infatti *“gli stati emotivi o passionali, pur non escludendo né diminuendo l'imputabilità, possono essere considerati dal giudice ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, ove se ne riconosca l'attitudine a fungere da fattore di attenuazione della misura della responsabilità penale. (Fattispecie relativa ad omicidio della convivente, nella quale la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di merito che, pur accertando che al momento del fatto l'imputato versava in uno stato di profonda angoscia e di agitazione collegato all'insorgere dell'emergenza pandemica, non aveva adeguatamente valutato l'attitudine di quel particolare stato emotivo a giustificare il contenimento del trattamento sanzionatorio)”* – Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 27115 del 30/05/2024.

Si è precisato, tuttavia, *“In tema di circostanze attenuanti, la gelosia non può giustificare la concessione delle attenuanti generiche, di cui all'art. 62-bis cod. pen., né dell'attenuante dell'aver reagito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, di cui all'art. 62, n. 2), cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che la gelosia, quale*

<sup>17</sup> Per un'ipotesi molto problematica v. G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro It.*, 1983, II, c. 27.

<sup>18</sup> G. MARINI, *Fatto doloso della persona offesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 933



*sentimento morboso espressione di supremazia e possesso che si estrinseca attraverso l'annientamento della vittima, può rendere configurabile l'aggravante dell'aver agito per motivi futili o abietti, di cui all'art. 61, n. 1, cod. pen.)*” – Cass. Sez. 1, Sentenza n. 36364 del 07/07/2023<sup>19</sup>.

Non può sfuggire, in sostanza, l'esigenza di trovare un bilanciamento tra la rilevanza della volontà, anche ai fini della gradazione della pena, accedendo persino ai motivi dell'agire e alla sfera più intima degli stati emotivi del soggetto agente, e la necessità di non dare rilevanza a qualsiasi sentimento che possa muovere l'agire umano, peraltro di difficile esplorazione ed accertamento.

Analoghe considerazioni possono valere per le circostanze aggravanti comuni.

Sul punto viene in rilievo l'art. 61 c.p.

Anche in tal caso la semplice lettura dei primi tre numeri del primo comma dell'articolo in rilievo spingono l'operatore del diritto a una esplorazione dei motivi sottesi all'agire, che hanno, dunque, determinato la volontà del soggetto agente.

Ancora una volta uno sforzo in più, ancora più profondo, di analisi, con conseguenze “aggravanti” in termini di trattamento sanzionatorio.

Ed, infatti, ai sensi dell'art. 61 c.p. aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le seguenti circostanze: 1) l'aver agito per motivi abietti o futili; 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato; 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento.

Alcune notazioni.

La prima circostanza aggravante altro non è che il corrispondente, l'uguale e contrario, dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.<sup>20</sup>

In ordine alla stessa si porranno, dunque, i medesimi dubbi interpretativi sopra accennati.

In relazione alla circostanza attenuante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. deve evidenziarsi, per quanto in questa sede più rilevante, come il maggior disvalore sia chiaramente ancorato al dato volontaristico e,

in particolare, alla evenienza che l'autore del reato abbia agito per eseguire o occultare altro reato, a prescindere da elementi oggettivi quali la concreta punibilità di tale ulteriore reato.

A tal proposito giova evidenziare che la circostanza aggravante in rilievo sarà configurabile anche nelle ipotesi in cui il reato che si intendeva commettere o occultare non dovesse risultare punibile per difetto di querela (nell'ipotesi di procedibilità a querela) o per estinzione da intervenuta prescrizione.

In tal senso si è affermato che “*La circostanza aggravante comune del nesso teleologico ha natura soggettiva e trova fondamento nella consapevole accettazione della commissione di un altro reato, sì che la stessa è pienamente compatibile col dolo indiretto nelle sue due forme del dolo alternativo e di quello eventuale. (Fattispecie in tema di furto di un portafoglio e indebito utilizzo di carta di pagamento in esso rinvenuta)*” – Cass. Sez. 5, Sentenza n. 57488 del 06/11/2017 – e, conseguenzialmente, “*La circostanza aggravante del nesso teleologico, prevista dall'art. 61, comma primo, n. 2, cod. pen., è configurabile anche quando il reato - fine sia perseguibile a querela di parte e questa non sia stata presentata. (In motivazione, la Corte ha precisato che la suddetta aggravante intende punire la maggiore pericolosità della condotta delittuosa, essendo, pertanto, indifferente che il reato - fine sia stato solo tentato ovvero che allo stesso sia applicabile una causa di non punibilità, di estinzione del reato o di improcedibilità)*” – Cass. Sez. 3 - , Sentenza n. 52135 del 19/06/2018.

La circostanza di cui al n. 3, poi, dimostra la difficile esplorazione dell'elemento soggettivo accennando di fatto alla commistione tra colpa – che per sua natura e definizione non postula alcuna volontà specifica – e volontà.

E, infatti, quando si parla di colpa con previsione si richiede che il soggetto pur non volendo un dato fatto ed avendolo commesso solo per violazione di regole di cautela si sia comunque rappresentato le conseguenze del suo agire – insomma una sorta di rappresentazione senza adesione piena.

Non sfugge all'operatore del diritto, né può sfuggire all'osservatore distratto, che si tratta di

<sup>19</sup> Pubblicata in *Cass. pen.*, 2024, p. 910 ss., con nota di E.M. FRANCINI, *La gelosia nel diritto penale: dalla (ir)rilevanza degli stati emotivi e passionali all'incidenza sul trattamento sanzionatorio*.

<sup>20</sup> Cfr. A. MESSINA, *Considerazioni «de iure condendo» sulle circostanze di cui agli art. 61 n. 1 e 62 n. 1 del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1973, 434.



operazione di difficile realizzazione che dovrebbe consentire di affermare che un soggetto, rappresentandosi una conseguenza, si è fermato – psicologicamente – un passo prima dal volere quella conseguenza- come se la psiche umana fosse una sequenza in cui sono facilmente individuabili le singole scansioni.

Si tratta, d'altra parte, di quella difficoltà che, più in generale, si riscontra nel distinguere il c.d. dolo eventuale, di cui sopra si è detto, dalla c.d. colpa cosciente<sup>21</sup>.

## 6. LA VOLONTÀ COME ELEMENTO DI COMMISURAZIONE DELLA PENA

Da quanto fin qui esposto si desume già la multiforme rilevanza della volontà nel sistema penale: criterio di imputazione soggettiva della condotta; elemento – soggettivo – costitutivo della fattispecie di reato; circostanza del reato – sia aggravante che attenuante.

Ma la volontà può, a ben vedere, rilevare anche come criterio di commisurazione della pena.

Il riferimento è all'art. 133 c.p.

Si tratta dell'articolo che detta i criteri a cui il giudice si deve attenere nel commisurare la pena in concreto, tra il minimo ed il massimo edittali, parametrandola al disvalore del fatto e alla personalità del reo.

A tal fine il legislatore prevede criteri che, da un lato, guardano alla condotta materiale e alle sue conseguenze – tali sono i criteri di cui al primo comma, nn. 1 e 2, e di cui al secondo comma, n. 3; dall'altro, criteri che guardano alla volontà del soggetto agente e più in generale a tutto ciò che appare idoneo ad esprimere l'inclinazione al delinquere del soggetto stesso – tali sono i criteri di cui al primo comma, n. 3, e di cui al secondo comma, nn. 1, 2 e 4.

Questo il testo dell'art. 133 c.p. “*Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:*

*1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;*

*2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;*

*3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.*

*Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:*

*1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;*

*2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;*

*3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;*

*4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”.*

Per quel che in questa sede più direttamente rileva – vale a dire l'incidenza della volontà sulla commisurazione della pena – vengono in rilievo i criteri in cui si fa riferimento alla intensità del dolo e quelli in cui si fa riferimento ai motivi a delinquere e, addirittura, al carattere del reo.

Si tratta di criteri che in parte pongono le difficoltà di accertamento processuale già sopra evidenziate – il riferimento è alla intensità del dolo, rispetto al quale, peraltro, occorre evidenziare che la stessa potrà rilevare *sub specie* di criterio per la gradazione della pena quando per l'integrazione della fattispecie sia richiesto il dolo generico, rimanendo, altrimenti, assorbito dalla previsione, già come elemento costitutivo, di una forma più intensa di dolo, quale, ad esempio, il dolo intenzionale -; in parte pongono difficoltà connesse alla esplorazione della sfera più intima della persona attinente ai motivi dell'agire – quelli, di regola, alla base del formarsi di una data volontà- o addirittura al carattere – concetto in sé vago e onnicomprensivo-.

## 7. LA VOLONTÀ DELLA VITTIMA DEL REATO COME ELEMENTO COSTITUTIVO DELLA FATTISPECIE PENALE

Ma se fin qui ci si è soffermati sul rilievo che può assumere la volontà del soggetto agente – colui che commette il reato – riflessioni si impongono anche sul rilievo della volontà della vittima del reato.

Ed, infatti, il rilievo della volontà nel nostro sistema penale è trasversale.

Il nostro legislatore non si è limitato a dare rilevanza alla volontà dell'autore del reato ma,

eventuale tra garantismo e prevenzione generale nell'età del rischio. brevi appunti in *Cass. pen., 2021, pp. 2991 ss.*

<sup>21</sup> Sull'argomento v. l'importante sentenza sul caso ThysenKrupp: Cass., SS.UU., ; v. altresì A. Cappellini, Il dolo



correttamente, ha anche tenuto presente la prospettiva della vittima del reato – anzi negli ultimi decenni tale attenzione si è indubbiamente accentuata come di seguito si dirà.

In via generale occorre subito osservare che la volontà della vittima assume primaria rilevanza come elemento costitutivo di molteplici fattispecie di reato.

Segnatamente, al fine della configurabilità di molti fatti di reato occorrerà guardare alla volontà della vittima e verificare che le condotte siano state poste in essere contro la sua volontà o in assenza di consenso della stessa.

La terra di elezione di questo modo di costruire le fattispecie di reato è costituita dall'area dei cc.dd. delitti contro la persona.

L'elencazione che seguirà è meramente esemplificativa e non già esaustiva e mira ad evidenziare quanto appena detto.

Si pensi, innanzitutto, al delitto di omicidio.

In tal caso la volontà – estrema – della vittima di volere essere uccisa – determinerà una diversa fattispecie di reato, punita, in astratto, con una pena edittale meno grave.

Ed, infatti, se l'art. 575 c.p. punisce con la reclusione non inferiore ad anni ventuno – e dunque nel massimo fino a ventiquattro anni – chiunque cagiona la morte di un uomo, l'art. 579, proprio attraverso la rilevanza accordata alla volontà della vittima, prevede come fattispecie autonoma il c.d. omicidio del consenziente e punisce tale condotta con una pena più contenuta nel minimo e nel massimo edittale: “*chiunque cagiona la morte di un uomo, con consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni*”.<sup>22</sup>

Un vero e proprio “gioco” di incroci di volontà, poi, si realizza nella istigazione o aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p.

In tal caso il soggetto agente con la propria volontà o con il proprio modo di fare determinerà la vittima a volere – o rafforzerà la sua volontà già esistente – il suicidio.

La Suprema Corte ha anche tracciato i confini tra le due fattispecie da ultimo citate<sup>23</sup>.

In Cass. Sez. I, n.26015/2023<sup>24</sup> si legge in proposito: “*Quanto alle tematiche di diritto sostanziale, occorre ricordare, con riferimento alle due diverse fattispecie ravvisate nei due gradi di merito, che il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio va individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria (Sez. 1, n. 31.47 del 6/2/1998 P.M. in proc. Munaò, Rv. 210190).*

*La legge, nel prevedere, all'art. 580 cod. pen., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita (quella della determinazione del proposito suicida prima inesistente, quella del rafforzamento del proposito già esistente e quella consistente nel rendere in qualsiasi modo più facile la realizzazione di tale proposito), ha voluto, quindi, punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongano alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento. L'ipotesi della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dalla esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi, presuppone che l'intenzione di autosopprimersi sia stata autonomamente e liberamente, presa dalla vittima altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580 c.p.*

*È, pertanto, sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio perché si realizzi l'ipotesi criminosa di cui all'art. 580 cod. pen.”.*

<sup>22</sup> Sulla fattispecie di cui all'art. 579 c.p. v. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 189 ss.

<sup>23</sup> Sul punto v. ancora PATALANO, *op. cit.*, p. 230 s.

<sup>24</sup> Pubblicata in *Cass. pen.*, 2024, p. 254 ss.



La volontà della vittima rileva, ancora, nell'ipotesi di cui all'art. 609 bis c.p. che incrimina la violenza sessuale.

L'intero articolo è permeato della tutela della volontà della vittima.

L'art. 609 bis, primo comma, c.p., infatti, punisce “*chiunque con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali*”.

La nozione stessa di costrizione implica la coartazione della volontà della vittima, l'assenza di “*assenso*” all'atto che viene compiuto o subito.

La tutela della volontà è massima e si spinge fino al punto da non ammettere che un dissenso espresso della vittima possa essere superato da suoi atteggiamenti asseritamente non ostativi alla condotta dell'agente “*In tema di violenza sessuale, l'esplicita e iniziale manifestazione di dissenso all'intrusione altrui nella propria sfera sessuale da parte della persona offesa non può ritenersi superata dai suoi successivi e impliciti comportamenti concludenti di segno contrario, sicché non è consentito all'agente confidare sulla mancata veridicità di un dissenso esplicito*” – Cass. Sez. 3 - , Sentenza n. 29356 del 18/04/2024.

La volontà della vittima, però, rileva anche nella misura in cui la stessa sia manipolata e il soggetto agente ottenga il consenso al compimento dell'atto sessuale con una forma di manipolazione<sup>25</sup>.

A tale *ratio* rispondono le previsioni di cui all'art. 609 bis, secondo comma, c.p. che statuisce che soggiace alla stessa pena di cui al primo comma – la reclusione da sei a dodici anni – chiunque induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Una riflessione si impone sull'art. 609 quater c.p.

A ben vedere, per quanto la volontà della vittima – *recte* l'assenza di consenso della vittima – non figuri espressamente come elemento costitutivo dell'illecito penale è del tutto evidente come la

stessa sia “l'oggetto” latente della tutela approntata dal legislatore nel momento in cui si prevede che il compimento di atti sessuali, al di fuori peraltro delle ipotesi previste dall'art. 609 bis c.p., rileva ed è incriminato se commesso con persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici o sedici, in questo caso nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia legato alla vittima da particolari rapporti.

La *ratio* è evidente: si presume che la vittima – che non abbia compiuto i quattordici anni di età – sia da chiunque facilmente manipolabile e non sia in condizioni di maturare una compiuta e consapevole volontà sul punto.

Il soggetto che ha compiuto i quattordici anni di età, ma non ancora i sedici, invece, viene concepito dal legislatore come in grado di maturare una volontà afferente alla sfera intima, ma si vuole, tuttavia, scongiurare, che tale volontà sia influenzata e/o manipolata da chi si trova con il minore in condizione di particolare vicinanza.

Si tratta, peraltro, di disposizione che appare in linea con la progressiva tendenza a valorizzare anche quelle capacità di maturare una qualche volontà da parte dei soggetti minorenni senza rinunciare a qualunque forma di tutela<sup>26</sup>.

La volontà – sotto forma di assenza di consenso e di coartazione della vittima – è, a ben vedere, il *file rouge* dei delitti contro la libertà morale e contro la inviolabilità del domicilio.

Ed infatti, non solo scorrendo le norme incriminatrici afferenti alle predette categorie l'assenza di consenso della vittima figura proprio, espressamente, come elemento costitutivo di molteplici fattispecie ma, più in generale, anche ove ciò non accade, tale assenza di consenso è invero il presupposto stesso della incriminazione penale così che “il rispetto della volontà della vittima” è l'oggetto della tutela penale.

Emblematica, in tale ottica, risulta la fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p., la cui rubrica recita “*atti persecutori*”.

<sup>25</sup> Sul punto v. S. SCIPPA, *Osservazioni a Cass.*, III, 20 settembre 2017, n. 15412, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3765 ss.

<sup>26</sup> Sull'argomento, di recente, v. M. ROMANO, *Le modifiche agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-septies e 609-*

*octies del codice penale*, in M. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. Seconda edizione aggiornata e integrata*, Pisa, 2024, p.111 ss.



L'art. 612 bis, primo comma, c.p. statuisce che *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero di ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita”*.

Ebbene, può affermarsi che, al di là del ruolo tipico e tipizzato quale elemento costitutivo, la volontà della vittima – *sub specie* di assenza di consenso e di ragionevole presunta contrarietà della stessa – è, invero, presupposto della incriminazione di numerose condotte illecite in cui si mira a impedire che un individuo possa subire condotte che in qualche modo condizionano e/o ledono il suo volere.

Questa lettura, che qui si propone, del nostro sistema penale consente di comprendere ed analizzare il senso della previsione di cui all'art. 50 c.p.

Si tratta della norma che attribuisce al consenso della vittima un ruolo scriminante di condotte altrimenti penalmente rilevanti e punibili.

Si tratta della c.d. scriminante del consenso dell'avente diritto<sup>27</sup>.

### **8. LA VOLONTÀ DELLA PERSONA OFFESA COME SCRIMINANTE**

Da quanto sopra detto, e segnatamente dalla lettura che si è proposta da ultimo del nostro sistema penale, discende che lì ove l'assenza di consenso sia espressamente prevista come elemento costitutivo o sia implicito presupposto della incriminazione penale essa rileverà come elemento costitutivo della fattispecie di reato con la conseguenza che se la norma incriminatrice prevede o presuppone la carenza di volontà come elemento costitutivo e tale carenza sarà processualmente accertata e provata, sarà integrata la fattispecie di reato, altrimenti, ove sia riscontrato, al contrario, il consenso della vittima, difetterà un elemento costitutivo e il fatto di reato non sussisterà<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Sull'argomento v. A. TESAURO, *La natura del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008

Tale chiarimento si imponeva per potere comprendere a pieno il ruolo, nell'ordinamento, della previsione di cui all'art. 50 c.p.

Essa, come detto, dà risalto al consenso dell'avente diritto e può avere un ambito operativo solo in quanto invocata al di fuori delle ipotesi sopra enunciate – quelle in cui, lo si ripete, la volontà della vittima rileva, esplicitamente o implicitamente, come elemento costitutivo.

Al di fuori di quelle ipotesi la volontà della vittima potrà, dunque, rilevare come scriminante: per intendersi, la fattispecie di reato sarà pienamente integrata – il fatto di reato sussiste in sostanza ma non sarà punibile grazie alla circostanza che il titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice accetta e acconsente al fatto che tale bene sia leso e/o compromesso.

In sostanza, la scriminante, in quanto tale, non incide sul fatto nella sua materialità ma ne elide l'antigiuridicità.

Ciò chiarito, non sfugge la delicatezza, e forse in parte l'ambiguità, di una tale previsione.

La pretesa punitiva dello Stato, pretesa lo si ricorda di natura pubblicistica, arretra per volontà del singolo individuo.

La *ratio* di questa apparente antinomia risiede nel fatto che la pretesa punitiva pubblica di natura penale trova fondamento nella riprovevolezza dell'aggressione ad un bene pur sempre del singolo.

Ove il singolo, con il proprio assenso, rinunci a tale tutela, può, dunque, comprendersi che lo Stato rinunci a concretizzare l'astratta pretesa punitiva<sup>29</sup>.

Si tratta, allora, di capire quale consenso rilevi ed a quali condizioni.

Rileva, certo, un consenso libero e consapevole, validamente maturato ed espresso.

Sul punto salvo che la formulazione della fattispecie penale stessa implichi una età minima della vittima a partire dalla quale quel consenso possa presumersi maturare, se ne avrà che, tendenzialmente, il soggetto passivo del reato dovrà essere una persona maggiore di età, non affetta da vizi di mente.

<sup>28</sup> In esito a un giudizio penale la formula assolutoria sarebbe, dunque, perché il fatto non sussiste.

<sup>29</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 264.

Non solo, ma il consenso della vittima dovrà avere ad oggetto un diritto di cui la stessa possa validamente disporre.

Sarà, dunque, di volta in volta, necessario valutare se quel dato diritto o bene rientri nella disponibilità, quanto meno parziale, della vittima di reato.

Ciò spiega il compromesso a cui la norma stessa risponde: solo se il bene la cui offesa viene in rilievo è un bene nella disponibilità della vittima ha senso che lo Stato rinunci alla pretesa punitiva. Diversamente è a dirsi quando il singolo non può disporre di quel bene. In tal caso, infatti, la tutela del bene stesso è qualcosa che va al di là dell'interesse individuale per sconfinare nell'interesse pubblico di portata generale<sup>30</sup>.

È, poi, necessario, perché la scriminante operi, che il consenso sia concreto ed attuale.

Si discute sulla rilevanza del consenso presunto e di quello presupposto.

Ove ricorrano tutti i presupposti del consenso dell'avente diritto quale scriminante, proprio perché si tratta di ipotesi distinta da quella in cui la volontà della vittima rileva ai fini della configurabilità della fattispecie penale e proprio perché il consenso della vittima non rileverà come elemento costitutivo della fattispecie di reato ma come elisione della sua antiggiuridicità, si dovrà affermare – questa l'eventuale formula assolutoria in un giudizio penale – che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Il fatto di reato sussiste e sussistono tutti gli elementi costitutivi – soggettivi ed oggettivi – non viene in rilievo però l'antigiuridicità dello stesso.

## 9. IL CONSENSO NEL TRATTAMENTO SANITARIO

Una sfera particolare di rilevanza, per delicatezza e complessità, del consenso della vittima/persona offesa si ha nell'ambito della responsabilità per colpa dell'operatore sanitario.

Si tratta di un ambito in cui l'illecito penale assume di regola, per l'appunto, i contorni dell'illecito colposo.

Le lesioni e/o la morte del paziente sono imputate ed imputabili all'operatore sanitario in forza della violazione di regole di cautela (negligenza, imprudenza e/o imperizia) e di un atteggiamento psicologico colposo e non certo doloso.

Proprio per tale ragione – per il fatto cioè che si versa in ipotesi di colpa e non di dolo – ed in considerazione del fatto che non bisogna imbrigliare troppo le iniziative del personale sanitario – inducendolo, con la spada di Damocle del processo penale, all'inazione – la c.d. colpa medica è sempre stata al centro di difficili scelte di politica repressiva da parte del legislatore e di non poche questioni di carattere interpretativo da parte dell'operatore del diritto e, segnatamente, della giurisprudenza.

L'oscillazione è sempre stata tra la tutela massima, da un lato, da approntare a beni primari ed indisponibili (vita) o parzialmente disponibili (integrità psico-fisica) e, come detto, la necessità, dall'altro lato, di evitare di paralizzare l'agire dell'operatore sanitario.

Talvolta il pendolo è oscillato verso l'una estremità, talvolta verso l'altra.

Tale oscillazione si è realizzata sia attraverso interventi normativi – quale quello relativo al c.d. scudo penale che ha chiaramente spostato il pendolo verso la restrizione della rilevanza penale o, già in precedenza, con la c.d. leggi Gelli - Bianco, che ha ristretto il novero delle condotte penalmente rilevanti a quelle connotate da colpa grave – sia attraverso l'opera ermeneutica della giurisprudenza<sup>31</sup>.

A tal ultimo riguardo si pensi all'evoluzione interpretativa sulla nozione di nesso di causalità e a come la stessa sia stata in un primo momento ispirata a logiche di ampliamento del penalmente rilevante – abbassando la soglia richiesta per ritenere un evento ricollegabile eziologicamente a una certa condotta – e poi, via via, ispirata alla logica opposta

<sup>30</sup> V. l'attenta disamina del problema, sotto lo specifico aspetto del trattamento medico di cui alla L. 219/2017, operata da G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2032 ss.

<sup>31</sup> Sull'argomento v. Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, con il commento di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 246 ss.



– di restringimento del penalmente rilevante – innalzando la soglia richiesta per ritenere integrato il nesso eziologico.

Ma analogamente è a dirsi sul versante dell'elemento psicologico.

Si pensi all'orientamento ermeneutico che aveva limitato le ipotesi di responsabilità penale a quelle in cui l'operatore sanitario avesse violato regola di perizia – attinenti all'*ars medica* – e lo avesse fatto con colpa grave.

Era, sostanzialmente, una regola presa in prestito dal diritto civile e, segnatamente, dall'art. 2236 c.c. disciplinante la responsabilità del prestatore d'opera<sup>32</sup>.

Non può sfuggire come questo orientamento si prestasse a facili critiche: non poteva farsi assumere a regola generale disciplinante la responsabilità penale quella che era già una eccezione nel novero delle regole civilistiche disciplinanti il risarcimento del danno – eccezione pensata per quelle ipotesi che involgessero la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità.

Non poteva, d'altra parte, neppure ritenersi rispondente al vero che ogni intervento medico implicasse questioni di particolare complessità tecnica, potendo venire in rilievo interventi cc.dd. di routine e quindi di semplice esecuzione.

Da qui il maturare di orientamenti di segno opposto che restringevano la rilevanza della colpa grave solo alle ipotesi di imperizia in interventi di particolare complessità, precisando, tuttavia, che in tutte le altre ipotesi residuava la responsabilità per qualunque tipo di colpa e per violazione di qualunque tipo di regola cautelare.

Ancora una volta un'oscillazione tra i sopra indicati poli opposti che ha avuto, sotto tale aspetto, il suo punto di caduta nella legge c.d. Gelli – Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24 – entrata in vigore in data 1.4.17) il cui art. 6 ha previsto l'introduzione nel corpo del codice penale dell'art. 590 sexies.

L'art. 6 ha, segnatamente, statuito che dopo l'articolo 590-quinquies del codice penale è inserito il seguente: «Art. 590-sexies (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*). - *Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

*Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».*

Si tratta di norma che ha circoscritto l'area del penalmente rilevante prevedendo che a date condizioni, e purchè si versi in ipotesi di imperizia, la punibilità dell'operatore sanitario è esclusa, mantenendo, di contro, piena validità i principi generali al di fuori dell'imperizia e, dunque, in tutte le ipotesi di negligenza e imprudenza<sup>33</sup>.

Orbene, se rispetto al sensibile settore della responsabilità dell'operatore sanitario – sensibile in considerazione dei beni giuridici coinvolti – si è sempre registrata una oscillazione tra opposte esigenze – garantire la tutela massima ai predetti beni proprio in considerazione del loro valore centrale ed, al contempo, non paralizzare ogni iniziativa dell'operatore sanitario – più a monte si è dovuto rintracciare il fondamento della liceità degli interventi sanitari che per loro natura presuppongono, quanto meno nel caso degli interventi chirurgici, una “aggressione” inevitabile alla fisicità della persona.

Ed è proprio in quest'ambito che assume rilevanza il consenso, la volontà della persona offesa<sup>34</sup>.

Si è detto, infatti, che il fondamento della liceità andrebbe rintracciato in una delle scriminanti codificate che elidono l'antigiuridicità del fatto commesso.

<sup>32</sup> Art. 2236 c.c. “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

<sup>33</sup> Cfr. C. Cupelli, *la Legge Gelli – Bianco nell'interpretazione delle sezioni unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c. in Diritto Penale Contemporaneo*, 12/2017.

<sup>34</sup> Giova ricordare che, da ultimo, il consenso informato è stato anche oggetto di apposito intervento normativo di rilievo, quanto meno, su due fronti: 1) la tipizzazione delle modalità di acquisizione del consenso; 2) la disciplina, che pone peraltro non pochi dubbi interpretativi, del consenso nelle ipotesi di incapacità del paziente/potenziale persona offesa del reato.

Se talvolta tale scriminante potrà essere identificata nel c.d. stato di necessità – ad. es. nelle ipotesi in cui l'operatore sanitario si trovi a dover intervenire d'urgenza e senza poter interpellare il paziente che versi in stato di incoscienza – talaltra, nella fisiologia delle vicende, la scriminante potrà essere identificata nel consenso della persona potenzialmente offesa, vale a dire il paziente.

Tuttavia, si è ritenuto che queste opzioni ermeneutiche non colgano del tutto nel segno.

Ed, invero, occorre capovolgere la prospettiva.

L'attività del medico, e più in generale dell'operatore sanitario, è un'attività lecita in sé.

Essa cioè non necessita di essere "scriminata".

È un'attività, che purchè si espliciti nei confini di cui in parte si è detto sopra, non comporterà responsabilità di ordine penale, anche in ipotesi di evento infausto, proprio perché presuntivamente ed astrattamente lecita.

Si badi bene, si tratta di questione lungamente trattata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza e che non ha sempre trovato soluzioni univoche<sup>35</sup>.

Così in Cass. pen., Sez. V., 21 aprile 1992, n. 563 si affermò che *«il chirurgo che sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie ... Sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte»*.

La logica della sentenza appare, anche alla luce di quanto sopra già premesso, chiara: la libertà di autodeterminazione, il rispetto della volontà del paziente, sono parte integrante del bene salute/integrità psico-fisica del paziente (art. 32 Cost.) per cui ogni lesione delle predette libertà di autodeterminazione e volontà integra il reato di lesioni.

Se in conseguenza di tale lesione, evidentemente volontaria, in quanto posta in essere pur sapendo che non vi era il consenso del paziente, il paziente decede, allora il medico potrà essere chiamato a rispondere, persino, di omicidio preterintenzionale.

Diversamente si ragionava nella c.d. sentenza Barese - Cass. Sez IV, 9 marzo 2001 n. 28132 - ove si era affermato che in tema di trattamento medico – chirurgico, qualora in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di portata più ridotta rispetto a quello poi eseguito, e questi poi deceda, il medico non potrà rispondere di omicidio preterintenzionale.

Ed infatti, si è detto, il medico non agisce mai con la volontà di ledere il paziente, ma agisce, certo per finalità terapeutiche, con la conseguenza che anche quando cagioni lesioni al paziente queste non potranno mai essere state commesse con dolo e dunque, in caso di morte, non sarà configurabile l'omicidio preterintenzionale.

L'assenza del consenso del paziente, l'asserita lesione della sua volontà, non possono entrare a connotare l'elemento soggettivo in termini di dolo né essere esse stesse l'oggetto della lesione volontariamente posta in essere.

Il consenso, dunque, si diceva, resta fuori dalla struttura oggettiva e soggettiva del reato.

Di fatto la sentenza predetta rappresentava un primo significativo passo verso la tesi della attività dell'operatore sanitario come attività intrinsecamente legittima.

Tale affermazione appariva in modo più esauritivo e netto nella sentenza Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822 nella quale si è sostanzialmente affermato che l'attività medica trae la propria liceità dagli artt. 13 e 32 Cost.; sarebbe, infatti, riduttivo fondare la liceità della predetta attività solo sul consenso del paziente quale scriminante ai sensi dell'art. 50 c.p.

D'altra parte, si osservava, l'art. 50 c.p., nelle ipotesi di attività sanitaria, sconfiggerebbe il limite di riguardare beni, almeno in parte, indisponibili che non possono essere oggetto di consenso del paziente.

L'agire non rispettando la volontà del paziente o in assenza del suo consenso potrà comunque fondare ipotesi di responsabilità dell'operatore

<sup>35</sup> V., ad es., F. MARZANO, *Trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente: rilevanza del mancato consenso o solo dell'esplicito dissenso?*, in Cass. Pen., 2007, p. 1829 (B) ss.



sanitario ma per violazione della volontà, della libertà di autodeterminazione, integrando, ad esempio, fattispecie quale quella di cui all'art. 610 c.p.

Nello stesso solco si collocava la sentenza Cass., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, nella quale si affermava che il medico deve sempre considerarsi legittimato ad eseguire il trattamento terapeutico reputato necessario per la miglior cura del paziente, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi, invece, ritenere insuperabile l'esplicito e consapevole dissenso del paziente.

In tale ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento, potrà essere chiamato a rispondere di violenza privata.

Si registravano, quindi, alcune pronunce della Suprema Corte che sembravano collocarsi in una sorta di solco intermedio in cui si riteneva che il consenso informato del paziente fosse condizione di legittimità dell'attività medica non già quale scriminante della stessa, ma proprio quale presupposto di liceità che concorre a legittimare l'operato del medico unitamente alla esigenza di salvaguardia della integrità fisica.

Il consenso, dunque, non come scriminante ma come condizione obiettiva di legittimità unitamente al dovere di salvaguardia dell'integrità fisica (in un contesto in cui sia la libertà di autodeterminazione del paziente sia il dovere di salvaguardia della salute trovano fondamento in Costituzione)<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico – paziente*, in *Amministrazione In Cammino*.

<sup>37</sup> Cass. SS. UU., sentenza 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini in *Cass. pen.*, 2009, p. 1793 (s.m.), con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*.

<sup>38</sup> Appare opportuno riportare i passaggi motivazionali della sentenza in cui non mancano significativi riferimenti all'elaborazione in materia della Corte Costituzionale:

“Dalla disamina testè compiuta” – il riferimento è, per l'appunto, alle pronunce fino a quel momento adottate a sezione semplici, dallo stesso giudice di legittimità, “*emerge, dunque, come primo dato di riflessione, il sostanziale recepimento in sede penale della tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 cod. pen., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene*

L'eventuale lesione della libertà di autodeterminazione priva di liceità la condotta dell'operatore sanitario ma non integra necessariamente l'ipotesi della lesione dolosa ma, al più, quelle ipotesi di reato che hanno ad oggetto proprio la tutela della volontà della persona offesa.

E lungo questo solco si sono collocate le Sez. Unite nel 2009<sup>37</sup>.

Nel comporre il conflitto tra i suddetti orientamenti, dopo averli ripercorsi, le Sezioni Unite accedono alla tesi secondo la quale l'attività sanitaria trae la propria liceità direttamente dalla Costituzione e segnatamente dal diritto alla salute, inteso, però, sia come diritto a ricevere le cure, sia come diritto ad autodeterminarsi con consapevolezza in ordine alla scelta delle cure da ricevere.

Il consenso del paziente, dunque, come elemento costitutivo della liceità dell'operato medico e non come mera scriminante.

Osserva il supremo consesso: “*In tale quadro di riferimento, dunque, sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 cod. pen., la base di semplice “non antigiuridicità” della condotta del medico; e ciò anche senza evocare le problematiche frizioni che una siffatta, angusta prospettiva, potrebbe comportare rispetto ai limiti tracciati dall'art. 5 del codice civile, il cui archetipo e la cui ratio di norma preconstituzionale, si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato “mercimonio” del proprio corpo*”<sup>38</sup>, ed ancora, più avanti:

*costituzionalmente garantito. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, primo comma, della Costituzione, «non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo» (sentenza n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto «diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati» (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979). Il diritto ai trattamenti sanitari è dunque tutelato come diritto fondamentale nel suo «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n. 252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998). Anche al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto ai trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle*



*“Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall’art. 32, secondo comma, Cost, e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che “giustifica” il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, “costitutiva”, negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale.”<sup>39</sup>.*

Le Sezioni Unite, però, operano uno scatto in avanti e una volta inquadrata esattamente la rilevanza del consenso si chiedono, anche avuto riguardo al caso concreto portato alla loro attenzione, quale siano le conseguenze dell’agire in violazione o in assenza del consenso del paziente.

Ebbene, concludono le Sezioni Unite, non ogni intervento assumerà rilevanza penale ma solo quello che abbia avuto esito infausto.

Più precisamente, in mancanza di consenso del paziente viene meno una condizione di liceità della condotta medica con la conseguenza che se il paziente riporterà una conseguenza infausta il medico dovrà risponderne penalmente, ricorrendo tutti gli altri presupposti della responsabilità penale; lì dove, però, tale conseguenza infausta non vi sia stata, il medico non risponderà, ma solo perché mancherà l’evento del reato (lesioni e/o morte) e, a ben

vedere, mancheranno, di regola, anche gli elementi costitutivi di quelle fattispecie evocate da certa giurisprudenza come a tutela della libertà di autodeterminazione.

Il riferimento è, segnatamente, alla fattispecie di violenza privata di cui all’art. 610 c.p.: *“Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere, l’ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se “in assenza” di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché, non necessariamente il mancato rispetto delle regole di deontologia medica e degli stessi principi affermati in tema di consenso informato dalla Corte costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità determinano la automatica applicabilità delle fattispecie penali che, “tradizionalmente”, sono state evocate a tale riguardo. Occorre, infatti, verificare se quelle fattispecie, pur nell’ambito - e nei limiti - di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (certo “pensate” per altri fini), siano o meno suscettibili di “attrarre” nella propria sfera precettiva il “fatto” di cui qui si tratta, senza debordare*

---

*risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino «pieno e incondizionato» nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., ex plurimis sentenza n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990). Peraltro, proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell’individuo dall’art. 32 Cost., «l’infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d’essere» (sentenza n. 103 del 1977)”.*

<sup>39</sup> Ad una tale conclusione le Sez. Un. pervengono osservando, altresì, che: *“L’attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare - in tal modo - la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall’art. 2 della Carta, ha base di legittimazione (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve*

*intendersi come “costituzionalmente imposta”), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell’individuo. D’altra parte, non è senza significato la circostanza che l’art. 359 cod. pen. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l’ipotesi che una professione ritenuta, in se, “di pubblica necessità”, abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l’antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell’arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di “scriminante costituzionale”, tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che “giustifica” l’attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l’attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è “scriminata” “semplicemente” dall’art. 51 cod. pen., ma in quanto direttamente “coperta” dall’art. 13 Cost., allo stesso modo può dirsi “garantita” dalla stessa Carta l’attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti”.*



dai confini entro i quali è consentita l'interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale”.

In particolare, con riferimento al caso concreto portato alla sua attenzione, la Suprema Corte ritiene difetti la possibilità stessa di configurare una violenza che abbia costretto il paziente a subire una condotta non voluta “...va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (v. in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli). E si è pure puntualizzato, in proposito, che l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 610, cod. pen., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa... Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di “qualcosa” di diverso dal “fatto” in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di “tollerare” l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di “costrizione a tollerare” rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen. ... Nei confronti del paziente anestetizzato pleno iure, perché nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di “incapacitazione” del paziente, ma non certo di “costrizione” della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, “verso” (e, dunque, per

realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva”.

Si badi bene, ne discende che lì ove il medico agisca contro la volontà espressa del paziente la sua responsabilità penale sarà ineludibile, sia in caso di esito fausto che di esito infausto, perché in tal caso almeno le fattispecie a tutela dell'autodeterminazione ben potrebbero essere integrate.

In definitiva, volendo provare a schematizzare le conclusioni cui sono pervenute le Sez. Un., si delineano i seguenti principi:

a) la volontà del paziente – *sub specie* del consenso informato – è condizione di liceità dell'attività medico -chirurgica, trovando la libertà di autodeterminazione tutela nella Costituzione al pari del diritto alla salute e a completamento dello stesso come diritto a scegliere compiutamente le cure a cui essere sottoposto;

b) se il medico agisce contro la volontà del paziente potrà essere chiamato a rispondere dei reati posti a tutela della volontà stessa ed integrati, di volta in volta, dal tipo di condotta materiale posta in essere (ad es., art. 610 c.p.);

c) se, invece, l'operatore sanitario omette di acquisire il consenso, ad esempio in ipotesi di impossibilità a farlo perché il paziente è già in stato di sedazione per altro intervento a cui ha prestato il consenso, e si trova costretto a mutare tipo di intervento, non risponderà di alcuna fattispecie penale, non essendo configurabile una violazione della volontà del paziente penalmente rilevante e non potendo rispondere, anche in ipotesi di esito infausto della sua condotta, di lesioni o morte, per il solo fatto di non aver acquisito il consenso.

d) la responsabilità colposa per lesioni o morte potrà aversi solo a fronte di violazione di regole cautelari che attengono all'esecuzione dell'attività ed in presenza degli altri presupposti fissati dal legislatore ed elaborati dalla giurisprudenza sul punto.

Da tale ultima affermazione di principio discende la constatazione che l'obbligo di acquisire il consenso informato non diventa regola cautelare alla cui violazione poter ancorare la responsabilità penale colposa dell'operatore sanitario.

La successiva giurisprudenza, anche di legittimità, si è sostanzialmente conformata ai suddetti principi e, ad esempio, anche di recente, ha affermato che “L'obbligo d'acquisizione del consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non costituisce una regola cautelare e dunque la sua



*inosservanza da parte del medico non può costituire, nel caso lo stesso trattamento abbia causato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo. (In applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna del medico per le lesioni gravi occorse alla paziente dovute anche all'omessa acquisizione del consenso informato, in mancando il quale egli aveva modificato la metodica d'intervento originariamente concordata senza poter tenere conto delle patologie della paziente)» – Cass. Sez. 4, Sentenza n. 21537 del 24/03/2015<sup>40</sup>.*

## 10. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Da quanto sopra ricostruito emerge in modo plastico la centralità dell'individuo nel sistema penale ed, ancor più, della sua volontà, sia come autore che come vittima del reato e ciò a conferma, dunque, che il nostro ordinamento è sempre stato e lo è divenuto sempre di più “uomo – centrico”, con attenzione alla sfera più intima della persona – la sua volontà.

Quel che in conclusione preme evidenziare è che tale prospettiva si è progressivamente, a ben vedere, estesa dall'ambito sostanziale a quello processuale.

In tale sede, l'attenzione alla volontà si è tradata in una ricerca più marcata dell'esatta ricostruzione della volontà della vittima del reato, con accorgimenti in ordine alle modalità di escussione volti, da un lato, ad impedire forme di alterazione e suggestionabilità del ricordo in sede di esame della vittima (si pensi alla ormai nota tematica delle vittime vulnerabili<sup>41</sup>) e dall'altro, ad impedire forme di vittimizzazione secondaria, anche in tal caso adottando modalità che non esponano la vittima del reato a sentimenti di vergogna.

Tutto ciò deve confortare.

Persino nell'accertamento processuale, connotato apparentemente da asetticità e, ormai, come noto, da spinte all'efficienza e al produttivismo, l'uomo rimane centrale, e così la sua volontà e

l'esigenza di accertarla e ricostruirla nel modo più fedele possibile alla realtà delle cose, con la consapevolezza dell'impossibilità per chiunque di accedere davvero a ciò che può animare l'individuo e che si può, certo, tradurre in forme inconsce di agire che financo l'interessato non è in grado di realizzare ed ammettere a se stesso compiutamente.

<sup>40</sup> Conf. Cass., Sez. VI, 18 aprile 2018, n. 31628. Su apparenti eccezioni al principio si veda Paolo Piras, *La colpa per omessa informazione al paziente che si autodimette*, in *Sist. Pen.*, aprile 2023.

<sup>41</sup> Sul quale, di recente, v. Cass., SS.UU., 12 dicembre 2024 – 18 marzo 2025, n. 10869.

## LA RAPPRESENTANZA POLITICA. EVOLUZIONI E PROSPETTIVE

di **Giulio AMODIO\***

### ABSTRACT

*L'analisi della rappresentanza politica nazionale evidenzia la complessità del rapporto tra istituzioni, partiti e cittadini, in un contesto caratterizzato da profonde e continue trasformazioni. Il presente contributo analizzerà le attuali dinamiche della rappresentanza politica alla luce della crisi dei partiti, della ridefinizione della forma di governo e dell'evoluzione della dimensione multilivello dello Stato.*

*The analysis of national political representation highlights the complexity of the relationship between institutions, parties and citizens, in a context characterized by profound and continuous transformations. This contribution will analyze the current dynamics of political representation in light of the crisis of the parties, the redefinition of the form of government and the evolution of the multilevel dimension of the State.*

### SOMMARIO

- 1. Rappresentanza politica e forma di stato 76**
- 2. Rappresentanza politica e crisi dei partiti 78**
- 3. Rappresentanza politica e verticalizzazione della forma di governo 79**

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Cfr. sul punto A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998, 3. L'Autrice ricorda come il principio rappresentativo caratterizzi i sistemi politici occidentali "pur assumendo quest'ultimo a seconda dei casi sfumature concettuali e strutture organizzative anche sensibilmente diverse".

<sup>2</sup> Cfr. sul punto G. Duso, *Prefazione*, in A. Scalone, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milano, 1996, 9. L'Autore esprime il carattere "costitutivo" della rappresentatività dal punto di vista organizzativo dello Stato, ricordando come lo Stato "è rappresentativo, altrimenti non è". Cfr. inoltre C. Smith, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984 secondo il quale non può esserci nessuno Stato senza rappresentanza "poiché non c'è nessuno Stato senza forma di Stato e alla forma attiene essenzialmente la rappresentazione dell'unità politica".

### 1. RAPPRESENTANZA POLITICA E FORMA DI STATO

La rappresentanza politica è un istituto che caratterizza i sistemi politici occidentali<sup>1</sup> e, più in generale, costituisce uno degli elementi cardine nella definizione della forma di Stato<sup>2</sup>, configurandosi come il principale strumento attraverso il quale si realizza il principio democratico.

Nel corso degli anni, i diversi modelli di Stato hanno riconosciuto differenti modalità di rappresentanza, incidendo significativamente sulla legittimazione del potere e sulla partecipazione politica dei cittadini.

Un breve richiamo all'evoluzione storica registrata sul punto consente subito di rilevare come la nozione di rappresentanza non possa assumere un significato univoco, trattandosi di un concetto connotato da evidente flessibilità, che le consente di essere diversamente declinato in presenza di sistemi politici distanti tra loro<sup>3</sup>.

Una graduale affermazione della rappresentanza politica si rinviene, come noto, nel modello dello Stato liberale, attraverso l'ampliamento del suffragio e la definizione di istituzioni rappresentative, pur caratterizzandosi per una dimensione elitaria e limitata<sup>4</sup>.

Una sensibile trasformazione del concetto di rappresentanza muove le mosse dalla transizione verso lo Stato democratico, basato sulla partecipazione universale e sull'articolazione di un sistema pluralistico, che riesce ad includere classi e gruppi sociali che in passato erano ai margini del sistema.

<sup>3</sup> Cfr. D. Fischella, *La rappresentanza politica*, Roma, 6, 1996,30. Secondo l'Autore, "se è vero che con qualche sforzo siamo in grado di indicare con sufficiente approssimazione ciò che la rappresentanza non è, malgrado molti secoli di impegno teorico non possiamo dire cosa la rappresentanza è".

<sup>4</sup> Cfr. sul punto A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, cit., 15. L'Autrice ricorda come, nonostante il periodo medioevale venga considerato "culla della rappresentanza", il passaggio ad un modello di rappresentanza liberale prende le mosse dal mutamento del ruolo del Parlamento, da mero organo consultivo del re e portavoce delle richieste dei ceti e delle corporazioni a organo dello Stato dotato di piena autonomia.

Il principale punto di discontinuità tra lo Stato liberale e lo Stato democratico pluralistico è rappresentato, infatti, dall'avvento del suffragio universale e dall'affermazione del principio di uguaglianza, cui è seguita la costituzione di uno Stato fondato sulla democrazia rappresentativa, in cui il popolo esercita la propria sovranità attraverso gli organi e gli istituti della rappresentanza politica.

L'evoluzione dello Stato moderno ha portato inoltre all'emergere di modelli distinti di Stato, quali lo Stato federale e lo Stato unitario, che influenzano direttamente le modalità di rappresentanza anche in senso verticale. Nel primo caso, infatti, la rappresentanza politica si articola su più livelli di governo, con un'equilibrata distribuzione delle competenze tra enti centrali e periferici. Nel secondo caso, invece, il potere decisionale rimane accentrato, riconoscendo una minore autonomia agli enti territoriali nella definizione delle politiche pubbliche.

L'ordinamento costituzionale italiano, fondato sul principio di autonomia territoriale sancito dall'articolo 5 della Costituzione, riflette un modello di Stato unitario con significativi elementi di decentramento, i quali sono stati progressivamente valorizzati dal legislatore.

Il sistema di rappresentanza politica si sviluppa attualmente su diversi livelli istituzionali, garantendo il coinvolgimento della cittadinanza attraverso meccanismi elettorali e plurime istituzioni legislative, nonché attraverso gli istituti della democrazia diretta e della democrazia partecipativa.

---

<sup>5</sup> Cfr. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *www.nomos.it*, 3, 2021, 10, che al riguardo ricorda come “a seguito della riforma del Titolo V si è assistito nel nostro Paese a una dislocazione di competenze normative dal legislatore nazionale a quello regionale che, almeno in parte ha contribuito a un'erosione della centralità parlamentare”.

<sup>6</sup> La sede della sovranità popolare e della rappresentanza dei cittadini europei è costituita dal Parlamento Europeo, che ha assunto crescente peso politico attraverso le modifiche dei Trattati, nonostante le dinamiche politiche dell'Unione siano ancora oggi intrinsecamente intergovernative. Cfr. sul punto S. Staiano, *I partiti europei fuori tempo*, in *www.federalismi.it*, 25 luglio 2012, secondo il quale il Parlamento Europeo si trova ancora, anche dopo il Trattato di Lisbona, in una posizione di favorevole asimmetria rispetto agli altri organi dell'Unione, rivestendo una posizione minore nei circuiti che determinano le dinamiche della forma di governo in Europa, poiché queste

In tal modo può dirsi ampiamente superato il modello unitario di rappresentanza e di responsabilità politica, originariamente connessa al concetto di sovranità di un soggetto unico o, comunque, “omogeneo” (si pensi alla sovranità della Nazione, dello Stato, del popolo). Difatti, vista la sempre maggiore rilevanza delle Regioni e degli altri enti territoriali<sup>5</sup> sancita a livello costituzionale, nonché la crescita della rilevanza della dimensione europea<sup>6</sup> della rappresentanza, è necessario fare riferimento ad essa in una dimensione multilivello, ricostruendo l'istituto in questione alla luce delle peculiari caratteristiche dei singoli livelli territoriali.

Concentrando l'analisi al livello nazionale della rappresentanza politica, come già rilevato, la nascita della Repubblica ha segnato il passaggio da un sistema fortemente accentrato a una configurazione più aperta alla partecipazione democratica.

L'assunto trova immediata conferma nell'art. 1 della Costituzione vigente, il quale sancisce il principio della sovranità popolare e ne individua le modalità di esercizio<sup>7</sup>.

In particolare, come noto, la sovranità viene esercitata dal Popolo attraverso tre diverse forme riconosciute dalla Costituzione.

In primo luogo, vengono in rilievo gli istituti della democrazia diretta, tra i quali si annoverano: la possibilità di rivolgere petizioni alle Camere ex art. 50 Cost., l'iniziativa legislativa popolare ex art. 71, il referendum popolare ex art. 75, il referendum costituzionale ex art. 138 Cost., ed ancora, le previsioni degli artt. 123, 132, 133 Cost..

dipendono in misura preponderante dai governi nazionali; A Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018, 170. Secondo l'Autrice “alla luce dei poteri formali, positivamente e garantiti nel Trattato, e della loro applicazione, la conclusione pare essere, dunque, che allo stato i limitati poteri di partecipazione dei Parlamenti nazionali ai processi decisionali europei non sembrano incrementare il tasso di legittimazione democratica dell'ordinamento dell'Unione”.

<sup>7</sup> Alla sovranità popolare viene attribuito il valore di principio giuridico. Seguendo la distinzione tra Stato-comunità e Stato-apparato, e conferendo la sovranità esclusivamente al popolo, questi diviene il soggetto giuridico che fa dello Stato-apparato il suo rappresentante giuridico. Cfr. V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in Stato popolo governo, Giuffrè, Milano, 1985, 216, “Lo Stato non è il popolo, ma lo rappresenta nel mondo del diritto”.

In secondo luogo, vengono in rilievo le ipotesi di partecipazione alla definizione dell'indirizzo politico dello Stato ex artt. 2, 3, 17, 18, 21 e 49 Cost..

Infine, la sovranità popolare trova attuazione ricorrendo alle forme della democrazia pluralista ex artt. 48, 49 e 67 della Costituzione. L'art. 1 Cost., dunque, richiama un concetto di sovranità popolare che non si esaurisce a livello nazionale nel rapporto tra il corpo elettorale e il Parlamento, ma che sottende il riconoscimento del principio di uguaglianza politica, grazie al quale ogni cittadino partecipa attivamente alla precisazione dell'indirizzo politico della comunità di riferimento, sia a livello nazionale, che su base regionale<sup>8</sup>.

## 2. RAPPRESENTANZA POLITICA E CRISI DEI PARTITI

La rappresentanza politica nazionale è stata storicamente mediata dai partiti, che hanno svolto un ruolo di fulcro del modello della democrazia rappresentativa<sup>9</sup>, essenziale nell'organizzazione del consenso e nella definizione delle dinamiche istituzionali.

Tuttavia, negli ultimi decenni si è assistito a una profonda crisi dei partiti tradizionali, con

effetti rilevanti sia sulla effettività della rappresentanza<sup>10</sup>, che sulla stabilità del sistema politico.

Le cause della crisi dei partiti sono molteplici e possono essere ricondotte a fattori di natura sociale, economica e istituzionale.

Il ruolo dei partiti come intermediari tra cittadini e istituzioni è stato infatti progressivamente eroso dalla disaffezione dell'elettorato, dalla personalizzazione della politica e dall'evoluzione del contesto comunicativo, nonché dalla crescente interferenza e condizionamenti che i partiti (al pari di governi e parlamenti) subiscono ad opera di organizzazioni internazionali, dei mercati finanziari e delle istituzioni europee<sup>11</sup>, nelle quali risulta prevalente la componente tecnocratica<sup>12</sup>.

Più in particolare, con il crescere della personalizzazione della leadership politica si è registrato un declino della struttura partitica tradizionale, con un maggiore accento posto sulla figura del leader piuttosto che sull'organizzazione collettiva del partito. In conseguenza di tale mutamento, gran parte delle decisioni vengono accentrate nelle mani dei capi di governo, che finiscono con il bypassare i partiti, condividendole con una ristretta cerchia di loro collaboratori secondo logiche fiduciarie, andando a ridurre la qualità della rappresentanza.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Costituzionale 3 luglio 2002 n°106, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo la quale “il legame Parlamento-sovranità popolare non descrive i termini di una relazione di identità, sicché la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranità popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non può essere condivisa nella sua assolutezza”. Ad avviso dei giudici, inoltre, “l'art. 1 impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa inserire esaurendosi”. Cfr. anche Corte Costituzionale 13 gennaio 2014 n°1, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In tale pronuncia i giudici hanno evidenziato come, nonostante le prerogative dell'assemblea nazionale non permettano di equipararla ad altri consessi, tale circostanza non esclude che questi ultimi non possano considerarsi rappresentativi dell'elettorato.

<sup>9</sup> Cfr. I partiti di massa hanno svolto la funzione di “protezione ed integrazione sociale” nei confronti di coloro che “sarebbero stati altrimenti condannati allo sradicamento e al disorientamento”. Cfr. A. Mastropaolo, *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?* in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1, 2005, 3. Cfr. inoltre, C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di ricerca*, 1949, che considera i partiti “mezzo indispensabile sia per l'assunzione di una coscienza politica nei cittadini, sia per l'ordinata espressione di questa e sia infine per consentire l'influsso costante e consapevole della pubblica opinione nella direzione politica dello Stato”.

<sup>10</sup> Cfr. S. Tormey, *The end of representative politics*, Cambridge, 2015, 8. L'Autore sottolinea come, in conseguenza della crisi della rappresentanza, lo sviluppo delle democrazie contemporanee sarebbe ascrivibile in termini “post rappresentativi”.

<sup>11</sup> In merito alla possibilità di addivenire ad una concezione di sovranità compatibile con il fenomeno dell'integrazione europea, parte della dottrina ha parlato di “sovranità composita” in quanto fondata su quella degli Stati membri. Cfr. I Pernice-F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2005, 85. Secondo gli Autori “La Comunità e i suoi Stati membri, formando una sorta di osmosi, avrebbero prodotto un nuovo modello dotato di una sovranità che non annulla quella degli Stati membri”. Cfr. inoltre E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2015, 286; A. Cantaro, *Europa: unita nella diversità?*, in *Democrazia e diritti*, 3, 2015, 32 che sottolinea la difficoltà di conciliare l'unità dell'ordinamento giuridico con la pluralità degli Stati nazionali e delle Costituzioni.

<sup>12</sup> Sulla necessità di rivitalizzare la funzione costituzionale dei partiti politici in era moderna, F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, 202.

Anche l'utilizzo delle nuove tecnologie<sup>13</sup>, insieme al ruolo dei media e delle piattaforme digitali ha contribuito a trasformare il concetto di rappresentanza e il modo in cui i partiti interagiscono con gli elettori, superando la centralità delle strutture di partito tradizionali<sup>14</sup>.

Uno degli effetti più rilevanti di questa crisi è il fenomeno della volatilità elettorale, che ha portato a un indebolimento delle tradizionali strutture partitiche e alla frammentazione del panorama politico.

In tale prospettiva si inserisce il fenomeno della crisi del rappresentato<sup>15</sup>, causata da una “*perdita di identità collettiva*” e “*smarrimento del senso del legame sociale*”, che rendono incerto e mutevole il rapporto tra i rappresentanti ed i rappresentati<sup>16</sup>.

L'emergere di movimenti populistici e persino di forze politiche anti-establishment ha ulteriormente accentuato questa tendenza, determinando una ridefinizione dei modelli di rappresentanza, a discapito della tradizionale funzione dei partiti, quali “*strumenti indispensabili per il funzionamento della democrazia*”<sup>17</sup>.

Non da ultimo, l'analisi della crisi dei partiti non può prescindere da una riflessione sul sistema elettorale e sul suo impatto sulla rappresentanza politica.

Come noto, l'obiettivo delle riforme elettorali degli ultimi decenni è stato quello di porre rimedio alla crescente instabilità politica, introducendo meccanismi volti a garantire una maggiore governabilità senza compromettere la rappresentatività del Parlamento.

Tuttavia, da un lato, il mutamento delle regole elettorali porta con sé, quale effetto distorsivo, una crescente sfiducia nei confronti delle istituzioni rappresentative, dall'altro non è stato sufficiente a scongiurare il ricorso a governi tecnici<sup>18</sup>, nei quali l'influenza dei partiti sulla formazione delle scelte politiche è fortemente limitata dal ruolo dei tecnocrati<sup>19</sup>, ancora una volta incidendo negativamente sulla qualità della rappresentanza politica.

### 3. RAPPRESENTANZA POLITICA E VERTICALIZZAZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO

<sup>13</sup> Cfr. sul punto A. Papa, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; A. Ciancio, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mò di introduzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15, 2021.

<sup>14</sup> In dottrina si osserva come il dibattito parlamentare sia proiettato sempre più verso l'esterno delle aule parlamentari. Cfr. E. Longo, *La Legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 180, secondo il quale “*Il Parlamento è ancora una sede nella quale si adottano decisioni prese altrove e non la stanza in cui si forma l'indirizzo politico, mediante la libera dialettica maggioranza-governo-opposizione secondo l'immagine liberale*”.

<sup>15</sup> Cfr. M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 117. L'Autore ritiene che la “*tenuta*” della rappresentanza politica sia messa in discussione proprio dalla crisi del rappresentato.

<sup>16</sup> Cfr. M. Troisi, *Regioni e rappresentanza politica*, Bari, 2018, 110, secondo il quale “*il fossato di disinteresse e ignoranza politica che divide i governanti dai governati, le cortine fumogene più o meno dense di cui ogni potere si circonda richiedono che l'analisi della “crisi” del concetto di rappresentanza politica debba partire dal “basso”, ossia dalle criticità che caratterizzano il substrato culturale, politico ed economico della popolazione dell'ordinamento costituzionale osservato*”.

<sup>17</sup> Cfr. D. Coduti, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, 2019, 14. L'Autore ricorda come “*la funzione di mediazione del partito dovrebbe anche contenere le pulsioni egoistiche e antisistema presenti nella società, riformulandole in forme compatibili con le regole della democrazia e con le esigenze di solidarietà proprie di un complesso di persone riunite in una comunità, nonché respingendo quelle incompatibili con i valori che informano l'ordinamento costituzionale. Anche questa funzione del partito pare coerente con la collocazione dell'art. 49 Cost. Poiché essa consente di comprendere come il partito possa ricondurre all'interno del circuito democratico quelle istanze provenienti da settori della società che, rimanendo senza rappresentanza politica, potrebbero estremizzarsi*”.

<sup>18</sup> Cfr. sul governo tecnico come eccezione rispetto alla regola della formazione del governo nei regimi parlamentari a tendenza maggioritaria di “*investitura elettorale e di derivazione politicoparlamentare*” T.E. Frosini, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Rassegna parlamentare*, 2012, 274.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto V.B. Visentini, *Un governo di capaci con o senza tessera di partito*, in *Corriere della Sera*, 23 dicembre 1980, inserito nel volume ID., *Governo parlamento e partiti*, Roma, Edizioni del Circolo, 1983, 31. L'Autore sostiene che il governo tecnico non esiste in quanto organo squisitamente politico ma sottende l'esigenza di selezionare i ministri tra soggetti capaci di svolgere le funzioni cui sono preposti e non, invece, tra uomini di partito, collettori solo di consenso elettorale e interessati a posizioni di potere.

La crisi dei partiti non è l'unico fenomeno che ha inciso sulla qualità della rappresentanza politica. Negli ultimi anni, infatti, si è assistito a un progressivo fenomeno di verticalizzazione della forma di governo, caratterizzato da un rafforzamento dell'esecutivo a scapito del potere legislativo. Si tratta di un fenomeno che ha avuto un ulteriore impatto significativo sulla rappresentanza politica, incrementando la concentrazione del potere decisionale nelle mani dei leader politici, innestandosi in una edizione moderna della crisi del parlamentarismo<sup>20</sup>.

Come è noto, tale esecutivizzazione del modello di governo<sup>21</sup> ha influenzato il modello di rappresentanza nella sua dimensione nazionale, andando ad incidere sul ruolo delle Assemblee che, lungi dall'essere un ruolo decisionale, risulta sempre più orientato verso un controllo politico nei confronti dei soggetti chiamati ad esercitare la funzione di indirizzo.

La verticalizzazione della forma di governo e, dunque, la corrispondente marginalizzazione del ruolo parlamentare si manifestano attraverso diversi strumenti, tra cui, in primo luogo, l'uso

crescente di decreti legge<sup>22</sup> e la limitazione del dibattito parlamentare<sup>23</sup>, che contribuiscono a un progressivo svuotamento della funzione legislativa ordinaria, già fortemente ridimensionata dall'integrazione europea, che ha ridotto l'autonomia decisionale dei parlamenti nazionali.

Nella medesima scia si collocano il ricorso alla questione di fiducia accompagnata dalla presentazione di maxiemendamenti.

Si tratta di strumenti che vengono utilizzati con finalità diverse da quelle per le quali erano stati originariamente immaginati, divenendo meccanismi strumentali al perseguimento dell'obiettivo di ridurre i tempi della discussione assembleare, comprimendo la libertà di voto dei singoli parlamentari ed il potere delle Camere di presentare emendamenti<sup>24</sup>.

Questi meccanismi, sebbene volti a realizzare una maggiore efficienza decisionale, sollevano interrogativi sulla sufficiente qualità della rappresentanza e sulla opportunità di ripristinare l'originario ruolo del Parlamento e la tradizionale dialettica tra Parlamento e Governo<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. A. Manzella, *Lo "Stato" del Parlamento e il futuro del parlamentarismo*, in *Nuova Antologia*, 3, 2009, 30, che fa riferimento all'indebolimento dei partiti, ad un deperimento della cittadinanza attiva e all'emergere di particolarismi territoriali capaci di incidere negativamente sulla stessa assemblea nazionale.

<sup>21</sup> Tale fenomeno ha generato un'importante marginalizzazione dello stesso in termini di rappresentatività, che è stata sovente sacrificata in favore della stabilità dell'azione politica. Cfr. sul punto, D. Casanova, *Spunti critici sulla possibilità di bilanciare la rappresentatività delle Camere con la stabilità del Governo*, in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale. Atti del seminario Brescia*, 5 aprile 2019, Napoli, 2020, 83. Cfr. sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale 21 dicembre 2018, n° 239, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui si tratta di "due esigenze non sovrapponibili ma attengono a profili diversi della funzione del Parlamento: l'una ha riguardo alla dialettica Parlamento-Governo, e mira a rendere proficua l'interlocuzione tra questi due organi, l'altra tende a garantire l'efficienza dei meccanismi decisionali dell'assemblea parlamentare, prescindendo dal rapporto con l'esecutivo o quanto meno ponendolo in secondo piano".

<sup>22</sup> Cfr. M. Belletti, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. on line*, 1, 2021, 44, il quale individua l'unica soluzione alla crisi in "una reale mutualizzazione tra tutti i Paesi membri degli sforzi economici [...] non certo soluzioni che aggraverebbero le posizioni debitorie di alcuni Stati già particolarmente esposti e che

escluderebbero qualsiasi coinvolgimento in chiave solidale di quelli con più solide condizioni debitorie".

<sup>23</sup> Nel corso degli anni lo strumento del decreto legge è stato utilizzato per consentire anche l'adempimento degli obblighi europei in maniera tempestiva e garantire l'effettivo perseguimento degli obiettivi economici al punto da "svuotare di contenuto le manovre finanziarie autunnali e gli istituti della decisione di bilancio in Parlamento". Cfr. G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto tra Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 384.

<sup>24</sup> Cfr. E. Giglio, *Riflessione in ordine alla legittimità costituzionale dei maxiemendamenti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 luglio 2004; G. Pistorio, *Maxiemendamenti e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*. Napoli, 2018.

<sup>25</sup> È stato osservato in dottrina come anche la riforma del taglio dei parlamentari abbia avuto effetti negativi sulla rappresentatività. Cfr. A. Napolitano, *La riforma "anticasta". I possibili effetti paradossali sulla rappresentanza della riduzione del numero dei componenti delle Camere*, in L. Buscema (a cura di), *Il diritto pubblico e i suoi paradossi. Casi scelti*, Napoli 2022, 116. L'Autore evidenzia che "Gli obiettivi di maggiore governabilità, di contenimento della spesa pubblica e di maggiore efficienza ed efficacia del Parlamento, dovuta a numeri più contenuti dello stesso, risulterebbero tuttavia, così come immaginata la riforma, in contrasto con il principio rappresentativo, inteso non solo come scopo politico quanto, piuttosto, quale elemento caratterizzante la nostra costituzione".

Dalle considerazioni svolte risulta evidente che la trasformazione culturale, politica e sociale abbia portato ad un depotenziamento della rappresentatività del sistema parlamentare e ad un sostanziale ripensamento delle funzioni che la Costituzione attribuisce all'Assemblea.

Qualsiasi processo riformatore, dovendosi inserire in un sistema democratico, dovrà mirare a valorizzare la rappresentanza politica, che non può prescindere da un equilibrio tra partecipazione e governabilità, tra legittimazione popolare e stabilità istituzionale.

In tale prospettiva, appare opportuno superare sia il modello di rappresentanza basato sul controllo, piuttosto che sulla condivisione dell'indirizzo politico, sia il bicameralismo perfetto, responsabile del rallentamento del procedimento legislativo, della instabilità del sistema fiduciario ed anche della eterogeneità tra le forme di governo dei vari livelli.

Il futuro della rappresentanza politica dipenderà, quindi, dalla capacità delle istituzioni di garantire un nuovo modello, inclusivo e capace di interpretare le esigenze della società contemporanea.

## IL PRINCIPIO DEL RISULTATO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

di **Fatima D'ABRONZO\***

### ABSTRACT

*Il nuovo Codice dei contratti pubblici si caratterizza per essere una forma di legislazione per principi. I principi in questione sono quelli enunciati nel titolo I° del nuovo Codice, tra i quali rivestono particolare rilevanza il principio del risultato, fiducia e accesso al mercato. Preminenza riconosciuta proprio dall'art. 4, del commentato codice, il quale dispone che le norme del Codice: "si interpretano e si applicano in base principi di cui agli articoli 1, 2, 3" e che dunque sono da ritenersi prioritari i principi di risultato, di fiducia, di accesso al mercato. In particolare il principio del risultato è identificato come il principio cardine di tutto il nuovo costruito normativo in tema di evidenza pubblica e cosa significhi questo sul piano giuridico e pratico per gli operatori economici e le stazioni appaltanti è oggetto del presente studio che ovviamente si limita ad analizzare solo alcuni brevi aspetti.*

*The new Public Contracts Code is characterized by being a form of legislation based on principles. The principles in question are those set out in Title I of the new Code, among which the principle of result, trust and market access are of particular importance. Preminence recognized precisely by the art. 4, of the commented code, which provides that the provisions of the Code: "are interpreted and applied on the basis of the principles referred to in articles 1, 2, 3" and that therefore the principles of result, trust, access to the market. In particular, the result principle is identified as the key principle of the entire new regulatory construct in terms of public evidence and what this means on a legal and practical level for economic operators and contracting authorities is the subject of this study which obviously is limited to analyze only a few brief aspects.*

### SOMMARIO

- 1. Introduzione: i profili di inefficienza a cui la legislazione per principi del nuovo codice intende ovviare ..... 82**
- 2. I tre principi guida del codice dei contratti: il principio del risultato; il principio della fiducia e il principio dell'accesso al mercato: il principio del risultato e possibili obiezioni all'amministrazione di risultato ..... 84**

\* Dottoressa di ricerca. Funzionaria della giustizia amministrativa.

### 3. Considerazioni finali..... 91

#### 1. INTRODUZIONE: I PROFILI DI INEFFICIENZA A CUI LA LEGISLAZIONE PER PRINCIPI DEL NUOVO CODICE INTENDE OVVIARE

Nell'ultimo ventennio, la legislazione della domanda pubblica è stata oggetto di importanti critiche da parte della cultura pubblicistica che ne ha evidenziato inefficienze e fallimenti<sup>1</sup>.

I principali fattori di crisi sono stati individuati nella cattiva organizzazione amministrativa, poco incentivata a premiare i protagonisti di azioni meritevoli; l'eccessivo formalismo dei funzionari pubblici più preoccupati della fase antecedente all'aggiudicazione, che alla fase esecutiva del contratto; l'eccessiva stratificazione e complessità del quadro normativo di riferimento, suscettibile di diverse interpretazioni e privo di una chiara intellegibilità, assenza di una strategia unitaria in grado di orientare gli operatori economici e le stazioni appaltanti; assenza di flessibilità e pragmatismo tese alla risoluzione del "caso concreto".

È su queste problematiche che cerca di intervenire la Riforma normativa che ha interessato, da ultimo, il Codice degli Appalti del 2023 che, invero, mutua l'impostazione per principi da prassi della giurisprudenza amministrativa.

La nuova disciplina in materia di appalti mette in crisi la costruzione voluta dal legislatore europeo di un sistema volto alla tutela della concorrenza come obiettivo in sé, in ossequio alla propria missione di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione di un mercato unico tra gli Stati membri.

La normativa sovranazionale ha vincolato l'ordinamento interno a dotarsi di un sistema di norme volto a proteggere la *par condicio* e la non discriminazione tra gli operatori economici, così da evitare

<sup>1</sup> R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022.

eventuali favoritismi, da parte delle stazioni appaltanti, a discapito delle *chances* di aggiudicazione degli operatori stranieri<sup>2</sup> e in spregio alle ragioni di tutela dell'efficienza ed efficacia dell'azione di committenza.

Passando ad un ulteriore aspetto critico è stata rilevata una scarsa tendenza del mercato italiano ad utilizzare procedure flessibili e modelli di gara più complessi ed innovativi<sup>3</sup>, tra le quali, ad esempio: il dialogo competitivo, la procedura competitiva con negoziazione o il partenariato per l'innovazione.

Le ragioni dello scarso impiego delle citate modalità di affidamento sono legate al timore da parte dei funzionari pubblici di incorrere in una responsabilità per il non corretto utilizzo dello strumento, a fronte dell'assenza di esperienza e formazione da parte degli operatori o assenza di prassi consolidate e di modelli tipo, a cui ancorare le iniziative. Questo tipo di procedure, difatti, comportano una maggiore competenza degli operatori e richiedono di gestire con maggiore padronanza la normativa sull'evidenza pubblica.

In dottrina<sup>4</sup> si è messo a fuoco, tra l'altro, che l'Autorità di regolazione del settore, qualificata come Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), non è riuscita a diffondere buone prassi, essendosi mossa attraverso un'impostazione prevalentemente prescrittiva e sanzionatoria, non propriamente coerente con l'auspicato processo della *cd. soft regulation*.

Letta in tale chiave, la disciplina sull'evidenza pubblica veniva percepita come un percorso ad ostacoli sia dalle stazioni Appaltanti che dagli operatori economici e dunque, la fuga delle stazioni appaltanti dalla discrezionalità amministrativa è stata inevitabile.

Ecco spiegato l'approdo verso l'amministrazione difensiva che ha condannato le procedure di gara e i contratti da esse derivanti ad essere inadeguate rispetto all'obiettivo di portare valore aggiunto alla comunità amministrata e cioè,

anzitutto, rispetto al bisogno di fornire in tempi brevi e con il miglior livello qualitativo possibile la risposta al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara.

Si era giunti al paradosso di considerare più virtuosa un'azione di committenza esercitata nello scrupoloso rispetto delle procedure e di tutte le regole vigenti, pur se incapace di concludersi con la corretta esecuzione de contratto pubblico.

Ciò ha comportato il venir meno del pragmatismo e della tempestività dell'azione pubblica richiesta.

Nel descritto contesto, la paura di non raggiungere gli obiettivi del PNRR; l'incertezza dei confini di legittimità dell'azione amministrativa ed il quadro normativo di difficile interpretazione hanno imposto al legislatore una riforma innovativa che mirasse alla semplificazione, partendo proprio dalle sue fondamenta: ossia dai principi.

Per tutte le citate ragioni l'esperienza della codificazione attuale punta al ritorno della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti, naturalmente associata alla loro qualificazione, rafforzando, almeno in teoria, attraverso il principio di fiducia, l'autonomia istituzionale e collegando il principio del risultato alla scelta della migliore soluzione per il caso concreto e, con ciò, tornando al pragmatismo attraverso azioni ispirate ad una maggiore flessibilità.

Il nuovo Codice e, in particolare, la parte relativa ai principi, si presenta come una normativa di cura delle patologie del settore, orientata con grande realismo ad affrontare quelle carenze e quei difetti di cui si è appena accennato.

La rotta della riforma codicistica si può tracciare tenendo conto di alcune scelte di fondo che sembrano caratterizzare l'esordio del Libro I del Codice, dedicato ai principi<sup>5</sup> e possono ricavarsi dalla stessa Relazione illustrativa al nuovo Codice, in cui è enunciato il significato dell'operazione che ha i tratti della decisione strategica: "*I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di*

<sup>2</sup> S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement* (Vol. 1), Mytholmroyd, 2014.

<sup>3</sup> M. M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva*, Relazione al convegno annuale AIPDA, Pisa 10-12 ottobre 2019, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2020, 35ss.

<sup>4</sup> E. CARLONI, *L'Anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement public: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 3, 2022, 641 e ss.

<sup>5</sup> F. CINTIOLI, *Il principio del risultato del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.



valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme".

Questo estratto racchiude la direzione e la forza che dovranno assumere i principi nel disegno riformatore, i quali dovranno guidare il percorso ermeneutico degli operatori. In sintesi, la Relazione chiarisce che l'enunciazione dei principi è un'operazione centrale sia a livello sistematico, che ermeneutico ed operativo.

Viene ad essere stabilita, per la prima volta, una gerarchia tra gli interessi pubblici che devono ispirare l'azione amministrativa, che si traduce in una primazia del buon andamento e del raggiungimento dell'interesse pubblico - *id est* la risposta migliore e tempestiva alla domanda pubblica - rispetto alla mera legalità formale, ritenuta doverosa ma non soddisfattiva, ove non concorra al raggiungimento dell'obiettivo attesa dalla gara.

Il principio realizzativo finale affidato all'art. 1, comma 1, del Codice - 1.«*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*» - come rilevato dai primi commentatori ha valenza prioritaria di interesse pubblico preminente, che si realizza attraverso la corretta e tempestiva esecuzione delle prestazioni contrattuali affidate all'aggiudicatario.

Sulle decisioni discrezionali delle stazioni appaltanti si misurerà, pertanto, l'efficacia e l'effettività dell'azione di committenza.

Ne consegue che le procedure dettagliate dal Codice hanno perso, almeno in parte, la loro

<sup>6</sup> In dottrina è stato rimarcato in chiave critica l'assenza di un espresso richiamo alla sostenibilità, presente invece, nell'art. 4 del vecchio Codice. Vedi: R. Caranta, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giur. It*, 2023.

<sup>7</sup> L. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Marzo, 2025.

pretesa di esaustività, lasciando spazio all'eccezione, da gestire in ragione della lettura delle esigenze emergenti, di volta in volta, nella situazione che il committente deve affrontare.

## **2. I TRE PRINCIPI GUIDA DEL CODICE DEI CONTRATTI: IL PRINCIPIO DEL RISULTATO; IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA E IL PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO: IL PRINCIPIO DEL RISULTATO E POSSIBILI OBIEZIONI ALL'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO**

Per comprendere interamente il significato dei tre criteri direttivi che il testo del Codice indica nei suoi primi articoli non basta intendere il contenuto di questi ultimi. Prima di tutto, occorre riflettere sulla loro funzione e sul perché sono stati inseriti.

C'è chi<sup>6</sup> legge le prime previsioni del Codice, pensando ad una riformulazione moderna di principi antichi, o ad una stesura intrisa di significati già acquisiti nelle prassi operative.

A torto o a ragione, la Parte I, dedicata ai principi generali, è ritenuta, pressoché unanimemente<sup>7</sup>, la novità più significativa del nuovo Codice, che dichiaratamente ambisce ad enunciare principi guida per l'interpretazione ed applicazione degli istituti della domanda pubblica.

Principi generali, dunque, intesi «*non solo come affermazioni generali e astratte, ma come indicazioni concrete per gli esecutori, per gli operatori, per gli interpreti*»<sup>8</sup>.

Indubbiamente, la funzione dei principi in esame appare diversa da quella dei principi dei precedenti codici, che in sostanza servivano a perimetrare l'ambito di applicazione del testo normativo e le definizioni delle locuzioni utilizzate nel testo stesso<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, (Relazione al Convegno su: «*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*») - Roma, 27 gennaio 2023), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 12.

<sup>9</sup> A. SAITTA, *I criteri interpretativi: risultato, fiducia e accesso al mercato* (scritto in corso di pubblicazione in un commentario al

Coerenti con tale ambizioso proposito sono la collocazione e la consistenza dei principi generali del nuovo Codice, che testimoniano l'importanza che viene ad essi riconnessa dal legislatore<sup>10</sup>.

I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato vanno esaminati nel dettaglio, avendo in mente anzitutto la portata, decisamente innovativa per il comportamento pubblicistico. Siamo di fronte a nuovi cardini ermeneutici della domanda pubblica, così come espressamente statuito: “Le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1,2 e 3 “(art. 4).

Andando ai singoli principi è intellettualmente onesto precisare che non tutti sono da ritenersi “*pa-lesamente innovativi*”: tali possono considerarsi soltanto alcuni di essi, che indirizzano l'impostazione di fondo del nuovo Codice, mentre molti altri si limitano in realtà a recepire nello specifico ambito della contrattualistica pubblica, principi già ampiamente conosciuti nell'attività amministrativa o principi individuati dalla giurisprudenza in materia di contratti pubblici già applicabili a tale ambito<sup>11</sup>.

Si pensi, ad es., ai principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), già recepiti dalla legge sul procedimento (art. 1, comma 2-*bis*) e, non certo da ultimo, dalla giurisprudenza amministrativa e applicati all'attività contrattuale della pubblica amministrazione e, alle gare d'appalto.

Interpretare ed applicare le disposizioni del Codice in base ai principi che stiamo andando ad analizzare significa spostare il baricentro da regole precostituite e formalistiche a valutazioni che la stazione appaltante dovrà operare caso per caso.

La relazione al Codice non esita a definire “*fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, [...] l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato*”, la cui preminenza è data dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato e che, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente

richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del Codice (vedi art. 4)

Il cambiamento è radicale e non è certo passato inosservato grazie all'enfasi contenuta nella Relazione Illustrativa al Codice, all'interno della quale è stato chiarito che: “*attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un Codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali ed astratte per regolarla*”.

Andando ad analizzare singolarmente i principi del nuovo Codice dei contratti pubblici non possiamo che partire dal principio cardine ispiratore della riforma della contrattualistica pubblica, ovvero: il “principio del risultato”, sul quale si incentra, senza alcuna pretesa di esaustività, il presente lavoro.

Il principio del risultato è definito nella stessa relazione di accompagnamento al Codice come “*l'interesse pubblico primario del Codice*”, la “*finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività*”. Trova la sua concreta realizzazione nell'affidamento del contratto, nella sua esecuzione con la massima tempestività e con il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Il principio del risultato compare come *primus inter pares* nella definizione dei criteri guida delle nuove disposizioni del Codice. Lo scopo è quello di superare il paradosso dell'inerzia “non” colpevole o del mero rispetto delle regole di procedura.

Grazie alla positivizzazione del principio del risultato o, come è stato correttamente riqualificato in dottrina, grazie al “*principio della tutela al*

---

nuovo Codice a cura de Il Sole 24 Ore, gentilmente concessomi in visione dall'A.).

<sup>10</sup> A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144.

<sup>11</sup> La differenza d'impostazione è evidenziata da G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione* (Relazione al Convegno su: «*I principi nel Codice dei contratti*

*pubblici*» - Firenze, 14 aprile 2023), in *www.giustizia-amministrativa.it*, 1-2, il quale, peraltro, pur ritenendo «adeguate» la collocazione e la rilevanza date ai principi nel disegno codicistico, reputa maggiormente significativa la circostanza «che ai principi stessi sia stata assegnata la finalità di esprimere, con potenti valenze nomogenetiche, i fondamentali valori giuridici della specifica disciplina di settore.

*conseguimento del risultato*<sup>12</sup> si richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di procedere all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività ed esaustività.

Esso rappresenta, dunque, “*una sorta di stella polare*” che deve guidare l'interprete nella lettura del nuovo Codice, il quale – secondo un'accreditata opinione – deve ritenersi fondato sulla dichiarata priorità del c.d. “*principio realizzativo*”, che in tal modo finisce per rappresentare “*il fine (pubblico) per il quale l'amministrazione contrae*”, a cui tutti i restanti profili di pubblico interesse (dalla trasparenza alla concorrenza, passando financo per la legalità) sono da ritenere subordinati<sup>13</sup>.

Secondo una condivisibile lettura, il riconoscimento del necessario primato teleologico al principio del risultato determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi affermatasi negli ultimi quindici anni a causa del recepimento del diritto europeo, interessato a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione e solo in subordine al buon andamento delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Il nostro legislatore, sotto la spinta nomofilatica della giurisprudenza si è finalmente reso conto che “*la gara, per quanto doverosa per il diritto europeo e quindi italiano, è un mezzo, non un fine e che lo Stato banditore dovrebbe operare al servizio dello Stato committente*”<sup>14</sup>.

Il principio si completa con la precisazione che la concorrenza e la trasparenza sono interessi ancillari: la prima (la concorrenza) funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare i contratti; la seconda (la trasparenza) con lo scopo di garantire la massima semplicità e rapidità nella corretta applicazione delle regole del Codice, assicurandone la piena verificabilità<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> S. PERONGINI, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, in Scritti in onore di F. Salvia, Napoli, 2023.

<sup>13</sup> Così L.R. PERFETTI, *op. cit.*, *passim*, ma spec. 11.

<sup>14</sup> G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato* (Relazione al Convegno su: «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» - Roma, 27 gennaio 2023), in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>15</sup> D. CAPOTORTO, *Lo Stato “consumatore” e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 161-167.

Già prima dell'avvento del nuovo Codice, del resto, accorta dottrina aveva sostenuto con forti argomentazioni che tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione non possono sacrificare l'interesse principale: quello di eseguire gli appalti<sup>16</sup>.

Nel disegno del nuovo Codice la strumentalità di concorrenza e trasparenza rispetto al principio del risultato costituisce la reazione alla necessità di circoscrivere due degli elementi di inefficienza del sistema della domanda pubblica a cui si è fatto cenno in precedenza; da un lato, reagendo anche a quell'eccessiva pervasività del diritto europeo e dei suoi precipitati, si chiarisce che la necessità di garantire la parità di accesso degli operatori economici alle gare pubbliche non è, in sé e per sé, lo scopo della procedura di gara che ha, piuttosto, la sua missione nel fornire in tempi brevi la risposta al bisogno di interesse pubblico; dall'altro, si ridimensionano le conseguenze annesse all'affermazione del principio della trasparenza e di tutte le istanze ad essa collegata, al fine di precisare che tali esigenze devono comunque garantire la semplicità e la celerità della procedura<sup>17</sup>.

Come quest'ultimo inciso possa coordinarsi con la normativa in tema di accesso civico generalizzato, per esempio, e con la sua estensione oramai riconosciuta dall'Adunanza Plenaria anche alle gare pubbliche sarà argomento interessante da approfondire, oltre che il suo coordinamento con la nuova tipologia di accesso nelle procedure ad evidenza pubblica, improntate sulla massima celerità e utilizzo di sistemi informatici, nonché del cd. fascicolo telematico<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020.

<sup>17</sup> F. DALL'ACQUA, ANTONIO MEOLA, A.S. PURCARO *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 2023, Guido Alpha Editore

<sup>18</sup> Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10, che ha risolto il contrasto giurisprudenziale relativo alla compatibilità e conseguente applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla disciplina settoriale dei contratti pubblici, affermando che: «*la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato*



Il principio del risultato così come inteso dai primi commentatori deve permeare l'intero ciclo del *procurement*, dalla redazione del bando di gara alla fase dell'esecuzione fino al completamento di tutte le prestazioni contrattuali.

È decisivo cogliere la nuova ottica del principio del risultato, che richiede di valorizzare, nel medesimo modo, tutte le fasi del ciclo che accompagna lo sviluppo della domanda pubblica portandola al suo compimento, ossia la pienezza della risposta al bisogno che la sollecita.

Nel nuovo Codice, infatti, è chiaramente suggellato che il *procurement* è un ciclo che si chiude con a soddisfazione del bisogno di interesse generale dal quale trae origine ed è in quel momento che si verificano l'efficacia e l'effettività delle scelte adottate negli atti che si sono susseguiti<sup>19</sup>.

Recuperare l'ampiezza e l'opportunità strategica dell'intero percorso è il primo passo per riqualificare il ciclo *procurement* secondo il principio del risultato, volto anche ad unificare la fase di affidamento con quella di esecuzione.

Affinché ciò accada, è necessario anzitutto formulare con esattezza la domanda pubblica; occorre, cioè, che il soggetto ponga in essere analisi circostanziata dei propri bisogni o di quelli della comunità amministrata verso la quale intende dirigere il proprio intervento. Nessun risultato potrà essere verificato se non è chiaro il bisogno a cui il mercato è diretto.

Oggi, in tempi di P.N.R.R., il mercato dei contratti pubblici e tutta l'azione che lo contorna dev'essere *a fortiori* necessariamente "goal-oriented",

dovendo il risultato rappresentare lo scopo primario dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione<sup>20</sup>.

E' opportuno evidenziare che il legislatore, per assicurarsi l'effettiva operatività del suddetto principio, ha apprestato anche previsioni immediatamente precettive che riguardano la responsabilità dei funzionari pubblici ed eventuali premialità per il loro operato: il comma 4 dell'art. 1 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario, non solo per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, ma anche per «*valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti e per "attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva"*».

Assai opportunamente, pertanto, «*si vuole adesso ricordare ai destinatari del Codice che questo non è uno strumento per assicurare il trasparente gioco della concorrenza nelle gare d'appalto, ma per fare in modo che queste rendano possibile la realizzazione delle opere e l'acquisizione di beni e servizi nel più breve tempo, con il miglior rapporto qualità e prezzo, rispettando la legge nonché gli stessi principi della libera concorrenza e della trasparenza*»: in pratica, il Codice «*esiste per declinare i precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione – non a caso richiamati nel successivo terzo comma dell'articolo – quale fonte di legittimazione del principio del risultato adesso reso esplicito*»<sup>21</sup>.

L'affermazione di questo principio richiama inevitabilmente i dibattiti sulla c.d. amministrazione "di risultato", anche se la configurazione

---

*non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento; è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale; la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in*

*particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza».*

<sup>19</sup> F. DALL'ACQUA, ANTONIO MEOLA, A.S. PURCARO *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 2023, Guido Alpha Editore.

<sup>20</sup> L. CARBONE, op. cit., 13.

<sup>21</sup> A. SAITTA, op. cit.. Principio di buon andamento di cui del resto – come evidenziato nella relazione – «il "principio del risultato" rappresenta una derivazione "evolutive"».



concreta del risultato in termini di interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, all'espletamento del servizio e/o al conseguimento della fornitura, unitamente alla precisazione che lo stesso dev'essere conseguito *“con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo”* (art. 1, comma 1), contribuiscono a dare un contorno ben definito al principio stesso<sup>22</sup>.

La disposizione codicistica, in altri termini, identifica il risultato in un *quid* ben preciso, facendogli assumere il significato di *“efficienza economica”*<sup>23</sup>.

Come evidenziato a più riprese nella relazione di accompagnamento, il risultato dev'essere pur sempre conseguito *“nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*.

Il ruolo svolto assunto in questo contesto dal principio di legalità ha suscitato talune perplessità, nella misura in cui esso, secondo alcuni, avrebbe meritato un richiamo più pregnante, anziché essere equordinato ai principi di trasparenza e concorrenza quale mero parametro da rispettare per raggiungere il risultato<sup>24</sup>, in tal modo, da un lato, si corre il rischio di posporre il principio di legalità, sia pure nell'accezione formale, rispetto a quello del risultato; dall'altro, non si considera che trasparenza e concorrenza sono a loro volta strumentali alla legalità e *“serventi rispetto alla democraticità, all'imparzialità e all'efficienza dell'amministrazione”*<sup>25</sup>.

Attenta dottrina<sup>26</sup> ha, inoltre, evidenziato che: *“non c'è alcun contrasto fra principio di legalità e risultato amministrativo, quando la fattispecie normativa conferisce rilevanza giuridica ed efficacia al risultato amministrativo”*; anzi: *“il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica di legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere”*.

Sul principio di trasparenza è evidente che lo stesso è uno strumento fondamentale per garantire procedure conoscibili ed accessibili, per

scongiurare rischi di favoritismi ed arbitri da parte delle stazioni appaltanti<sup>27</sup>. Tra l'altro, il legislatore ha inteso intervenire anche in questo settore in maniera incisiva, ampliando gli obblighi di pubblicazione e digitalizzazione in adempimento del principio del *“once only”*, e questo non solo per garantire la *par condicio* dei partecipanti alla gara, ma anche per snellire le procedure, velocizzarle in un'ottica di massimizzazione dei tempi, finalizzati al miglior risultato possibile.

Quanto alla concorrenza, è parimenti palese che essa, per quanto subordinata e funzionale al risultato, mantiene con esso un forte legame; difatti, se il primo, come si è detto, rappresenta l'obiettivo primario, la seconda costituisce pur sempre il metodo per conseguirlo, rilevando quindi il risultato *“virtuoso”*, cioè che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, ma sempre nel rispetto delle regole concorrenziali<sup>28</sup>.

La concorrenza, in sostanza, dev'essere rispettata in quanto è funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti: essa, infatti, aumenta, da un lato, la possibilità di ottenere la migliore prestazione al miglior prezzo e, dall'altro, il numero degli operatori economici ai quali è consentito partecipare alle gare, quindi aggiudicarsi l'appalto<sup>29</sup>.

Nonostante sia ormai pacifico che essa non è più un principio *“tiranno”*, potendo in alcuni casi risultare recessiva rispetto ad altri principi e valori, la concorrenza finisce comunque per risultare rafforzata dal nuovo Codice, che la presenta per la prima volta in veste di principio giuridico e ne specifica connotati e funzioni.

Al comma 3, dopo una menzione *“del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità”*, dei quali il principio del risultato costituisce attuazione, si aggiunge che quest'ultimo *«è perseguito nell'interesse della*

<sup>22</sup> S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2 gennaio 2013.

<sup>23</sup> A. CIOFFI, op. cit., § 2.1.

<sup>24</sup> A.M. CHIARIELLO, op. cit., 148.

<sup>25</sup> A. SAITTA, op. cit.. Di diverso avviso è S. PERONGINI, op. cit., § 7, ad avviso del quale, avendo l'art. 1 del nuovo Codice *«inglobato nel perimetro della legalità il risultato amministrativo»*, l'antinomia tra i due principi viene risolta dalla legge.

<sup>26</sup> A. CIOFFI, GIOVANNI MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO, IN DIR. AMM., 2022.

<sup>27</sup> A.M. CHIARIELLO, op. cit., 149.

<sup>28</sup> F. VETRÒ – G. LOMBARDO – M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 55-

<sup>29</sup> A.M. CHIARIELLO, op. cit., 148.



comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea", introducendo in tal modo un'ulteriore specificazione e limite al principio in esame, che, com'è stato segnalato sin dai primissimi commenti, andrà tenuto presente anche nella lettura del comma 4, che stabilisce che il "principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale"<sup>30</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto, il risultato assume anche il valore di fine. Il riferimento alla comunità ed all'Unione europea, intesi come ordinamenti originari e non particolari, secondo una parte della dottrina potrebbe voler dire che il risultato è «il valore che viene alla comunità dalla scelta del miglior contraente, quello idoneo a garantire il miglior lavoro o servizio in termini di fruibilità collettiva»<sup>31</sup>.

Non vi è alcun dubbio che l'introduzione dei principi generali in esame mira, tra l'altro, ad accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti.

Affinchè il principio del risultato non rimanga lettera morta nell'ambito delle azioni pubblicistiche, il legislatore lo ha legato a doppio filo ad un possibile strumento cd di "rinforzo negativo e positivo".

La norma in commento, infatti, contiene previsioni immediatamente precettive che riguardano la responsabilità dei funzionari pubblici ed eventuali premialità per il loro operato: il comma 4 dell'art. 1 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario (non solo per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, ma anche «per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti e per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

<sup>30</sup> M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 21 dicembre 2022, § 2.

<sup>31</sup> A. CIOFFI, op. cit., § 2.1.

Insomma, dopo la previsione "apripista", contenuta nell'art. 2 comma 9 della Legge 241/90 per marginalizzare le condotte non orientate all'efficienza dell'azione amministrativa – secondo la quale: «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento (nei termini) costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiante», il principio si è esteso al punto di coinvolgere, in positivo o in negativo, i protagonisti dell'azione di committenza che contribuiscano a realizzare valore pubblico o che ne ostacolino il raggiungimento.

Occorre stabilire modalità che consentissero di premiare le buone pratiche e di evitare che una gestione inconcludente, seppur efficiente e orientata al rispetto delle norme, potesse aprire scenari di contestazioni basate su un ipotizzato conflitto con un modello teorico garantista. A tal proposito è necessario sempre rammentare che il principio del risultato non è antitetico al rispetto delle norme, ma lo presuppone.

L'evoluzione della regola è notevole: non si tratta solo di sanzionare il soggetto che non agisce o blocchi lo svolgimento celere ed efficace di una procedura ad evidenza pubblica, ma anche di premiare quei comportamenti particolarmente efficienti e virtuosi, capaci di portare a casa il risultato.

Non sfuggirà all'attento lettore che questo tipo di tecniche motivanti, fondate sul rinforzo positivo, non sono diffuse nella legislazione del pubblico impiego e coglierà sicuramente l'enorme portata innovativa della norma richiamata che mutua simili sistemi dal rapporto di lavoro privatistico, di stampo aziendalistico, in un'ottica di recepimento delle teorie nuove della *New Public Governance*.

Al «risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto qualità-prezzo»<sup>32</sup> si affianca il conseguimento di obiettivi orizzontali connessi con l'oggetto del contratto, capaci di promuovere e implementare la creazione di valore pubblico. E ciò perché non si

<sup>32</sup> D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2023, 14, 47 e ss.

vuole perseguire un risultato qualsiasi ma un risultato “virtuoso”<sup>33</sup>.

Come evidenziato da attenta dottrina, i tempi sembrerebbero maturi per una reale sperimentazione della tecnica del “*governare per contratto*”<sup>34</sup>, con la cui locuzione viene identificato il livello paradossale di composizione di un conflitto fra come agire e cosa fare nell’amministrare la cosa pubblica, utilizzando il mondo dei contratti pubblici, che di fatto guidano il progresso e lo sviluppo sostenibile delle comunità, in termini economici e sociali, sia pure in condizioni di rischio.

La teorizzazione che sta alla base di questa idea presuppone: a) la valorizzazione dell’iniziativa dei funzionari pubblici nell’esercizio della discrezionalità che è tipica dell’azione amministrativa, così da favorire la ricerca delle soluzioni più adatte alla specificità del caso concreto; b) la costruzione di obiettivi collaterali (che siano di matrice economica, ambientale, sociale o etica), ulteriori ed aggiuntivi rispetto alla prestazione principale attraverso un impiego ottimale delle risorse pubbliche; la promozione di strategie di politica economica, ambientale, sociale ed etica di medio e lungo termine.

In quest’ottica va sicuramente accolto con favore il progetto di riforma che chiarisce sin dai suoi principi generali che «*la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti*»<sup>35</sup>, ragion per cui va tutelata non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato.

È bene tener presente che il principio del risultato rischia di rimanere lettera morta se non si appresteranno le opportune verifiche da parte degli organi di controllo e autorità chiamate a valutare, sotto diversi aspetti, la correttezza dell’azione pubblica.

A prescindere, comunque, dalle premesse, sarà necessaria un’attività di misurazione, analisi e monitoraggio da parte degli organi di vigilanza collaborativa svolta dall’ANAC, durante la fase di esecuzione del contratto, per verificare se il nuovo

testo dei contratti pubblici sia in grado di consentire il conseguimento di risultati effettivamente maggiori rispetto a quelli ottenuti sotto la vigenza del testo D.Lgs. 50/2016.

L’attività di osservazione si rende indispensabile proprio per implementare il livello di *performance* che, diversamente, resta confinato solo in un’accezione teorica.

La fase di esecuzione del contratto deve assolutamente essere privilegiata, perché è proprio in quella fase che viene assicurata l’effettività della prestazione e del risultato. Tuttavia, essa, sembra essere rimasta nuovamente sullo sfondo, ancorché sia opinione generalizzata che «*per assicurare l’effettività delle politiche orizzontali, occorrono nuovi interventi sulla fase della gestione del contratto, tali da rafforzare la capacità da parte della pubblica amministrazione di monitorare l’operato del contraente*»<sup>36</sup>.

Mancano schemi contrattuali pesati e calibrati sui contratti cd. “*goal oriented*”, che mal si prestano ad essere riempiti da clausole standardizzate; al tempo stesso mancano strumenti idonei all’attività di monitoraggio e alla verifica degli obiettivi.

La prima criticità potrebbe essere recuperata attraverso il ricorso ai cd. “*accordi collaborativi*”<sup>37</sup>, che si fondano sulla generale capacità di agire della pubblica amministrazione e sul principio di autonomia contrattuale codificato dall’art. 8, comma 1 del nuovo Codice dei Contratti.

La seconda criticità potrebbe essere risolta implementando, ad esempio, le tecniche di pratiche virtuose, in modo da sollecitare l’adozione di condotte autoresponsabili.

Si pensi, ad esempio, all’iniziativa fatta propria dal Comune di Milano con riferimento al tema della PMI; in questo caso la stazione appaltante, per favorire il conseguimento di interessi trasversali, ha ideato non già un sistema di penalità, ma un meccanismo di premialità di carattere reputazionale, economico e contrattuale volto a ricompensare l’operatore che, con le sue azioni, contribuirà a realizzare i predetti obiettivi.

<sup>33</sup> Relazione Illustrativa agli articoli e allegati, pag. 12.

<sup>34</sup> S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>35</sup> Art. 2, comma 2 del Decreto Legislativo n. 36/2023.

<sup>36</sup> Commissione Europea, 2021/C237/01.

<sup>37</sup> S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2019, pp. 255-278.

Tra le premialità contrattuali spicca la scelta dell'opzione di assegnazione di ulteriori lavori fino ad un importo massimo di € 2.000.000,00 da attivare a discrezione della stazione appaltante in misura proporzionale alla percentuale degli obiettivi collaterali tralasciati e ai punteggi all'uopo conseguiti.

### **3. CONSIDERAZIONI FINALI**

Il Codice dei Contratti Pubblici è un testo normativo imponente sia quanto alla impostazione che quanto all'articolato. All'interno di questo testo, i principi occupano una parte significativa.

Rispetto ai due Codici precedenti, il nuovo Codice si differenzia per il contenuto dei principi, che hanno un'impostazione certamente più generale ed aulica, finalizzata a regolare in generale l'attività della pubblica amministrazione, mentre i precedenti avevano una funzione molto più puntuale e specifica.

L'obiettivo è quello di creare, almeno sulla carta, una disciplina più garantista per il cittadino rispetto a quella generale, per esempio in tema di soccorso istruttorio e di termine per ricorrere.

Il ruolo dei principi generali e il loro significato è stato riconosciuto ed è sottolineato dalla stessa Relazione Illustrativa.

La suddetta Relazione ricorda che la funzione dei principi è di esprimere i valori e i criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sottolinea che ogni Codice ha una tendenza a costituire un sistema normativo compiuto, nel quale appunto i principi consentono di comprendere il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice nel suo insieme rispetto alla frammentarietà delle sue parti.

È ben noto, tuttavia, che una normazione per principi possa creare non poche difficoltà di ordine pratico nel momento dell'attuazione, in quanto la mancanza di puntualità e determinatezza delle disposizioni possono creare complicazioni negli interpreti e negli operatori che sono chiamati a dare concreta attuazione al Codice e a subire le conseguenze anche in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare, contabile e in alcuni casi penale.

Pertanto, non sembra raggiungere appieno il proprio obiettivo il legislatore che ha inteso la normazione per principi proprio per evitare la paralisi della macchina pubblica per paura della firma.

Non è mancato, ancora, chi ha manifestato preoccupazioni per il fatto che una legislazione per principi possa rendere meno prevedibile l'azione interpretativa del giudice amministrativo e, di conseguenza, rendere meno agevole per i cittadini e per la stessa pubblica amministrazione l'individuazione della regola che verrà riconosciuta corretta nel caso di contestazione.

Inoltre, in un sistema così articolato, anche i principi sono numerosi e possono trovarsi spesso in posizione antagonista. A confutazione della suddetta posizione c'è chi ha sostenuto che non possa parlarsi di vero e proprio conflitto tra i principi, perché gli stessi cooperano per il raggiungimento delle finalità di settore, che sono unitarie e che, a loro volta, trovano una propria precisa collocazione nel sistema giuridico generale, e cioè nel sistema giuridico nazionale, che si ispira ai principi anche sovranazionali riconosciuti, in primo luogo, ai principi dell'ordinamento eurolunitario.

Il Codice dei contratti pubblici, come emerge dalla relazione illustrativa della commissione, è consapevole di questa esigenza e, di conseguenza, individua una sorta di gerarchia tra i principi, al vertice della quale pone il principio del risultato (il secondo più importante principio è quello della fiducia).

Il Codice ha, perciò, una funzione didascalica, come del resto il Consiglio di Stato ha chiarito ormai da parecchio tempo, consentendo sia all'amministrazione che agli operatori economici privati di seguire un percorso scandito e di comprenderne le varie tappe.

Un'ulteriore criticità della nuova normazione in esame è stata sollevata circa la dichiarata volontà di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui, spesso, la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze (così come si esprime la relazione illustrativa al Codice a pag. 12).

Tuttavia questo eccessivo ampliamento della sfera di discrezionalità rischia di riespandere la sfera del merito e che, per l'effetto, possa essere sottratta alla valutazione del giudice amministrativo un'ampia porzione dell'attività della stazione appaltante.

L'alleggerimento della disciplina normativa comporta inevitabilmente per l'amministrazione l'ampliarsi del potere discrezionale il cui confine con il merito non è sempre facile da individuare e delimitare.

**LA DIMENSIONE REGIONALE DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA**di **Clementina PIETRAROIA\*****ABSTRACT**

*L'evoluzione della rappresentanza politica regionale testimonia la complessità del regionalismo italiano e le difficoltà nel definire un assetto istituzionale in grado tenere. Il ruolo dei partiti, i sistemi elettorali e il rapporto di equilibrio tra Presidente della Giunta e Consiglio regionale sono elementi che incidono in maniera determinante sulla qualità della democrazia regionale e sul funzionamento delle istituzioni locali.*

*The evolution of regional political representation reflects the complexity of Italian regionalism and the challenges in defining a stable institutional framework. The role of political parties, electoral systems, and the balance of power between the President of the Regional Council and the Regional Council itself are key factors that significantly impact the quality of regional democracy and the functioning of local institutions.*

**SOMMARIO**

- 1. Rappresentanza politica e forma di governo regionale ..... 93**
- 2. Rappresentanza politica e ruolo dei partiti 95**
- 3. Il rapporto tra consiglio regionale e presidente della giunta ..... 96**

\* Avvocato

<sup>1</sup> L'evoluzione della nostra forma di Stato è stata, infatti, condizionata da specifiche scelte politiche influenzate da motivi storici e culturali. In tale prospettiva, la valorizzazione delle comunità territoriali nel secondo dopoguerra risultò conseguente reazione al periodo fascista ed alla centralità della persona giuridica dello Stato, tipica dell'impianto ottocentesco. Cfr. V. Tondi Della Mura, *La strumentalità delle Regioni dall'Unità in poi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, 3105. Secondo l'Autore "del resto non sono solo le istituzioni a influenzare le politiche, giacchè sono anche le politiche a influenzare le regole; con la conseguenza che le politiche, piuttosto che cadere nel vuoto, se consolidate nel tempo, con le loro finalità sono destinate ad alterare i rapporti sociali all'interno del complesso istituzionale". Cfr. inoltre S. Romano, *Decentramento amministrativo*, in S. Romano, *Scritti minori, Il Diritto Amministrativo*, Milano, 1950, 21. Secondo l'Autore l'esigenza di decentramento era originariamente derivata proprio

**1. RAPPRESENTANZA POLITICA E FORMA DI GOVERNO REGIONALE**

La rappresentanza politica nelle Regioni italiane è strettamente legata alla rilevanza costituzionale delle Regioni<sup>1</sup> ed alla forma di governo adottata, che si configura come una variante del parlamentarismo, denominata "forma di governo regionale".

Il concetto di rappresentanza politica regionale presuppone, di per sé, il riconoscimento di una dimensione multilivello della rappresentanza e, dunque, il netto superamento del modello unico di rappresentanza (e conseguente responsabilità) politica.

La rappresentanza politica, difatti, è andata strutturandosi su più livelli, sia sotto la spinta espansionistica delle competenze dell'Unione Europea<sup>2</sup>, sia grazie alle modifiche che hanno riguardato l'assetto delle competenze delle Regioni e degli enti locali<sup>3</sup>.

L'attuale assetto della rappresentanza politica nello Stato italiano è dunque il frutto di un percorso caratterizzato da significative modifiche istituzionali e legislative ed è stato oggetto di un costante dibattito, specialmente alla luce delle riforme costituzionali e delle pressioni esercitate dal processo di integrazione europea.

Come noto, la nascita della Repubblica ha segnato il passaggio da un sistema fortemente accentrato a una configurazione più aperta alla partecipazione democratica<sup>4</sup>.

dalla "grande estensione acquistata da quell'attività dello Stato che comunemente vien detta sociale", rendendo impossibile continuare a "porre di fronte allo Stato il solo individuo".

<sup>2</sup> Cfr. sul punto A Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018, 170. Secondo l'Autrice "alla luce dei poteri formali, positivizzati e grantiti nel Trattato, e della loro applicazione, la conclusione pare essere, dunque, che allo stato i limitati poteri di partecipazione dei Parlamenti nazionali ai processi decisionali europei non sembrano incrementare il tasso di legittimazione democratica dell'ordinamento dell'Unione".

<sup>3</sup> Cfr. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *www.nomos.it*, 3, 2021, 10, che al riguardo ricorda come "a seguito della riforma del Titolo V si è assistito nel nostro Paese a una dislocazione di competenze normative dal legislatore nazionale a quello regionale che, almeno in parte ha contribuito a un'erosione della centralità parlamentare".

<sup>4</sup> Cfr. M. Troisi, *Regioni e rappresentanza politica*, Bari, 2018, 60. Secondo l'Autore, infatti, "diritti e decentramento sono

I Costituenti perseguirono, quindi, chiaramente l'obiettivo di realizzare un modello di amministrazione caratterizzato da strutture poste a vari livelli e costituito da diversi gruppi sociali, al fine ultimo di rafforzare la partecipazione popolare alla *res pubblica*<sup>5</sup> e limitare il potere in caso di possibili eventi autoritari<sup>6</sup>.

In un primo momento, tuttavia, nel tentativo di placare il dibattito interno all'Assemblea Costituente sulla natura della rappresentanza regionale e sul ruolo da riconoscere al Consiglio, si diede vita ad un modello che non andò esente da critiche in dottrina<sup>7</sup>, condizionato da un perimetro delle materie regionali fortemente limitato.

Ben presto si comprese che le Regioni rappresentavano il giusto strumento per rinnovare il rapporto tra governanti e governati ed i relativi valori costituzionali in tema di rappresentanza.

In tale prospettiva si inseriscono le riforme successive, tra cui la revisione del Titolo V della Costituzione nel 2001, che hanno ridefinito il ruolo della rappresentanza politica regionale e locale, pur persistendo il problema della frammentazione istituzionale e della sovrapposizione di competenze tra i diversi livelli di governo, con ripercussioni sulla qualità della rappresentanza e sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Nel vigente assetto istituzionale, il sistema di rappresentanza politica regionale si fonda su un

equilibrio tra il potere legislativo del Consiglio regionale e il potere esecutivo della Giunta, guidata dal Presidente della Regione.

L'articolo 121 della Costituzione italiana disciplina l'organizzazione regionale, stabilendo che gli organi fondamentali della Regione sono il Consiglio regionale, la Giunta e il Presidente della Giunta.

Con la riforma costituzionale del 1999 (Legge Costituzionale n. 1/1999), l'elezione diretta del Presidente della Regione ha rafforzato la sua legittimazione politica, incidendo sulle dinamiche della rappresentanza e sui rapporti tra gli organi regionali.

Un elemento distintivo della rappresentanza politica regionale è la sua interazione con il principio di sussidiarietà, che orienta la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni.

Questo principio implica che le decisioni vengano prese al livello amministrativo più vicino ai cittadini, rafforzando il ruolo delle istituzioni regionali e il valore della vicinanza dell'amministrazione ai cittadini.

Il risultato di tale evoluzione è stato quindi la creazione di una pluralità di centri di potere, ciascuno con una specifica funzione rappresentativa e con una conseguente responsabilità politica connessa all'esercizio delle proprie competenze<sup>8</sup>.

---

*intimamente legati nei sistemi a più livelli di governo*" derivandone da ciò che "il pluralismo istituzionale risponde, in ultima istanza, all'interesse degli amministrati e alla loro più intensa partecipazione alla formazione dell'indirizzo politico, ossia fa parte di quelle ragioni democratiche poste a garanzia del cittadino". Cfr. inoltre S. Mangiameli, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2016, 4-5.

<sup>5</sup> La nuova dimensione delle autonomie territoriali avrebbe risposto alla necessità di assicurare un adeguato bilanciamento tra le esigenze dello Stato e delle singole entità regionali, interessate ad esercitare una propria autonomia decisionale. Cfr. M. Troisi, *Regioni e rappresentanza politica*, cit. 79. Secondo l'Autore la riforma del Titolo V "avrebbe dovuto rappresentare l'occasione per un salto di qualità della Regione, anche in ordine al grado di politicità dell'ente, inteso come possibilità di perseguire scelte di organizzazione della convivenza e di perseguimento delle finalità che attingano e rispondano a un canale di legittimazione democratica ma così non è stato". Cfr. inoltre sul punto P. Biscarelli Di Ruffia, *Introduzione*, in AA.VV., *La regionalizzazione*, Milano, 1983, 1669; F. Pizzolato, *La politicità della Regione nel sistema delle autonomie*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Milano, 2016, 121.

<sup>6</sup> Per questo motivo, quindi, la scelta di optare per uno Stato regionale fu dettata dalla necessità di rispondere all'esigenza di creare centri di amministrazione periferici, attraverso la definizione di specifici centri di "contropotere", capaci di potenziare la partecipazione democratica in quel determinato territorio. Cfr. AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1971, 26. Cfr. G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna, 1975, 278; Cfr. V. Crisafulli, *Vicende della "questione regionale"*, in *Le Regioni*, 1982, 523.

<sup>7</sup> Cfr. A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 70. L'Autore evidenzia una "incontestabile inadeguatezza" del modello regionale varato dai Costituenti. Cfr. A. Ruggeri-C. Salazar, *voce Regione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, 4969. L'Autore considera le Regioni come una "artificiosa e capricciosa invenzione del costituente".

<sup>8</sup> Cfr. A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998, 246. Secondo l'Autrice "questo processo non sembra suscettibile di mutare il dato concettuale relativo alla rappresentanza in generale: tuttavia esso ha indubbi riflessi sulla rappresentanza nazionale, in quanto muta la legittimazione e l'assetto organizzativo



## 2. RAPPRESENTANZA POLITICA E RUOLO DEI PARTITI

La rappresentanza politica regionale, al pari di quella nazionale e quella europea, è fortemente influenzata dal ruolo dei partiti<sup>9</sup>, i quali, nel corso del tempo, hanno condizionato sia la configurazione istituzionale delle Regioni sia la loro effettiva capacità di autodeterminazione politica.

In un primo periodo, noto come “primo regionalismo”, la forte centralizzazione delle strutture partitiche ha ostacolato lo sviluppo di una reale autonomia politica delle Regioni, le quali si sono trovate a operare in un contesto dominato da un modello fortemente accentrato.

All’inizio della storia repubblicana, infatti, la preminente rilevanza dei partiti centrali ha dato luogo a maggioranze di governo tendenzialmente distanti (talvolta indifferenti, se non ostili) rispetto alle istanze dei territori<sup>10</sup>.

L’attuazione delle Regioni a statuto ordinario fu influenzata dalla riscoperta strategica dell’autonomia territoriale da parte di alcuni partiti, i quali la considerarono uno strumento utile per contrastare le forze politiche centriste.

---

*dell'intero sistema politico. Non si può parlare di una sola rappresentanza bensì di una pluralità di rappresentanze pubblicistiche uguali per derivazione, quella popolare, ma differenziate per competenze, le quali potranno far emergere talvolta l'aspetto nazionale della visione politica, talvolta quello degli interessi sezionali e/o localistici”.*

<sup>9</sup> Il legame tra rappresentanza politica regionale e partiti è ritenuto di essenziale rilevanza in quanto strettamente connesso allo stesso potenziamento dell’ordinamento democratico, visto il rapporto di interazione e condizionamento tra l’evoluzione del partito e della forma di Stato Cfr. M. Troisi, *Regioni e rappresentanza politica*, cit., 100. Cfr. inoltre R. Bifulco, *Partiti politici e autonomie territoriali*, in AA.VV., AIC, *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, 239.

<sup>10</sup> Cfr. U. De Siervo, *Il difficile passaggio dalle idee ai fatti*, in *Le Regioni*, 4, 2012, 760. Secondo l’Autore “*le perduranti fortissime divaricazioni a livello nazionale tra diversi schieramenti politici hanno per lunghi periodi influito molto sulla stessa dialettica politica nelle Regioni, indotta a conformarsi a quella nazionale, se non ad operare in funzione di un sostegno strumentale nella sorda lotta politica in corso a livello statale. La stessa degenerazione clientelare delle istituzioni regionali e locali in alcune realtà territoriali è stata consolidata a lungo come una forma di anormale radicamento politico finalizzato al sostegno (vero o falso) di linee nazionali di lotta politica”.* Cfr. T. Martines, *Partiti, sistema dei partiti, pluralismo*, cit., 1979, secondo il quale “*I partiti italiani appaiono connotati da una organizzazione rigida, centralizzata, verticistica*

Tuttavia, tale regionalizzazione risultò pur sempre funzionale agli equilibri politici nazionali, piuttosto che a una valorizzazione effettiva delle autonomie locali. In tale fase, dunque, si giunse ad una spersonalizzazione dell’azione e della responsabilità politica della forma di governo regionale, con le istituzioni territoriali ridotte a luoghi di formazione di una classe dirigente destinata alla politica nazionale e le competizioni elettorali regionali inidonee a soddisfare le esigenze dei singoli livelli territoriali<sup>11</sup>.

Il “secondo regionalismo”, avviato con la riforma del Titolo V del 2001, ha modificato in modo significativo il quadro della rappresentanza politica regionale.

L’introduzione delle cosiddette “liste del Presidente”<sup>12</sup> e la diffusione del “partito personale” hanno rafforzato il ruolo dei leader regionali, spesso svincolati dalle dinamiche partitiche nazionali.

L’elezione diretta del Presidente della Giunta ha accentuato tale tendenza, determinando un progressivo spostamento dell’asse decisionale verso la

*ed, in ogni caso, non adeguata allo sviluppo ed alle domande della società civile, sicchè “di fatto i processi decisionali procedono dall’alto verso il basso e non già dal basso verso l’alto, dalle segreterie nazionali dei partiti verso le articolazioni periferiche i singoli iscritti”.*

<sup>11</sup> Cfr. sulle competizioni elettorali regionali come “*elezioni di terz’ordine*” A. Florida- F. Sciola, *Il “federalismo elettorale”, dieci anni dopo: il gioco vale ancora la candela?*, in *Le Regioni*, 3, 2015, 675. Secondo gli Autori, “*nel corso degli anni, le elezioni regionali sono progressivamente scadute in un ipotetico ranking dell’elettore italiano: in primo luogo contano, ovviamente, le elezioni politiche; seguono quelle comunali e poi, a distanza, quelle regionali e quelle europee.*

<sup>12</sup> Cfr. P. Mazzina, *L’autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020, 110. Analizzando il modello delle liste personali l’Autrice evidenzia come “*nella maggior parte dei casi il grande apprezzamento personale per il candidato sia circoscritto alle singole elezioni. Quanto riferito si ricava, infatti, dalla volatilità dei voti espressi a favore di un candidato presidente in una tornata rispetto a quella successiva che sono in parte attesta una riallocazione verso il partito di riferimento del candidato presidente”.* Cfr. S. Bolgherini, S. Grimaldi, *La fine del bipolarismo regionale tra destrutturazione e diversificazione, in Tripolarismo e destrutturazione. Le elezioni regionali del 2015*, Bologna, 2015, 9. Secondo le Autrici il fenomeno delle c.d. liste del Presidente testimonia l’esistenza “*di pacchetti di voti sempre più consistenti che sono ormai fidelizzati a singole personalità, piuttosto che al simbolo dei partiti”.*



dimensione esecutiva e riducendo il peso delle assemblee elettive<sup>13</sup>.

Ulteriore elemento in grado di incidere in maniera determinata sulla rappresentanza politica a livello regionale può rinvenirsi nei modelli elettorali utilizzati da parte delle autonomie territoriali.

Come noto, la riforma costituzionale del 2001 ha conferito alle Regioni la competenza in materia elettorale, attribuendo loro la facoltà di adottare proprie leggi elettorali<sup>14</sup>. In attuazione del nuovo assetto costituzionale, il legislatore ha altresì fissato i principi fondamentali in materia di sistema elettorale, con l'obiettivo di garantire, al tempo stesso, la stabilità della maggioranza e la rappresentanza delle minoranze<sup>15</sup>.

Tuttavia, nonostante tale autonomia normativa, molte Regioni hanno mantenuto un impianto elettorale sostanzialmente conforme ai modelli statali, limitando così l'innovazione istituzionale e il rafforzamento del regionalismo differenziato<sup>16</sup>. Pertanto, ci si è orientati verso modelli tendenzialmente omogenei, caratterizzati dalla contestuale

elezione diretta del Presidente della Giunta e dalla ripartizione proporzionale dei seggi nel Consiglio regionale.

### 3. IL RAPPORTO TRA CONSIGLIO REGIONALE E PRESIDENTE DELLA GIUNTA

La riforma della forma di governo regionale appena citata ha determinato un significativo riequilibrio dei poteri tra Consiglio regionale e Presidente della Giunta.

Il Consiglio rappresenta tradizionalmente il principale luogo della rappresentanza politica regionali, svolgendo funzioni che incidono sull'autonomia regionale<sup>17</sup>.

In tale prospettiva, il Consiglio rappresenta l'organo nel quale trova attuazione il principio della sovranità popolare sancito dall'articolo 1 della Costituzione<sup>18</sup>, che ormai pacificamente non esaurisce la propria dimensione a livello nazionale nel Parlamento<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Al riguardo parte della dottrina ha evidenziato come, tale torsione personalistica del partito possa ripercuotersi fortemente sulla qualità della rappresentanza, che potrebbe essere utilizzata come strumento per far pesare il proprio gradimento a livello nazionale. Cfr. G. Pitruzzella, *L'impatto dei governatori regionali nelle istituzioni e nella politica italiana*, in *Le Regioni*, 6, 2004, 1241 secondo il quale "la Regione è un punto d'appoggio che, grazie alla visibilità ottenuta con l'elezione popolare diretta, permette di avere un ruolo nella scena politica nazionale, di partecipare a complessi giochi fatti di messaggi, critiche, alleanze, invettive, conflitti tra simboli e proposte ipersemplicate che si affollano in uno spazio politico regionale dominato dai media".

<sup>14</sup> Legge 2 luglio 2004 n° 165, *Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione*. Nel dare attuazione all'articolo 122 Cost. la legge ha previsto: 1) l'individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze; 2) la contestuale elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale, se il Presidente è eletto a suffragio universale e diretto, e, in caso contrario, la fissazione di limiti temporali tassativi, comunque non superiori a 90 giorni per l'elezione del Presidente e l'elezione o la nomina degli altri componenti della Giunta; 3) il divieto di mandato imperativo".

<sup>15</sup> Cfr. sul punto A. Sterpa, *Come agevolare la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale*, in *Quad. cost.*, 2018, 2, 490, secondo il quale "agevolare" la formazione di una maggioranza stabile nel consiglio regionale non implica preordinare una maggioranza assoluta in seno all'assemblea per effetto di formule artificiose".

<sup>16</sup> Il poco coraggio del legislatore regionale, ha influito sulla rappresentanza politica regionale, impedendo di comprendere quegli elementi che caratterizzano le singole realtà

territoriali e che, di fatto, non trovano effettiva rappresentanza. Cfr. F. Gabriele, *Il numero dei consiglieri regionali tra Statuto e legge elettorale regionale. Spigolature in tema di fonti suggerite da una interessante sentenza della Corte Costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 2011, 2.

<sup>17</sup> Cfr. Corte Costituzionale 20 luglio 2007 n° 301, in *www.cortecostituzionale.it*, esprime la valorizzazione del potere legislativo, considerando i "Consigli regionali, quali organi politicamente rappresentativi delle rispettive comunità territoriali e legittimati democraticamente all'assolvimento di funzioni preordinate alla cura dei relativi interessi, a cominciare dalla potestà legislativa".

<sup>18</sup> Cfr. Corte Costituzionale 12 aprile 2002 n° 106, in *www.cortecostituzionale.it*. In questa occasione la Corte, pur ritenendo illegittima la denominazione "Parlamento regionale" ha evidenziato come gli enti territoriali autonomi "sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica, quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare".

<sup>19</sup> Cfr. Corte Costituzionale 3 luglio 2002 n°106, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo la quale "il legame Parlamento-sovrano popolare non descrive i termini di una relazione di identità, sicché la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranità popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non può essere condivisa nella sua assolutezza". Ad avviso dei giudici, inoltre, "l'art. 1 impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa inserire esaurendosi". Cfr. Corte Costituzionale 13 gennaio 2014 n°1, in *www.cortecostituzionale.it*. In tale pronuncia i giudici hanno evidenziato come, nonostante le prerogative dell'assemblea nazionale non permettano di equipararla

La centralità del Consiglio regionale è stata in parte ridiscussa a seguito della previsione dell'elezione diretta del Presidente, che ha conferito a quest'ultimo una forte legittimazione politica, rafforzata dal principio del "*simul stabunt, simul cadent*", il quale prevede lo scioglimento automatico del Consiglio regionale in caso di cessazione anticipata del mandato presidenziale.

Sebbene tale meccanismo fosse stato concepito per garantire la stabilità dei governi regionali, esso ha di fatto accentuato la verticalizzazione del potere, riducendo il ruolo del Consiglio regionale. Il tutto a discapito della dialettica istituzionale.

Nella medesima direzione si pongono l'approvazione dei nuovi Statuti regionali e le leggi elettorali regionali, che hanno realizzato una torsione dei rapporti in favore della Giunta.

In tal modo, il Presidente della Giunta ha acquisito una posizione di preminenza nel sistema regionale, essendo titolare non solo della funzione amministrativa ma anche di quella politica, ritenendosi l'interlocutore istituzionale più efficiente nella fase di contrattazione con gli altri enti locali e con le istituzioni centrali<sup>20</sup>.

Tuttavia, nonostante l'elevata personalizzazione della politica regionale, il Consiglio regionale continua a rappresentare un elemento centrale nell'architettura istituzionale delle Regioni, in quanto unico titolare della funzione legislativa.

Tale circostanza, rende, paradossalmente, meno dirompente l'effetto della verticalizzazione della forma di governo rispetto a quanto si registri a livello nazionale a causa dell'orami sempre più incontrollato utilizzo della decretazione d'urgenza e della delegazione legislativa che hanno, di fatto, totalmente esautorato il Parlamento nazionale della sua funzioni legislative a vantaggio dell'organo esecutivo.<sup>21</sup>

Tuttavia, si renderebbero necessarie, ove possibili, prospettive volte a riequilibrare il rapporto

tra esecutivo e, nello specifico, tra esigenze di stabilità e quelle di rappresentatività e pluralismo.

Infine, anche alla luce delle recenti evoluzioni in materia di regionalismo un rafforzamento della rappresentanza politica andrebbe ad attenuare il dibattito sorto in materia di autonomie differenziate garantendo, inoltre, maggiore flessibilità nei modelli di governance regionale che possono senza dubbio essere considerati pilastri per il futuro assetto istituzionale del Paese.

---

ad altri consessi, tale circostanza non esclude che questi ultimi non possano considerarsi rappresentativi dell'elettorato.

<sup>20</sup> Cfr. R. Bifulco, (a cura di) *Gli statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006.

<sup>21</sup> Cfr. sulla maggiore efficienza normativa raggiunta dalle Regioni grazie alla verticalizzazione della forma di governo ed allo stretto legame esistente tra Presidente della

Giunta e maggioranza, P. Bilancia, *Potere legislativo e interventi d'urgenza: non c'è bisogno del decreto legge*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 12 luglio 2002. Cfr. anche A. Napolitano, *Le sedute telematiche delle assemblee legislative regionali. L'incidenza della prassi emergenziale sulle prerogative consiliari*, in L. Di Majo, L. Bartolomucci (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022.



## LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 36 DEL 2023)

di **Antonio CATERINO\***

### ABSTRACT

*La pronuncia del T.A.R. Napoli assume particolare rilevanza giuridica per aver affrontato ed applicato la disciplina delle cause di esclusione dalla procedura di gara a breve distanza dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023). Il legislatore ha adottato, nella redazione del nuovo codice, una tecnica normativa innovativa rispetto al passato, aprendo il testo normativo con l'enunciazione di principi generali, tra cui il principio di tassatività delle cause di esclusione (art 10), che trova una più puntuale disciplina agli artt. 94 e ss. del codice. L'attuale disciplina, certamente più dettagliata rispetto al passato, fornisce al giudice amministrativo un criterio più sicuro di valutazione del potere escludente dell'amministrazione.*

*La sentenza si confronta, inoltre, con le misure di self-cleaning, introdotte in modo generalizzato solo con il nuovo codice, la cui adozione tende a conservare il rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e l'operatore economico. Il Collegio giudicante affronta l'annosa questione giurisprudenziale relativa all'ammissibilità di un'integrazione della motivazione del provvedimento in sede processuale, cd. motivazione postuma.*

### SOMMARIO

- 1. La vicenda..... 98**
- 2. Le cause di esclusione nel tempo .. 100**
- 3. Le cause di esclusione nel d.lgs. N. 36/2023 103**
- 4. Le misure di self-cleaning..... 106**
- 5. L'irrilevanza dell'integrazione processuale della motivazione del provvedimento escludente ..... 108**
- 6. Conclusioni ..... 109**

\* Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici presso l'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

<sup>1</sup> Art 95, comma 1 lettera e), d.lgs. n. 36 del 2023: La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in

### 1. LA VICENDA

La vicenda processuale trae origine dal ricorso proposto da un operatore economico per l'annullamento del provvedimento con cui l'amministrazione comunicava l'esclusione dalla procedura negoziata, ai sensi dell'art 50 comma 1 lett. e) del D.lgs. n. 36/2023, per la fornitura di "Dispositivi di protezione individuale Anti-x per la protezione da rischio radiologico occorrenti all'Asl Napoli 2 Nord", da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso. Tale esclusione veniva disposta, ai sensi dell'art. 95 comma 1 lettera e)<sup>1</sup> del d. lgs. n. 36/2023, in ragione di procedimenti penali dichiarati dall'operatore per una serie di reati (corruzione, inadempimento di contratto di pubbliche forniture, manovre speculative su merci, truffa aggravata, frode nelle pubbliche forniture) per alcuni dei quali era stato emesso il decreto di rinvio a giudizio<sup>2</sup>. L'operatore economico aveva indicato l'adozione di misure di *self-cleaning* (adottate prima della partecipazione alla gara), consistite essenzialmente nell'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. L'amministrazione, tuttavia, in sede motivazionale del provvedimento di esclusione non teneva conto delle misure adottate dallo stesso, nulla dicendo sul punto.

L'operatore impugnava il provvedimento di esclusione per violazione di legge, sostenendo che l'amministrazione, in presenza di una causa di esclusione non automatica ex art 95 d.lgs. 36/2023, non avrebbe fornito alcuna motivazione che

modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

<sup>2</sup> Art 98, comma 3 lettera g): L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: ... contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;

giustificasse l'inaffidabilità dell'impresa, tra l'altro non prendendo in considerazione, senza alcuna apparente ragione giustificativa, le misure di *self-cleaning* adottate ex art 96 d.lgs. n. 36/2023.

Il Collegio ritiene il ricorso fondato dichiarando l'illegittimità dell'esclusione in ragione del difetto di istruttoria e di motivazione. In primo luogo, la Corte evidenzia la distinzione tra cause di esclusione automatiche, ex art 94 d.lgs. 36/2023, e non automatiche, ex art 95 d.lgs. 36/2023. La distinzione tra le due fattispecie è chiara: soltanto quando l'operatore economico si trova in una delle ipotesi tassative di cui all'art 94 del codice, l'amministrazione ha il potere di escluderlo senza motivare il provvedimento di esclusione.

L'operatore economico, nel caso in esame, si trovava in una delle situazioni indicate dall'art 95, comma 1 lett. e), d.lgs. n. 36/2023, per la contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui all'art 94 comma 3 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al primo comma del medesimo articolo 94. L'art 98 comma 6 lett. g) del Codice dei contratti pubblici indica il decreto che dispone il giudizio (ex art 429 c.p.p.) quale mezzo di prova adeguato a desumere il grave illecito professionale dell'operatore economico.

In definitiva, sulla base delle citate previsioni si può ritenere che l'adozione del decreto che dispone il giudizio per le fattispecie di reato di cui all'art. 94, comma 1, lett. b) integri una causa di esclusione

---

<sup>3</sup> Art 96 comma 2: L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.

Art 96 comma 3: Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:

a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6;

b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.

Art 96 comma 4: Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.

non automatica. Ebbene, ai sensi dell'art 96, comma 2, del nuovo codice, l'esclusione di un operatore economico in ragione di una fattispecie non automatica di cui all'art 95 non può essere disposta se si verificano le condizioni di cui all'art 96 comma 6 e l'operatore ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 e 4 dell'art 96.<sup>3</sup>

Il Collegio ritiene che, dal descritto quadro normativo, l'amministrazione sia tenuta a motivare l'esclusione dell'operatore economico che si trovi in una delle situazioni indicate dall'art 95 e abbia puntualmente indicato le vicende ostative e indicato le misure di *self-cleaning* adottate ex art 96. La motivazione consta di due momenti fondamentali: in primo luogo, l'amministrazione avrebbe dovuto valutare l'astratta idoneità dei fatti storici e delle imputazioni come elementi capaci di recidere il rapporto di fiducia tra stazione appaltante e operatore economico; in secondo luogo, avrebbe dovuto valutare la capacità delle misure di *self-cleaning* adottate a ristabilire il rapporto fiduciario, con riferimento alla idoneità e alla tempestività delle misure. Nel caso in esame, l'amministrazione ha disposto in modo automatico l'esclusione dell'operatore economico; pertanto, il provvedimento di esclusione deve ritenersi affetto da illegittimità per violazione di legge.

L'importanza della sentenza del T.A.R. Campania n. 1733 del 2024 si rinviene nella circostanza che è una delle prime a soffermarsi sulla distinzione tra cause automatiche e non automatiche di

Art 96 comma 6: Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.



esclusione del nuovo codice dei contratti pubblici, anche attraverso la valorizzazione delle misure di *self-cleaning*, che permettono all'operatore di rimanere in gara pure al ricorrere di circostanze che giustificherebbero astrattamente l'esclusione dalla stessa.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che il vizio motivazionale del provvedimento di esclusione non possa considerarsi emendato dalle ragioni articolate dall'amministrazione in sede processuale, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la motivazione postuma del provvedimento amministrativo deve ritenersi inammissibile.

## 2. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL TEMPO

L'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione nel nostro ordinamento è avvenuta relativamente di recente con l'art. 4, secondo comma, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha modificato l'art. 46 del d.lgs. 163/2006. Prima di allora, alle stazioni appaltanti era riconosciuta l'ampia discrezionalità di individuare il contenuto della legge di gara in assenza di un generale principio di tassatività delle cause di esclusione.<sup>4</sup> Tale principio è stato introdotto per consentire la migliore tutela degli interessi pubblici, in ossequio ai principi di legalità, trasparenza, efficienza, efficacia ed

economicità dell'azione amministrativa, valori tutti compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Il principio di tassatività delle cause di esclusione mira a tutelare il *favor participationis* e il divieto di aggravio del procedimento, nonché a "correggere" la prassi amministrativa e la stessa giurisprudenza<sup>5</sup>, che frequentemente sfociavano in esclusioni dalle gare d'appalto per violazioni puramente formali.<sup>6</sup> La riforma del 2011 ha rafforzato il principio di tassatività attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, ossia delle clausole della *lex specialis* di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici. La riforma ha tra l'altro risolto il conflitto interpretativo formatosi in seno alla giurisprudenza amministrativa circa la natura del vizio delle clausole contenenti cause di esclusione atipiche. Si confrontavano al riguardo diversi orientamenti: secondo una prima impostazione, le clausole contenenti cause di esclusione atipiche sarebbero affette dal vizio di annullabilità;<sup>7</sup> un diverso orientamento sosteneva, invece, l'inesistenza delle clausole, ovvero la nullità<sup>8</sup>.

È ormai indiscussa la tendenza dell'ordinamento a rafforzare il *favor participationis* nelle gare pubbliche, allo scopo di semplificare ed accelerare lo svolgimento dei procedimenti competitivi, riducendo al contempo il contenzioso tra le imprese concorrenti e le stazioni appaltanti, nonché di selezionare il miglior contraente.<sup>9</sup> Questa è la *ratio* cui

<sup>4</sup> Consiglio di Stato, 11 aprile 2006, n. 2006: "E' legittimo un bando che preveda, oltre all'attestazione SOA di cui al d.p.r. n. 34/2000, comprovante il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere, l'ulteriore requisito del possesso degli elementi del sistema di qualità aziendale (qualora non obbligatoria): esiste infatti il potere della stazione appaltante di richiedere, ai fini della partecipazione alla procedura di gara, requisiti ulteriori a quelli normativamente previsti"; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. III, 9 marzo 2004, 828; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I ter, 12 dicembre 2006, n. 14212; G. NERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: Spunti Ricostruttivi*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 2 pp. 309 ss.

<sup>5</sup> C. PASUT, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della corte di giustizia)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>6</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V., 21 aprile 2006, n. 2270.

<sup>7</sup> Così, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 maggio 2003 n.1. Tale giurisprudenza si è sviluppata prima

dell'entrata in vigore del d.lgs. 163 del 2006, e comunque nel vigore del testo originario dell'art 46 d.lgs. 163/2006, finché il d.l. n. 70 del 2011 ha modificato tale art. 46, introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione e sancendo la nullità delle clausole atipiche di esclusione.

<sup>8</sup> Così, Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 maggio 2013 n. 14; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014 n. 9.

<sup>9</sup> Principio oggi positivizzato all'art 1 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui: 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

si ispira il legislatore nella formazione del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale positivizza il principio di tassatività delle cause di esclusione (art 83 comma 8 ultimo periodo<sup>10</sup>), la cui violazione comporta la nullità delle prescrizioni che contengono cause di esclusione atipiche. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha successivamente precisato che la nullità delle clausole contenenti cause di esclusioni atipiche non si estende al provvedimento cui queste accedono; il provvedimento è affetto da un vizio parziale nella forma della nullità parziale ex art 1419 comma 2 cod. civ.<sup>11</sup>

Come noto, il d.lgs. n. 36/2023 si contraddistingue, rispetto al precedente Codice dei contratti pubblici, per una nuova impostazione normativa: la disciplina di dettaglio è preceduta da una Parte I (“Dei principi”), contrassegnata da un Titolo I (“I principi generali”) il cui contenuto presenta molteplici profili di rilevanza: è guida per l’interprete a fronte di casi dubbi, funzione integrativa a fronte di lacune normative involontarie, espressione dei valori di fondo che permeano la materia. Tale tecnica normativa, già conosciuta nel settore amministrativo (v., ad esempio, la legge sul procedimento amministrativo, L. 241 del 1990), ha ad oggetto non solo principi di natura squisitamente pubblicistica, bensì, anche principi tipici di diritto privato.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Art 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ultimo periodo: “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

<sup>11</sup> Vd. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22.

L’Adunanza Plenaria n. 22 del 2020 si pronuncia sulle conseguenze della nullità della clausola del bando di gara per violazione della tassatività delle clausole di esclusione, e sul relativo regime processuale, dando luogo a due massime: 1. la nullità della clausola ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un’ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all’intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa; 2. i provvedimenti successivi adottati dall’amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione della clausola nulla.

Ciò premesso, l’art 10 del nuovo codice stabilisce il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, secondo cui, al primo comma, i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei cui confronti sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice e, al secondo comma, le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative ed integrano di diritto i bandi e le lettere di invito<sup>13</sup>; inoltre, le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano come non apposte. Il principio di tassatività si riferisce alle cause di esclusione che dipendono dalla mancanza dei requisiti cd. di ordine generale, ovvero quei requisiti che l’operatore deve possedere sempre, in quanto capaci di dimostrare la sua affidabilità. Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto tenendo presente l’interesse pubblico alla concorrenza e favorendo l’accesso al mercato<sup>14</sup>. La norma attribuisce, a ben vedere, ampia discrezionalità all’amministrazione nell’individuazione dei requisiti speciali alla partecipazione alla gara, ferma restando la tassatività delle cause di esclusione per difetti dei requisiti di ordine generale.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> C. CONTESSA E P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, Napoli 2023, pp. 77 ss.

<sup>13</sup> R. GAI, *Rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di eterointegrazione dei bandi di gara*, in [www.mediaappalti.it](http://www.mediaappalti.it)

<sup>14</sup> R. CAROCCIA, *La tassatività delle cause di esclusione ex art 10 d.lgs. 36/2023: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo*, in *Nuove autonomie Riv. Dir. Pubblico*, 3-2023.

<sup>15</sup> Sul tema, Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048, ha ritenuto che la facoltà di prevedere specifici requisiti di capacità professionale, riconosciuta dall’art. 10, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), al pari di quanto statuito dal previgente art. 83, comma 2, D. Lgs. 50/2016, è attuazione del principio affermato dalla Corte di giustizia (17 settembre 2002, in causa C-513/99) e trasfuso della direttiva 2014/24/UE secondo cui: “le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità” (art. 58, paragrafo 4). A tale scopo, all’Amministrazione è garantita un’ampia discrezionalità nell’individuazione dei requisiti tecnici, ancorché

La disciplina delle cause di esclusione dell'operatore economico è stata oggetto di numerose criticità in sede applicativa sotto la vigenza dei due precedenti codici, poiché il legislatore non ha mai precisato i poteri che spettano alla stazione appaltante; ovvero, ha da sempre rimesso la valutazione, relativa alla esclusione o meno dell'operatore, alla discrezionalità della p.a., sindacabile per eccesso di potere, irragionevolezza e sproporzione. I contrasti giurisprudenziali sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016 hanno riguardato principalmente l'interpretazione delle cause di esclusione discrezionali, in particolare rispetto alla gravità delle violazioni e all'applicazione delle misure di self-cleaning. Questi contrasti riflettono la tensione tra l'esigenza di garantire la partecipazione competitiva e la necessità di tutelare l'affidabilità e la correttezza negli appalti pubblici. Uno dei principali punti di contrasto ha riguardato la definizione di "errore grave" nell'esecuzione di precedenti contratti pubblici, che, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016, costituiva una causa di esclusione non automatica. Alcune pronunce hanno sottolineato che la nozione di "errore grave" non può essere applicata automaticamente sulla base di una risoluzione contrattuale o di altri provvedimenti negativi a carico dell'operatore economico, ma richiede una valutazione caso per caso, incentrata sulla gravità dell'inadempimento e sull'impatto concreto sulla capacità tecnica e professionale del concorrente<sup>16</sup>. Al contrario, altre decisioni della giurisprudenza amministrativa hanno adottato una visione più rigorosa, sottolineando che l'esclusione può essere giustificata sulla base di un riscontro formale di

---

più severi di quelli sanciti a livello normativo, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito e, dunque, rispetti i limiti della congruità e della proporzionalità.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 2017, n. 4351: ha stabilito che la mera esistenza di una risoluzione per inadempimento non costituisce di per sé una prova sufficiente di errore professionale grave. La stazione appaltante deve considerare se l'inadempimento abbia compromesso in modo rilevante l'affidabilità del soggetto.

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 2019, n. 6461: ha affermato che la risoluzione contrattuale per inadempimento può costituire un motivo sufficiente per escludere un operatore economico, anche in assenza di una condanna definitiva o di accertamenti giurisdizionali.

errori significativi nell'esecuzione di contratti precedenti<sup>17</sup>. Particolari problemi si sono formati circa la dimensione e l'ambito di applicabilità dei gravi illeciti professionali.<sup>18</sup>

La disciplina pubblicistica, infatti, impone alle stazioni appaltanti principi d'azione e procedure differenziate al fine di garantire la massima partecipazione delle imprese e le impegna in un complesso giudizio sugli operatori economici i cui parametri sono legislativamente imposti. Tale giudizio si sostanzia, da un lato, nella valutazione dell'offerta presentata e dall'altro nella verifica della sussistenza di particolari requisiti di natura tecnico-professionale, economico-finanziari nonché *latu sensu* morali. All'interno di tale ultima categoria rientrano quelle situazioni che, qualora verificatesi, sono in grado di incidere sull'integrità professionale dell'operatore economico, potendo fondare un giudizio presuntivo di inaffidabilità che ne giustifica l'esclusione dalla procedura di gara o, se del caso, l'interruzione della relazione contrattuale già in essere. Si tratta, in altri termini, di pronosticare - traendo informazioni dalla sua vita professionale - l'idoneità o meno dell'impresa ad attendere agli obblighi derivanti dal futuro contratto in maniera diligente, nel rispetto della legge e senza distorcere le ordinarie dinamiche del mercato.<sup>19</sup> L'attività della giurisprudenza e della dottrina ha nel tempo individuato i limiti alla discrezionalità amministrativa, individuando le ipotesi di legittima esclusione.

A ben vedere, seppur il nuovo codice del 2023 si ispiri ad un ampliamento e rafforzamento della discrezionalità amministrativa, tanto nella fase ad evidenza pubblica, quanto nella fase di esecuzione

<sup>18</sup> G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2022, pag. 779; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2018, pt. II, 224; G. FISCHIONE, *L'esclusione dalla gara per grave negligenza, malafede e per errore professionale tra lacune normative ed esigenze di certezza, ragionevolezza e proporzionalità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3, 2015.

<sup>19</sup> Sul punto F. GIACALONE, *La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. N. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2023 pp. 899-946.

del contratto, non è dubitabile che la disciplina delle cause di esclusione sembra aver preso una direzione diversa, se non addirittura opposta, riconducendo il potere della pubblica amministrazione entro limiti ben definiti<sup>20</sup>.

Ebbene, la disciplina delle cause di esclusione si ispira ai principi di determinatezza, precisione e tassatività, quali corollari del più ampio principio di legalità, che si sostanzia nella conformità del provvedimento alla legge e nella deducibilità del contenuto del provvedimento dalla stessa legge<sup>21</sup>.

La disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche contenuta nel nuovo codice, pur ponendosi in sostanziale continuità con la normativa previgente (d.lgs. n. 50/2016), presenta alcuni elementi di novità. Tra questi il riordino della disciplina in separati articoli, con indubbi vantaggi in termini di semplificazione e interpretazione della normativa a beneficio di operatori economici e stazioni appaltanti. La disciplina viene, difatti, suddivisa in cinque distinte disposizioni (artt. 94-98), regolanti le cause di esclusione automatica, le cause di esclusione non automatica, la procedura dell'esclusione e le misure di self-cleaning, le cause di esclusione di partecipanti a RTI e, infine, la "tipizzazione" del grave illecito professionale. La distinzione tra cause di esclusione automatiche e non automatiche era, invero, già contenuta nella direttiva europea 2004/18/CEE<sup>22</sup>, cd. Direttiva unica appalti, il cui art. 45 prevedeva, al primo paragrafo, un'esclusione certa per gli operatori che si

trovassero in certe condizioni; il secondo paragrafo, invece, affidava all'amministrazione procedente la 'sola possibilità' di escludere l'operatore.<sup>23</sup> La stessa distinzione è ripresa dalla direttiva 2014/24/UE<sup>24</sup> sugli appalti pubblici che prevede all'art 57 paragrafo 1 le cause di esclusione obbligatoria, e al successivo paragrafo 4 le ipotesi di esclusione facoltativa.

### 3. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL D.LGS. N. 36/2023

Il Collegio, nella sentenza in esame - prima di valutare i profili di illegittimità dell'azione amministrativa nell'emanazione del provvedimento oggetto di impugnazione - chiarisce la distinzione, contenuta nel nuovo codice, tra cause di esclusione automatica e non automatica di cui agli artt. 94 e 95 d.lgs. n. 36/2023. Pur non costituendo oggetto specifico della sentenza in esame, appare opportuno una breve disamina dell'art 94 al fine di comprendere i profili di differenza tra le due diverse ipotesi di esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Le cause di esclusione automatica mirano a garantire l'integrità e la trasparenza delle operazioni di gara, escludendo automaticamente dalla partecipazione soggetti che presentano determinate situazioni di incompatibilità o di irregolarità.<sup>25</sup> L'art 94 attribuisce alla stazione appaltante un potere vincolato<sup>26</sup> di esclusione secondo il paradigma norma,

economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi: 4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura

d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni.

<sup>25</sup> F. FICHERA, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici. Il codice dei contratti pubblici a un anno dalla riforma*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2024.

<sup>26</sup> Per la definizione di potere vincolato si veda, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, III edizione, Napoli 2019, pp. 389 e ss.: L'attività amministrativa si definisce vincolata quando la legge disciplina in maniera puntuale la materia rimessa alla cura della P.A., codificando compiutamente tutti gli aspetti dell'azione, e cioè tanto i suoi presupposti

<sup>20</sup> Cfr. T.A.R. Calabria Sez. I, 15 aprile 2022, n.640; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 maggio 2021, n. 3059; Consiglio di Stato Sez. V, 27 novembre 2020, n.7471

<sup>21</sup> Si veda, M. CALABRÒ, A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in AA.VV. *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*; Napoli 2023, pp. 216 ss.

<sup>22</sup> Così l'art 45 della direttiva europea 2004/18/CEE: 1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito. 2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico.

<sup>23</sup> G. SCALAMBRIERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare: inquadramento ed evoluzione normativa*, in *Le cause di esclusione dalle gare. I requisiti di ordine generale alla luce dell'evoluzione normativa*, Milano, 2010, pp. 11 ss.

<sup>24</sup> Così art 57 direttiva 2014/24/UEE: 1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore



potere vincolato, effetto; di talché al ricorrere delle condizioni di fatto indicate dalla norma la p.a. è tenuta ad escludere l'operatore economico senza motivare il provvedimento di esclusione.<sup>27</sup> La norma riprende la definizione di causa di esclusione automatica invalsa nella giurisprudenza della C.G.U.E.<sup>28</sup> adottata in riferimento a tutti quei casi in cui il divieto di partecipazione e/o l'esclusione dalla procedura di gara operano ex lege, ossia derivano direttamente da una fonte normativa. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito l'importanza del principio di proporzionalità nel contesto delle cause di esclusione automatica, con la conseguenza che l'esclusione di un operatore economico deve essere giustificata e proporzionata rispetto agli obiettivi di tutela della concorrenza leale e della trasparenza. Ebbene, l'esclusione automatica dell'operatore economico deve fondarsi su circostanze di particolare gravità che siano accertati in modo incontrovertibile al fine di rispettare il principio di proporzionalità.<sup>29</sup>

Come riportato nella Relazione allo schema di decreto legislativo del nuovo Codice, in presenza di una delle cause di esclusione in oggetto “non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante” e i soggetti che ne sono coinvolti sono “soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, per contagio, l'esclusione dell'operatore economico”.<sup>30</sup> Identificati i requisiti oggettivi che conducono all'esclusione automatica dalla procedura, l'art. 94, al comma 3, individua

---

quanto la relativa decisione: solo in questi casi può dirsi, ancor oggi, che alla P.A. sia demandata la ‘mera’ esecuzione in atto della legge.

<sup>27</sup> Si veda, Relazione ministeriale al d.lgs. n. 36 del 2023, art 94: “...I) il primo di essi (art. 94) individua le cause di esclusione “automatica” - con ciò mutuandosi un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale, che vale ad evidenziare che sulla sussistenza delle stesse non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante - nonché dei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, “per contagio”, l'esclusione dell'operatore economico;...”

<sup>28</sup> Vd. CGUE, causa C-210/20, 3 giugno 2021; CGUE, causa C-213/07, 16 dicembre 2008.

<sup>29</sup> C. PICCOLO, *Esclusione automatica per fatto del sub-appaltatore: secondo la Corte di Giustizia c'è violazione del principio di proporzionalità*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 2020; M. ZINZI, *L'esclusione dagli*

l'ambito soggettivo di applicazione, indicando i soggetti nei cui confronti opera l'esclusione. La norma prevede che qualora il socio sia una persona giuridica, l'esclusione opera se i presupposti (sentenza di condanna, decreto penale di condanna o misura interdittiva) sussistono a carico degli amministratori di quest'ultima (art. 94, comma 4). Il legislatore ha colto l'occasione per risolvere il contrasto sorto in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra la tesi che ammetteva la verifica dei requisiti sul socio persona giuridica e la tesi che, invece, la escludeva, secondo un'interpretazione restrittiva dell'art. 80 comma 3 (d.lgs. n. 50 del 2016)<sup>31</sup>. La posizione è ulteriormente chiarita dalla Relazione illustrativa al codice, dove si legge che “Il riferimento agli amministratori sembra corretto in quanto la gestione delle partecipazioni nelle società altrui non rientra nel potere dell'assemblea ai sensi dell'art. 2364 e ss. c.c. mentre rientra nel potere di gestione degli amministratori ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo”

La pronuncia del T.A.R. Campania in esame si occupa delle cause di esclusione non automatiche. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico quando accerti la sussistenza delle circostanze indicate ai commi 1 e 2 dell'art 95. Dalla lettera della norma si evince che la stazione appaltante, per addivenire ad una legittima esclusione, deve preventivamente accertare che ricorrano le condizioni

*appalti pubblici e la polivalenza del sindacato di proporzionalità*, in [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), 2020.

<sup>30</sup> Si veda, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Roma, 7 dicembre 2022.

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2022 n. 10615; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 novembre 2019 n. 7922, secondo cui non è dovuta la dichiarazione in ordine alle cause di esclusione da parte del socio unico persona giuridica “come tale non rimesso al relativo regime di cui all'art. 80 co 3 del Dlgs 50/2016”. *Contra*, Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017 n. 975; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2017 n. 3178. Questo orientamento della giurisprudenza si è sviluppato nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 e nella prima applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016 si era ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente



indicate dal codice. L'articolo 95, comma 1, stabilisce che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti (tra l'altro) «e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Innovando le previsioni già contenute nel d.lgs. 50/2016, pertanto, il d.lgs. 36/2023 disciplina il grave illecito professionale dedicando la specifica disposizione dell'art. 98 a tale causa di esclusione ed elencando in maniera tassativa (per quanto stabilito dall'articolo 95, comma 1, lett. e), le fattispecie qualificabili come gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi, eliminando in tal modo gli elementi di incertezza in materia che hanno caratterizzato la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016<sup>32</sup>.

La parte ricorrente nella vicenda processuale in esame si trovava – prima della presentazione dell'offerta - in una delle situazioni indicate dall'art 95 comma 1 lettera e), e art 98 comma 3 lettera g), essendo stato destinatario di procedimenti penali per alcuni dei reati indicati dall'art 94 comma 3, per i quali non era stata pronunciata sentenza penale di condanna né decreto penale di condanna (solo per alcuni dei procedimenti era stato emesso decreto di rinvio a giudizio). La lettura 'a contrario' dell'art 98 comma 2 permette di affermare che l'esclusione dell'operatore economico che abbia commesso un grave illecito professionale è disposta al ricorrere di tre condizioni: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) l'adeguatezza dei mezzi di prova di cui al comma 6 dell'art 98, tra cui alla lett. g) il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art 429 c.p.p.

<sup>32</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019 n. 6893; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2018 n. 6537; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 settembre 2020 n. 5573.

<sup>33</sup> C. GUARDAMAGNA, *Discrezionalità della stazione appaltante e del Giudice amministrativo in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico*, in [www.4clegal.com](http://www.4clegal.com), 2024.

<sup>34</sup> Per la rilevanza della motivazione si veda da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. II, 26 aprile 2024, n. 8243; T.A.R. Veneto

Ebbene, se da un lato alla stazione appaltante è attribuita una ampia discrezionalità nell'esercizio del potere escludente<sup>33</sup>, dall'altro sussiste uno stringente onere motivazionale ex art 98 comma 7, secondo cui la stazione appaltante valuta i provvedimenti di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente.<sup>34</sup>

A tal riguardo sembra utile aggiungere che, secondo il più recente avviso giurisprudenziale espresso in relazione alle disposizioni del d.lgs. 36/2023 sopra richiamate, a fronte di fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico. In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici<sup>35</sup>, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali<sup>36</sup>, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Sotto questo profilo vale osservare però che il nuovo codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della

Sez. II, 1 ottobre 2020, n. 879; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2021, n. 8449.

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2020 n. 5932; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 aprile 2019 n. 2252.

<sup>36</sup> A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2018, pt. II, 224. cit.



valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente. Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione. Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colora di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti. Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di affidabilità si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di fiducia, riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del codice alla luce del generale Principio della fiducia, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che: il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice (le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore<sup>37</sup>. La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi

di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità<sup>38</sup>. In definitiva, al ricorrere di una delle situazioni indicate dall'art 95 d.lgs. 36 del 2023 la stazione appaltante non potrà automaticamente escludere l'operatore economico, ma sarà tenuta a dare compiuta e ragionevole motivazione ai sensi dell'art 3 della L. 241 del 1990.

La stazione appaltante, nella vicenda oggetto della sentenza, escludeva il ricorrente senza offrire alcuna motivazione circa il venir meno del rapporto di fiducia con l'operatore economico, e non teneva conto delle misure di *self-cleaning* adottate dallo stesso prima della procedura di gara.

#### 4. LE MISURE DI SELF-CLEANING

Il giudice amministrativo, con la sentenza in esame, censura il provvedimento escludente della pubblica amministrazione per non aver preso in considerazione e motivato circa le misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore economico prima della presentazione dell'offerta consistite nell'adozione del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001<sup>39</sup>. Il nuovo art. 96 rubricato 'Disciplina dell'esclusione' stabilisce, al secondo comma, che l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6, e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 e 4.

La disciplina delle cause di esclusione, così come delineata, deve necessariamente confrontarsi con le misure di *self-cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico. Tali misure tendono a ristabilire il rapporto di fiducia tra l'impresa e la stazione appaltante e possono essere adottate sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, come si evince dalla lettera dell'art 96 commi 3 e 4.<sup>40</sup> Appare opportuno, a questo punto, descrivere

<sup>37</sup> A. RIPEPI, *Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 3-2023; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021, p. 60;

<sup>38</sup> Tar Sardegna, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2024, n. 5354.

<sup>39</sup> S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. Trim. dir. Pen.*, 2017, pp. 49 ss.

<sup>40</sup> Art 96 d.lgs. n. 36/2023: comma 3). Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente: a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6; b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4; comma 4). Se la causa di esclusione si è verificata



l'evoluzione del *self-cleaning* dal punto di vista normativo.

Per *self-cleaning* si intendono le misure di auto-disciplina o di riorganizzazione interna adottate dall'operatore economico tese ad evitare l'effetto escludente dalla procedura di gara<sup>41</sup>. Esse si sostanziano in un ravvedimento operoso che consente all'operatore di dimostrare la sua persistente affidabilità nonostante la sussistenza di un motivo di esclusione (automatica e/o non automatica).<sup>42</sup> La disciplina delle misure di *self-cleaning* trova fondamento nella normativa europea e, in particolare, alle previsioni delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE. La direttiva 2014/24/UE, in particolare, all'art. 57, par. 6, prevede espressamente che un operatore economico escluso per gravi illeciti può adottare misure tali da dimostrare la propria affidabilità, nonostante l'esistenza delle cause di esclusione. Le misure possono includere, ad esempio, il risarcimento del danno, la cooperazione con le autorità per chiarire i fatti e l'adozione di sistemi di controllo interni. In attuazione alle disposizioni unionali il legislatore le aveva espressamente previste all'art 80 comma 7 d.lgs. n. 50/2016. Tale norma individuava tre ipotesi di misure: l'aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; l'aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative; l'aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti. Successivamente all'entrata in vigore del codice del 2016 si è formato un

---

successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.

<sup>41</sup> I. PICARDI, "Appalti pubblici e *self cleaning*: secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola della valenza *pro futuro* delle misure rimediali non va applicata in maniera rigida ed acritica" in *Appalti e Contratti* 2022.

<sup>42</sup> I. DEMURO, *Self cleaning e organizzazione della impresa societaria*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2021, p. 874.

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; Consiglio di Stato Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363.

<sup>44</sup> Delibera A.N.A.C. Linee Guida n. 6/2016 - Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

forte dibattito giurisprudenziale<sup>43</sup> e numerosi sono stati gli interventi dell'A.N.A.C.<sup>44</sup> L'operatività delle misure è stata a lungo oggetto di dibattito giurisprudenziale durante la vigenza del codice del 2016. Al riguardo si contrapponevano due diversi orientamenti. Una prima tesi giurisprudenziale escludeva che le misure adottate *in itinere* fossero rilevanti per la procedura in corso, bensì queste aveva efficacia solo *pro futuro*, ovvero per la partecipazione a gare successive.<sup>45</sup> Una diversa impostazione è stata, invece, seguita più di recente dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui le misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore economico in pendenza della gara hanno efficacia immediata, consentendo alla stazione appaltante di valutare immediatamente la loro idoneità a ricostruire il rapporto fiduciario.<sup>46</sup>

Il nuovo art. 96 d.lgs. n. 36 del 2023 è intervenuto sull'istituto del *self-cleaning*, ponendosi in linea di continuità con questo orientamento della giurisprudenza, e dilatandone l'estensione applicativa in misura maggiore rispetto alla formulazione del codice del 2016.

In definitiva, per l'esclusione di un operatore economico che si trovi in una situazione di cui agli artt. 94 e/o 95 e che abbia adottato una misura di *self-cleaning*, l'amministrazione è tenuta ad un doppio onere motivazionale: il primo, finalizzato a dimostrare che la situazione in cui versa l'operatore è idonea a recidere il rapporto di fiducia con la stazione appaltante, e il secondo volto a provare che le misure di *self-cleaning* sono intempestive o inappropriate per ricostituire quel rapporto fiduciario.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; Consiglio di Stato, Sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107.

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949.

<sup>47</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2023, n.1791; Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2023, n.4669: Nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara pubblica, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di



Alla luce del quadro normativo così ricostruito, la sentenza in commento accoglie i motivi di ricorso proposti dall'operatore economico escluso, poiché la stazione appaltante non ha assolto al suddetto doppio onere motivazionale. L'operatore economico, infatti, si trovava in una delle situazioni di cui all'art 95, e aveva tempestivamente e spontaneamente adottato le misure di self-cleaning al fine di evitare l'esclusione dalla procedura di gara (la società ricorrente aveva adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001). In particolare, si sottolinea l'illegittimità dell'esclusione perché l'amministrazione non ha vagliato né la tempestività, né l'efficacia delle misure adottate, finalizzate a far venir meno il rapporto di sfiducia verso l'operatore economico.

### **5. L'IRRILEVANZA DELL'INTEGRAZIONE PROCESSUALE DELLA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO ESCLUDENTE**

Il 'fenomeno' dell'integrazione della motivazione in sede processuale è da sempre dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. La Corte, con la sentenza in esame, affronta la questione statuendo l'irrelevanza della motivazione fornita dalla stazione appaltante in sede processuale attraverso atti difensivi.

L'art 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato e che l'amministrazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, in relazione

---

gara in questione; in altre parole, la valutazione 'in astratto' dell'affidabilità ed integrità dell'operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata 'in concreto', tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di self cleaning nel frattempo assunte dall'operatore economico.

<sup>48</sup> I. ROSSI, *La motivazione del provvedimento amministrativo: evoluzione storica dell'istituto, sua disciplina positiva e possibilità di integrazione postuma*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), Padova 2022.; D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni, Una introduzione*, pp. 337 ss., Bologna 2019; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo parte generale e parte speciale*, XV edizione Roma 2022, pp. 1254 ss.; G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in

alle risultanze dell'istruttoria.<sup>48</sup> L'obbligo di motivazione rappresenta la positivizzazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa; attraverso la motivazione l'amministrazione rende edotto il destinatario dell'atto dell'iter logico-giuridico seguito e posto a fondamento della decisione; ovvero con la motivazione si rende effettiva la conoscenza del contenuto provvedimento e delle ragioni che lo giustificano.<sup>49</sup>

È dato acquisito dalla giurisprudenza che, per assolvere tale funzione, la motivazione deve essere necessariamente contestuale all'atto emanato; la contestualità tra atto e motivazione permette al destinatario di individuare gli eventuali punti critici, illogici, *contra ius* del provvedimento, in tal modo il privato potrà, in caso di impugnazione, organizzare la sua strategia difensiva.<sup>50</sup> Si può dunque affermare che l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3, legge n. 241/90 non solo si colloca in una logica defensionale, ma si pone, altresì, come espressione di un mutamento della cultura dell'azione amministrativa, caratterizzata da un maggiore coinvolgimento dei soggetti privati, quale espressione del principio di democraticizzazione dell'agire pubblico.<sup>51</sup> L'espressione "motivazione successiva o postuma" può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto meno, nei seguenti: a) integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; b) opera del giudice amministrativo, allorché fondi il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione «implicita»); c) integrazione effettuata della pubblica amministrazione

*Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss.; s.v. G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, pp. 774 ss.

<sup>49</sup> M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Rivista Diritto Amministrativo*, fasc.1, marzo 2015, p. 121.

<sup>50</sup> Consiglio di Stato Sez. III, 7 novembre 2022, n. 9719.

<sup>51</sup> G. COCOZZA, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisprudenziali*; in *Rivista Il Processo*, fasc.1, 2023, p. 111; M. A. SANDULLI, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.3, 2018, p. 361; C. VILLANACCI, *La motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), 2021.



attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida<sup>52</sup>.

Nel caso in esame, l'amministrazione aveva escluso l'operatore economico ex art 95 d.lgs. 36/2023 senza fornire alcuna motivazione; l'impresa aveva adottato le misure di self-cleaning previste dall'articolo successivo, la stazione appaltante non aveva dedotto alcunché in merito all'opportunità, idoneità e tempestività delle misure in sede provvedimentale. L'amministrazione chiamata in giudizio, come parte resistente, produceva delle memorie difensive con le quali indicava i motivi dell'esclusione, specificando e soffermandosi sull'inopportunità e l'intempestività delle misure di self-cleaning.

La Corte sottolinea come la illegittimità del provvedimento per difetto di motivazione non possa ritenersi emendata dalle ragioni articolate in giudizio dalla stazione appaltante in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, si palesa inammissibile un'integrazione postuma della motivazione, rispetto a quanto riportato nel contenuto dei provvedimenti impugnati, resa nel corso del giudizio e contenuta negli scritti difensivi dell'amministrazione.<sup>53</sup> L'onere motivazionale deve essere assolto con il provvedimento che dispone l'esclusione dell'operatore economico, essendo del tutto inammissibile una motivazione che viene a formarsi durante il giudizio. Il sistema amministrativo, in forza del principio di legalità, nella sua funzione di deducibilità e di conformità dell'atto alla legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, ripudia una motivazione in fieri; di talché la stazione appaltante è tenuta a motivare in maniera completa contestualmente all'emanazione del provvedimento di esclusione.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Nel caso di provvedimento di secondo grado, nelle forme della convalida si veda, Consiglio di Stato Sez. VI, 27 febbraio 2024, n.1903, secondo cui: L'integrazione della motivazione in sede giudiziale nel processo amministrativo è ammissibile solo se avviene attraverso gli atti del procedimento o con un provvedimento autonomo di convalida, utilizzando elementi univoci e sufficienti presenti negli atti istruttori. Al contrario, è inammissibile un'integrazione postuma della motivazione tramite atti processuali o scritti difensivi. In dottrina, sul punto, si veda, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio*

## 6. CONCLUSIONI

Il giudice amministrativo, con la sentenza in esame, chiarisce il quadro normativo in materia di cause di esclusione introdotto dal d.lgs. n. 36/2023. La Corte evidenzia la differenza tra le cause di esclusione automatica (art 94) e le cause di esclusione non automatica (art 95): nel primo caso l'opportunità dell'esclusione è valutata a monte dal legislatore, per cui la p.a. gode di un potere vincolato; nel secondo caso, invece, l'amministrazione dovrà, attraverso l'esercizio di potere discrezionale, valutare e accertare che sia venuto meno il rapporto di fiducia con l'operatore economico. Questa distinzione si riflette, di conseguenza, sulla motivazione del provvedimento escludente che è necessaria solo nel caso di esclusione non automatica. Le nette differenze tra le due categorie di cause di esclusione tendono ad affievolirsi alla luce della disciplina dell'esclusione di cui all'art 96 del codice dei contratti pubblici. L'adozione di misure di *self-cleaning* sufficienti e tempestive, oggi ammessa sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, permette all'operatore economico, che venga a trovarsi in una delle ipotesi che giustificano l'esclusione, di rimanere in gara.

La disciplina messa in evidenza dalla Corte è coerente con i principi espressi al Titolo I del nuovo codice. Le cause di esclusione dell'operatore economico sono tassative (art 10) e si giustificano in forza del venir meno del rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e l'operatore stesso (art 2); ebbene, le misure di *self-cleaning* permettono di 'ricucire' il rapporto di fiducia nell'ottica della massima partecipazione alla gara, funzionale a conseguire il migliore risultato possibile<sup>55</sup> (art 1). L'obiettivo del legislatore sembra essere quello di volere evitare

*sul rapporto*, in P.A. *Persona e Amministrazione, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'Economia*, n.1 2017, pp. 241 ss.

<sup>53</sup> Cfr.; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2024, n. 1176; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III bis, 1 dicembre 2021, n. 12397; T.A.R. Toscana, 15 giugno 2021, n. 917; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 16 dicembre 2021, n. 373.

<sup>54</sup> T.A.R. Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2024, n. 1176.

<sup>55</sup> M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei Contratti pubblici; una storia da riscrivere*, in *Federalismi*, 9/2024, pag. 206 ss.



automatismi in tema di esclusione dell'operatore economico.

In tema di cause di esclusione, secondo la disciplina del nuovo codice, non si registrano sentenze del massimo organo della giustizia amministrativa; tuttavia, di recente, la tematica è stata oggetto di interesse in diversi tribunali amministrativi regionali.<sup>56</sup> La sentenza in esame non è stata oggetto di impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato.

---

<sup>56</sup> T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. II, 6 maggio 2024, n. 1679.

**GARE, CONCORSI E GIUDICE PENALE\***di **Fiorenzo LIGUORI\*\*****ABSTRACT**

*Lo scritto prende spunto dai recenti arresti della Corte di cassazione penale, che hanno escluso la configurabilità del reato di turbata libertà degli incanti nel caso dei concorsi per la selezione del personale, per ripercorrere gli sviluppi della disciplina della cd. evidenza pubblica ed interrogarsi sulle conseguenze che può produrre una così rigorosa affermazione del principio di legalità penale, specie a seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio.*

**SOMMARIO**

- 1. Il rischio penale nelle procedure concorsuali pubbliche ..... 111**
- 2. La scelta del contraente tra rigidità e flessibilità..... 112**
- 3. Regole, interessi, spazio decisionale. Uno sguardo diacronico ..... 113**
- 4. Il nuovo codice dei contratti pubblici: una nuova prospettiva culturale? ..... 115**
- 5. Risposta penale e differenze tra procedure di scelta del contraente e procedure di selezione del personale ... 118**

**1. IL RISCHIO PENALE NELLE PROCEDURE CONCORSUALI PUBBLICHE**

Il tema del rischio penale nelle procedure concorsuali pubbliche – recentemente fatto oggetto di innovative pronunce della Corte di cassazione<sup>1</sup> -

\* Il presente contributo rielabora, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta nell'ambito dell'incontro di studi su "La tutela penale delle gare pubbliche", svoltosi in occasione de "I Lunedì del Diritto penale", presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 11 marzo 2024.

\*\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Per questa giurisprudenza, si veda V. Maiello, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici e divieto di analogia in malam partem*, in *Giur. It.*, 2024, 695 ss.

può essere meglio inquadrato attraverso una breve premessa che valga a contestualizzare la norma penale sulla c.d. "turbativa d'asta" (art. 353 c.p.), la quale, secondo il nuovo indirizzo espresso dalla Suprema Corte, non può (più) trovare applicazione nei concorsi pubblici per l'assunzione di personale.

Nel nostro ordinamento l'autonomia contrattuale può manifestarsi in diversi modi, tutti funzionali all'attuazione della libertà di iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione. Particolare rilievo assumono la libertà di contrarre, la libertà di individuare il contraente e la libertà di scegliere modello e condizioni contrattuali<sup>2</sup>.

Anche le pubbliche amministrazioni sono titolari di autonomia negoziale e il contratto non muta la propria natura quando è parte un soggetto pubblico<sup>3</sup>, ma l'utilizzo di moduli contrattuali privatistici prevede deroghe direttamente collegate al carattere funzionalizzato dell'attività da esse esercitata<sup>4</sup>.

In sostanza, un imprenditore privato, se ha bisogno di un fornitore di servizi o di un costruttore di impianti si rivolge al mercato in piena autonomia per scegliere liberamente chi gli sembra più adatto alle sue esigenze.

Le amministrazioni pubbliche sono invece tenute ad esperire una procedura di selezione per individuare, tra tutti i soggetti qualificati economicamente e tecnicamente che abbiano interesse alla commessa, l'operatore economico con cui stipulare il contratto.

La competizione per acquisire determinati beni si manifesta dunque in modo spontaneo quando nel mercato si confrontano domanda e offerta, mentre è promossa con mezzi giuridici quando la legge

<sup>2</sup> G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 442.

<sup>3</sup> R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012

<sup>4</sup> G. F. Licata, *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in G. PIZZANELLI, a cura di, *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, 227 ss. Cfr. di recente, S. Fantini – H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2024, spec. 50, i quali in particolare evidenziano come all'articolo 8 del d.lgs. n. 36 del 2023 sia stato inserito il principio dell'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni.



stabilisce che l'attribuzione di un bene (il contratto, nella specie) debba avvenire mettendo in gara coloro che aspirano a quel bene, e prescrive adeguate forme di pubblicità affinché gli interessati siano informati della possibilità che è loro offerta di aggiudicarselo.

La fase di selezione del contraente è, nel nostro Paese, disciplinata dal diritto pubblico, si svolge attraverso procedimenti amministrativi ed è scandita dall'adozione di provvedimenti amministrativi<sup>5</sup>.

Quando il giudice penale entra in queste vicende si occupa, dunque, di una realtà regolata da provvedimenti amministrativi. Entra in gioco la separazione dei poteri e la logica della legalità-tipicità penale si fa ancora più stringente<sup>6</sup>.

## 2. LA SCELTA DEL CONTRAENTE TRA RIGIDITÀ E FLESSIBILITÀ

La selezione del contraente avviene attraverso procedimenti tipizzati che possono distinguersi in sistemi meccanici (o rigidi) e sistemi negoziali (o flessibili)<sup>7</sup>.

Ai primi possono ricondursi quelli che in origine erano qualificati asta pubblica e licitazione privata (quest'ultima denominazione è ancora quella utilizzata dalla norma penale) e che ora si definiscono procedure aperte e ristrette. In questi casi, l'aspirante contraente non partecipa in alcun modo alla formazione del contenuto del contratto che è predefinito dalla p.a. in ogni sua parte.

I sistemi negoziali, che si suddividono in procedure negoziate, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione, si caratterizzano per il fatto che l'aspirante contraente è chiamato a partecipare attivamente alla definizione del contenuto contrattuale, instaurando con l'amministrazione un rapporto quasi paritario che si declina attraverso delle vere e proprie trattative con l'amministrazione. La stazione appaltante può invitare l'operatore economico a collaborare alla redazione del progetto dell'opera, negoziando i contenuti contrattuali.

<sup>5</sup> Definiti, appunto, "procedimenti ad evidenza pubblica". Per tale denominazione, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 677 ss.

<sup>6</sup> C. Cudia, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi 'a prescindere' dall'atto*, in *Federalismi*, 2023, 76 ss. In tema, si può

Solitamente l'amministrazione attinge a queste procedure perché ha difficoltà a definire unilateralmente tutti gli elementi del contratto, che ha ad oggetto prestazioni di complessa individuazione sia sul piano tecnico sia su quello finanziario.

Le procedure ordinarie sono quelle aperte e ristrette.

La procedura aperta consente a tutti i soggetti che possiedono la qualificazione richiesta dal bando di presentare la propria offerta.

Le procedure ristrette sono quelle che prevedono una fase di prequalificazione nella quale la p.a. valuta le domande di partecipazione dei candidati, il possesso dei requisiti richiesti e decide a quali operatori economici inoltrare l'invito alla presentazione dell'offerta.

Ulteriore variabile è quella connessa ai criteri di valutazione delle offerte, il cui scrutinio può avvenire secondo il sistema del prezzo più basso oppure dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con il primo criterio l'aggiudicazione è frutto di un semplice riscontro aritmetico, con il secondo le offerte vengono vagliate anche qualitativamente, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e tenendo conto di una serie di parametri oggettivi variabili, come gli aspetti ambientali e sociali.

Ruolo e compiti dell'amministrazione cambiano, all'evidenza, a seconda dei modi e dei criteri di scelta utilizzati. Un conto sono i modelli automatici, di mera esecuzione delle norme, un altro quei modelli che richiedono espressioni di autonomia e di discrezionalità della stazione appaltante, compresi i contatti informali con la controparte, visti tradizionalmente con sospetto.

L'uso di modelli flessibili e di criteri non puramente economici accresce, infatti, il rischio di commettere errori ed anche di porre in essere comportamenti illeciti.

Le procedure che prevedono flessibilità nella negoziazione e criteri non solo economici di valutazione delle offerte sono stati peraltro incentivati dal diritto europeo, che guarda a forme evolute di

veder anche F. Liguori, *Titoli edilizi illegittimi e giudice penale*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2024, 235 ss.

<sup>7</sup> R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, 176 ss.



coinvolgimento dei privati nella negoziazione del contenuto del contratto, proponendo una visione innovativa del ruolo dell'amministrazione che segna il passaggio dal cd. "Stato banditore"<sup>8</sup> al cd. "Stato negoziatore". Nondimeno si tratta di sistemi speciali che, pur essendo venuto meno l'onere della p.a. di motivare in termini di convenienza l'opzione per una modalità negoziata di selezione, possono essere utilizzati solo in presenza di determinati presupposti tassativamente indicati dal codice all'art.70, commi 3 e 5<sup>9</sup>, che prendono in considerazione l'eventualità che il mercato si restringa in base alle circostanze del caso concreto<sup>10</sup> (ad esempio, perché la prestazione richiesta non è immediatamente disponibile sul mercato).

Il diritto europeo ha, naturalmente, valorizzato, prima ancora che il principio di flessibilità, il principio di concorrenzialità. Basti pensare che di norma le procedure negoziate, eredi della tradizionale trattativa privata, devono essere precedute dalla pubblicazione di un bando e richiedono comunque, anche quando si può fare a meno del bando, l'esperimento di una gara informale. Si tratta di modalità antitetice al metodo della trattativa privata, che consisteva in definitiva nell'interpello della ditta di fiducia della p.a.

La trattativa privata pura ricorre ormai solo in ipotesi marginali, ma va anche detto che al di sotto della soglia di valore comunitario, hanno, negli ultimi tempi, guadagnato molto spazio gli affidamenti diretti, "liberalizzati" nel periodo di emergenza pandemica, con regole che il nuovo Codice ha inteso stabilizzare.

E si tratta di circa l'80% della spesa complessiva per appalti e concessioni che, se riguardano lavori, possono essere affidati direttamente, senza bando e senza alcuna previa consultazione, per importi fino a 150.000 euro, e, del pari senza bando, e con una consultazione piuttosto agile di almeno cinque operatori, per importi fino ad 1.000.000<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001

<sup>9</sup> Sul tema, A. Cancrini, F. Vagnucci, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm.*, 3-2023, 325 ss.

### 3. **REGOLE, INTERESSI, SPAZIO DECISIONALE. UNO SGUARDO DIACRONICO**

Nel settore dei contratti pubblici le normative cambiano con frequenza eccessiva - tre codici in diciassette anni - così come cambiano gli interessi tutelati, e tuttavia la regola principale da rispettare è costantemente ribadita: per individuare il contraente privato occorre una competizione che garantisca parità di *chances* ai concorrenti. Ma in funzione di cosa questa regola è stata posta e ribadita? Per soddisfare quale interesse?

Quel che è certo che gli interessi tutelati sono cambiati e/o si sono sovrapposti nel corso del tempo, così come è cambiata più volte la disciplina mentre la norma penale è rimasta sostanzialmente immutata a presidiare un'area interessata da molte trasformazioni.

Il tema della scelta del contraente, e quello intrecciato del criterio di selezione delle offerte, hanno un rilievo centrale nella disciplina dei contratti pubblici e intercettano le questioni di fondo che attengono all'interesse tutelato ed allo spazio decisionale, maggiore o minore, riconosciuto alla pubblica amministrazione.

In effetti è proprio facendo leva sulla sua contrazione che in epoche non lontane si è pensato di riuscire a ridurre lo spazio per comportamenti illeciti, mentre oggi si percorre una strada diversa.

La connessione tra ampiezza dello spazio decisionale, potenziali illeciti e risposta penale consiglia di guardare alla riduzione o all'espansione dello spazio decisionale in una sintetica visione diacronica avendo riguardo alle diverse esigenze considerate prioritarie nei diversi frangenti temporali.

La legge quadro n. 109 del 1994, adottata in piena Tangentopoli, segna il punto di massima compressione della discrezionalità amministrativa. Si punta su soluzioni il più possibile automatiche, come dimostra, tra le altre cose, l'opzione per il

<sup>10</sup> A. Giusti, *Le procedure di scelta del contraente*, in G. Tropea, a cura di, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, 2024, 139 ss.

<sup>11</sup> L'affidamento diretto è altro rispetto alla gara e dunque il reato di cui all'art.353 c.p. non potrebbe configurarsi quando si ricorra ad una tale soluzione.



prezzo più basso come unico criterio di selezione delle offerte. Il legislatore coltiva l'aspirazione ad una amministrazione che si limita ad eseguire il dettato legislativo e che perciò non può cadere in tentazione. Ma entra così in rotta di collisione con la natura economica dell'operazione, col suo carattere unitario che si cela dietro gli adempimenti burocratici: carattere economico ed unitario che richiederebbe flessibilità se l'obiettivo è la convenienza economica dell'operazione<sup>12</sup>.

La focalizzazione sul principio di trasparenza e sulla lotta alla corruzione - con l'istituzione della Autorità di Vigilanza e poi dell'ANAC, dotata di penetranti poteri regolatori - accentueranno questa tendenza a comprimere la posizione delle amministrazioni aggiudicatrici, riducendo al minimo le loro facoltà decisionali e, con esse, la tentazione di piegarle ad interessi illeciti.

La rinuncia alla flessibilità era improbabile che potesse produrre risultati in termini di efficacia ed efficienza, ma il paradosso è che neppure trasparenza e anticorruzione sembrano, per effetto di questo irrigidimento, significativamente avvantaggiarsi.

Si pensa perciò di cambiare registro: l'occasione è data dal recepimento delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Il codice del 2016 presenta in effetti qualche significativo tratto di discontinuità rispetto al codice del 2006: la comunicazione politica che ne accompagnò l'emanazione si spinse - come anche ora sta accadendo - ai limiti della retorica nel presentare questa disciplina come fosse l'inizio di una nuova era, di un rinnovamento culturale che avrebbe dovuto scuotere da cima a fondo questa materia tanto cruciale.

Un reale mutamento di prospettiva si poteva cogliere nello spostamento dell'attenzione dagli aspiranti contraenti e dal regime concorrenziale alla stazione appaltante, e segnatamente al suo

interesse ad acquistare e realizzare nel modo migliore<sup>13</sup>.

Molto si investiva sulla innovativa disciplina del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, chiamate a dimostrare il possesso dei requisiti per svolgere al meglio il proprio ruolo di acquirenti nel mercato dei contratti pubblici. Si rispondeva così all'esigenza, chiaramente avvertita a livello europeo, di elevare la qualità del sistema sia sul lato della domanda che sul lato dell'offerta: l'idea era quella che la maggiore discrezionalità effettivamente conferita dovesse in qualche modo essere "meritata".

In realtà per molti aspetti si rimaneva in mezzo al guado, e per di più la complessa disciplina attuativa finì per sottrarre spazi rilevanti all'autonomia decisionale; tuttavia, almeno sul piano dei principi, si poteva cogliere uno slittamento dall'imparzialità e trasparenza nella direzione dell'efficienza della spesa pubblica<sup>14</sup>.

La discrezionalità recuperava terreno e si restituivano ambiti di operatività, prima negati, alle procedure negoziate ed al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'obiettivo era migliorare la qualità degli approvvigionamenti pubblici dettando specifiche norme volte alla qualificazione degli enti aggiudicatori e utilizzando in particolare gli strumenti della semplificazione e della flessibilità delle procedure.

Ma semplificare è impresa difficile, che non può risolversi nella operazione aritmetica che in quel caso venne compiuta (219 articoli in luogo dei 274 di cui al d.lgs. 163 del 2006, cui andavano sommati i 359 articoli del regolamento di attuazione).

All'eccesso di regolazione e all'irrigidimento di discipline che avrebbero dovuto essere improntate a flessibilità darà, del resto, un notevole contributo l'ANAC, con le sue linee-guida, una fonte spuria di regole invasive che finirà per produrre ulteriori fattori di complessità e contraddizione.

con il mercato non sembrano auspicabili né, per vero, concretamente possibili".

<sup>13</sup> F. Liguori, S. Tuccillo, *Presentazione*, in F. Liguori, S. Tuccillo, a cura di, *I contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 8 ss.

<sup>14</sup> A. Giannelli, *Il codice dei contratti pubblici: riflessioni introduttive*, in F. Liguori, S. Tuccillo, *o. cit.*, 93 ss.

<sup>12</sup> G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. Liguori, S. Tuccillo, a cura di, *I contratti pubblici*, cit., 29 ss.; F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016. Per una diversa visione, G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti*, a cura di, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, in *Diritto dell'economia*, 2011, 757 ss., secondo il quale "in questo settore modelli di contrattazione basati solo sul dialogo e sulla collaborazione

Emblematico il caso degli affidamenti sottosoglia, che il codice consentirebbe con formalità minime e persino con la tecnica dell'affidamento diretto, e che una delibera ANAC del 2016, la 1097, irrigidisce oltre misura dettando una puntigliosa procedimentalizzazione del suo iter, raggiungendo così livelli di regolazione superiori a quelli dettati a livello europeo, sebbene ciò non sarebbe consentito secondo quanto previsto dall'art.14, co.24-bis, l.246/2005 (divieto di *gold plating*).

Specie nelle linee-guida riaffiora dunque la diffidenza nei confronti dell'autonomia delle stazioni appaltanti: la logica resta quella della prevenzione dei fenomeni corruttivi, tendenza che si manifesta, peraltro non soltanto nel nostro ordinamento, con la tecnica della compressione della discrezionalità.

Se però in passato la tendenza a configurare in termini prettamente esecutivi l'azione delle stazioni appaltanti era discutibile ma tutto sommato in linea con la volontà del legislatore, dopo l'entrata in vigore del codice del 2016 la limitazione degli spazi decisionali delle amministrazioni è effetto soprattutto della regolazione proveniente dall'ANAC ed entra in rotta di collisione con le intenzioni dichiarate.

Il contraddittorio contesto accennato risente, per di più, dei continui cambi di rotta imposti dalla giurisprudenza, specialmente nazionale, che finiscono spesso per intaccare i pochi punti fermi posti a livello normativo.

In realtà, a ben vedere, è dalla stessa lettura del Codice del 2016 che si trae “*un senso di smarrimento e di confusione, in quanto si percepisce la sensazione di un progetto tanto ambizioso quanto sovraccaricato di troppe finalità ed aspettative differenti*”<sup>15</sup>. Una babele di fini in contraddizione, che è arduo se non illusorio coniugare e tenere in equilibrio.

In questa situazione era concreto il rischio, puntualmente avveratosi, dell'inconsapevolezza e della forza inerziale, ovvero che la riforma fosse vissuta come mero adempimento/attuazione di un pacchetto di norme imposto dall'Europa, senza che maturasse con chiarezza la direzione verso cui muovere, e rinunciando, ancora una volta, a

compiere scelte decise in ordine alla prospettiva culturale su cui investire in termini di azioni e competenze.

#### **4. IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: UNA NUOVA PROSPETTIVA CULTURALE?**

Ora, con il Codice del 2023, si può dire che questa scelta è stata infine fatta. Non è detto che funzioni, ma il progresso in termini di chiarezza degli obiettivi è agevolmente percepibile.

Fondamentale vuole essere l'affermazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato<sup>16</sup>, che dovrebbero orientare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero codice, oltre a trovare sviluppo in disposizioni di dettaglio, e ad essere talvolta curiosamente replicati anche come principi ( la buona fede e l'affidamento, art.4, sono sovrapponibili alla fiducia; il principio di massima partecipazione e tassatività delle cause di esclusione, art.10, è riconducibile al principio di accesso al mercato).

Non sempre sarà però possibile conciliare i tre principi, che potranno entrare in conflitto tra loro. In queste evenienze il legislatore indica che debba prevalere il principio del risultato, anche se dovesse essere conseguito con violazioni di carattere formale.

La direzione da privilegiare questa volta è indicata, ma questo non significa che gli altri principi possano essere sacrificati senza limiti. Ad esempio, il principio di accesso al mercato non potrà essere sacrificato fino al punto di travolgere i vincoli europei a protezione della libertà di circolazione e della concorrenza. Come sempre per il potere discrezionale, vi è da compiere un bilanciamento, che però il Codice orienta decisamente nella direzione della scelta che meglio si accorda con il conseguimento del risultato.

È proprio questa la funzione della codificazione dei principi, dell'indicazione della triade risultato-fiducia-accesso al mercato e della priorità all'interno di questa attribuita al risultato: dettare

<sup>15</sup> G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. Liguori, S. Tuccillo, a cura di, *I contratti pubblici*, cit., 29 ss.

<sup>16</sup> Sui quali, G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.* 3-2023, 287 ss



criteri chiari e non contraddittori per l'esercizio del potere discrezionale (ri)attribuito alle stazioni appaltanti.

La scelta discrezionale è frutto della comparazione-ponderazione degli interessi in gioco. Tra questi va, secondo un insegnamento consolidato<sup>17</sup>, individuato l'interesse primario, quello cioè per la cui specifica soddisfazione il potere è attribuito, ma esistono anche gli interessi secondari e rilevano giuridicamente anch'essi, e segnatamente nel senso che il loro sacrificio, se necessario per soddisfare l'interesse primario, deve essere contenuto al livello minimo indispensabile<sup>18</sup>.

Il fatto è che in questa materia si è sofferto di una significativa incertezza nella comprensione di quale sia l'interesse primario da soddisfare, anche per effetto dei frequenti cambiamenti di rotta proprio su questo profilo essenziale e preliminare.

La legislazione contabilistica nazionale di circa un secolo fa, nell'ambito della quale erano disciplinati i contratti pubblici, mirava alla tutela dell'erario<sup>19</sup>. Quella europea a promuovere la concorrenza, e noi italiani siamo stati particolarmente zelanti a massimizzare le indicazioni europee: la concorrenza, almeno in questo settore, è così per noi diventata un valore assoluto<sup>20</sup>.

Poi, però, anche l'UE ha cominciato ad interessarsi anche ad altri aspetti, come la protezione dell'ambiente, la sostenibilità, come nel caso degli appalti verdi, pensati per conciliare l'interesse alla realizzazione dell'opera (o alla fornitura o al servizio) con l'interesse alla tutela dell'ambiente. In ambito nazionale, inoltre, le istanze della trasparenza e della prevenzione dei fenomeni corruttivi si sono progressivamente imposte fino a diventare

prioritarie, con scelte che talvolta, come rilevato dalle Corti europee, hanno comportato il sacrificio della concorrenza. Interessi diversi, dunque, anche sopravvenuti nel tempo e compresenti, suscettibili di entrare tra loro in conflitto, senza una scelta esplicita circa la loro gerarchia.

Ora il Codice vuole superare queste incertezze e fornisce indicazioni chiare per orientare l'interprete, anzitutto nel senso che l'interesse primario è individuato nella soddisfazione del committente: conseguire il bene in tempi celeri, garantendo l'equilibrio tra costi e benefici. Gli altri interessi, connessi a finalità di utilità sociale, come la protezione dell'ambiente e la sostenibilità, non possono mai assurgere a scopi principali dell'amministrazione per contratti. Si tratta di finalità che non compaiono nei tre principi fondamentali e neppure in quelli ulteriori. La stessa concorrenza non è considerata come un fine, ma come un mezzo per conseguire il risultato, come definito dall'art.1, co.1. Quanto alla trasparenza non si tratta più di un principio sovraordinato a tutti gli altri: benché indicata tra i principi, è in realtà rappresentata come uno strumento per conseguire semplicità e celerità.

La scelta di puntare sul risultato è, dunque, chiara, ma il rilievo giuridico di questo concetto ha bisogno di essere decifrato.

Nei rari casi in cui il giudice amministrativo se ne è occupato, è stato per affermare la sua alterità rispetto all'area della legittimità. Il Consiglio di Stato, nel 2008, guarda al risultato come a qualcosa che riguarda il dato economico e materiale, valutabile peraltro solo ad operazione conclusa<sup>21</sup>.

Quanto alla letteratura, le critiche alla cd. amministrazione di risultato sono state autorevoli e

<sup>17</sup> Si veda, peraltro, per una rimeditazione della stessa configurabilità di un interesse primario, sul presupposto che "tutti gli interessi rivestono la medesima rilevanza formale", F.G. Scoca, Intervento alla tavola rotonda su "Discrezionalità e amministrazione", Bologna, 8 ottobre 2022, in *Annuario AIPDA*, Napoli, 2023, 410. R. Villata, invece, intervenendo nella stessa occasione, esprime le sue perplessità circa la prospettiva di "abbandonare sempre e comunque l'idea dell'interesse primario". In effetti sembra proprio che, almeno in questa materia, la logica dell'interesse primario (oggi individuato nel conseguimento del risultato) risulti confermata.

<sup>18</sup> M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

<sup>19</sup> R.d. 2240 del 1923 su cui M.S. Giannini, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in *Scritti (1984-1990)*, III, Milano, 2006, 803.

<sup>20</sup> Sul valore della concorrenza cfr. le osservazioni, anche critiche, di P. Chirulli, *La proconcorrenzialità nel codice dei contratti pubblici*, in F. Liguori, S. Tuccillo, a cura di, *I contratti pubblici*, cit., 13 ss.

<sup>21</sup> Per questa decisione, e per un approfondito esame critico della giurisprudenza sull'amministrazione di risultati, si veda M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 2024, 206 ss.



radicali. Per Cassese il risultato è come il flogisto<sup>22</sup>, una sostanza immaginaria che gli alchimisti del Seicento ritenevano essere a base della combustione. Per Guarino un concetto inconciliabile con la logica dell'azione amministrativa, che si svolge per atti e procedimenti, sindacabili sul piano della legittimità, mentre i risultati e la loro valutazione non vengono in evidenza<sup>23</sup>. Per Rosario Ferrara è improponibile lo scambio tra legalità e risultato, perché la logica aziendalistica è estranea all'amministrazione<sup>24</sup>. Per Torchia l'errore è aver dato una portata assoluta ad un parametro pensato unicamente per valutare l'operato dei dirigenti<sup>25</sup>.

Eppure, il Codice punta decisamente in direzione del risultato ed autorizza, con una tale scelta, le letture che guardano al risultato come ad un elemento essenziale della norma attributiva del potere, un elemento che contribuisce a definire la cd. regola del caso. In questa visione potrebbe non esservi contrapposizione tra legalità e risultato, essendo il risultato concepito quale parametro di riferimento per la verifica della legittimità dell'operato dell'amministrazione<sup>26</sup>.

Una tale ricostruzione può trasformare la legittimità in qualcosa di diverso da quello che siamo abituati a pensare: per stabilire se un atto è legittimo non è sufficiente che sia stata rispettata la legge ma bisognerà anche chiedersi se vi stata devianza rispetto all'obiettivo il cui perseguimento legittima il potere dell'autorità. Una sorta di sviamento, dunque, non (solo) dall'interesse in astratto perseguibile attraverso l'esercizio di quel potere, ma dall'obiettivo che va colto in concreto, ed a cui l'intera operazione deve essere orientata.

Il giudizio di legittimità lambisce in tal modo il merito insindacabile, e può arrivare ad un grado di intensità del tipo di quello assicurato dal test di

proporzionalità, con il quale rischia perfino di sovrapporsi<sup>27</sup>.

Ma prima di un eventuale giudizio c'è l'azione amministrativa ed i tanti bivi decisionali, qualcuno nuovo, altri diventati più pregnanti. In tutte queste evenienze il nuovo Codice vuole che l'amministrazione consideri prioritario il conseguimento dell'obiettivo e scelga la soluzione più rapida ed efficace, anche a costo di qualche violazione di regole formali<sup>28</sup>.

Nel Codice del 2016 la discrezionalità, affermata in astratto, veniva in concreto compressa e paralizzata. Le amministrazioni, in quella "babele di fini"<sup>29</sup> e di fronte agli eccessi di regolazione, per timore di sbagliare e doverne rispondere, fatalmente si atteneva alla stretta osservanza delle procedure più formalizzate ed in grado di produrre un'aggiudicazione il più possibile automatica.

Se invece l'obiettivo primario è il risultato, le amministrazioni sono chiamate caso per caso a scegliere il miglior modo di procedere, che non sempre coincide – circostanza molto rilevante ai fini delle ricadute penali- con l'indizione di una gara formalizzata né con l'esclusione di tutti i concorrenti per vizi formali. La nuova disciplina del soccorso istruttorio è un buon esempio di questa tendenza a dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma nella procedura di gara, così come la previsione in tema di rinegoziazione per la fase di esecuzione<sup>30</sup>.

La scelta quanto più sarà incisiva tanto più segnerà il distacco dalle prassi formalistiche consolidate tanto più dovrà essere adeguatamente motivata. È la motivazione, che deve spiegare perché si è dovuto e potuto orientarsi al conseguimento del risultato, lo strumento principale, insieme con la proceduralizzazione, per legittimare le scelte discrezionali.

<sup>22</sup> S. Cassese, "Amministrazione di risultati"? in *Gior. dir. amm.*, 2004, 9, 941

<sup>23</sup> G. Guarino, *Quale amministrazione?* in *Il diritto amministrativo degli anni Ottanta*, Milano, 1985, 21 ss.

<sup>24</sup> R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 148 e 166

<sup>25</sup> L. Torchia, *L'efficienza della pubblica amministrazione tra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, [www.osservatorioar.it](http://www.osservatorioar.it), 2019

<sup>26</sup> M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24-2023.

<sup>27</sup> Sul rapporto tra legittimità e merito, si può vedere, anche per altri riferimenti, F. Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. Giliberti, a cura di, *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, 141 ss.

<sup>28</sup> G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 455.

<sup>29</sup> G.D. Comporti, *op.cit.*, 33.

<sup>30</sup> G. Napolitano, *op.cit.*, 292.



## 5. RISPOSTA PENALE E DIFFERENZE TRA PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE E PROCEDURE DI SELEZIONE DEL PERSONALE

Questo nuovo modo di amministrare richiede, come è evidente, continue e impegnative assunzioni di responsabilità, in un contesto che non sembra incoraggiarle e che, anzi, si ritiene condizionato dalla c.d. “paura di amministrare”.<sup>31</sup>

Il Codice si mostra consapevole del problema e, all’art.2 in particolare, prova a tipizzare i comportamenti che generano responsabilità e quelli da ritenere corretti e si preoccupa anche di sollecitare e promettere azioni per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti.

Si punta, dunque, soprattutto sulla formazione e sulla crescita della capacità amministrativa, come già indicato nel PNRR, con riguardo alla cui realizzazione sono anche dettate norme derogatorie in tema di responsabilità erariale.

Quanto al sistema penale, a parte la manomissione dell’abuso d’ufficio, infine abrogato del tutto, non si registra alcuna innovazione normativa che tocchi specificamente il reato in discussione, ma forse la tipizzazione dei comportamenti ai fini della responsabilità erariale può essere un utile parametro anche in sede penale.

Il tema, per vero, trascende la portata della specifica previsione e si colloca nell’ambito di un tentativo politico e culturale, prima ancora che giuridico, volto a incoraggiare l’uso della discrezionalità amministrativa ed a contenere le risposte delle Procure penali (e contabili) rispetto all’esercizio di “*opzioni amministrative, magari opinabili o perfino sbagliate*”. Al riguardo, si è parlato di un’amministrazione “*finalmente sottratta al timore della discrezionalità quale fattore di rischio criminogeno che non di rado aleggia alla*

*base di imputazioni di responsabilità penale e/o contabile.*”<sup>32</sup>

Si tratta, all’evidenza, di cambiamenti percepibili per ora solo sul piano delle intenzioni e delle prospettive e la cui sostanza necessita di verifiche empiriche che non è ancora tempo di operare compiutamente.

Anche la previsione del 1930 sulla “*turbata libertà degli incanti*” deve di necessità essere adattata al mutato contesto.

La presa di posizione della Cassazione<sup>33</sup>, per ora limitata a precluderne l’applicazione analogica, afferma in effetti principi dai quali è difficile dissentire. Viene peraltro da chiedersi se una norma così datata, anche nella prosa quasi poetica che ne contrassegna la rubrica, non abbia bisogno di una lettura adattativa anche per poter essere applicata alle procedure di scelta del contraente previste oggi.

E non si pone solo la questione del cambiamento del bene tutelato (dal prestigio dell’amministrazione al risultato, passando per i principi di concorrenza e di trasparenza) perché bisogna anche considerare che oggi le licitazioni private non esistono più, o almeno non si chiamano più così, e che anche il *nomen* dovrebbe avere un qualche rilievo in questa rivalutazione del tenore letterale della norma penale.

La Corte di cassazione ha intanto inteso affermare l’alterità tra un concorso per l’assunzione ai pubblici impieghi e una gara per scegliere il contraente. La soluzione appare ragionevole, ed è sorretta dalla giurisprudenza costituzionale<sup>34</sup>, ma qualche aporia, nel ragionamento della Cassazione e nelle conseguenze che l’interpretazione prescelta produce, si può nondimeno cogliere. Non convincono del tutto specialmente gli argomenti utilizzati per concettualizzare le differenze tra concorsi e gare, ed in particolare l’affermazione, non proprio felice, secondo la quale l’aspirante ad un concorso

<sup>31</sup> Anche la giurisprudenza costituzionale si mostra sensibile a queste formule, ma preferisce la variante “fatica di amministrare”: cfr. Corte costituzionale, 16.7.2024 n.132, commentata, tra gli altri, criticamente anche sul punto della supposta “paura di amministrare”, da V. Tenore, in *Riv. Corte Conti*, 2024, 195 ss. Per un’analisi, anche critica, all’efficacia deterrente della responsabilità amministrativa nel settore dei

contratti pubblici, si veda M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Diritto dell’economia*, 2018, 625 ss.

<sup>32</sup> Così M. Spasiano, *op.cit.*, 218-219

<sup>33</sup> V. Maiello, *Turbata libertà degli incanti*, cit.

<sup>34</sup> Cfr. Corte Cost. n. 115 del 2008.



pubblico “*offre sé stesso*”, non una prestazione, offerta invece da chi aspira a stipulare un contratto.

Il tema dei concorsi pubblici è un tema spinoso e avrebbe forse meritato una diversa considerazione, che avrebbe potuto consentire di cogliere altri tratti di differenza, rispetto a quello che il giudice ha voluto alquanto audacemente cogliere, tra le gare finalizzate all’aggiudicazione di una commessa pubblica e le procedure concorsuali per la selezione del personale pubblico. Un dato che caratterizza, ad esempio, ancorché in termini disfunzionali, il concorso risiede nella separatezza del reclutamento rispetto al rapporto di lavoro: le tecniche di selezione dei dipendenti risultano, infatti, fossilizzate in una dimensione tutta formalistica che non tiene conto delle competenze necessarie per svolgere la funzione, ma solo delle conoscenze teoriche<sup>35</sup>. Si può inoltre evidenziare anche un’altra differenza guardando all’attenzione dedicata dalla disciplina dei contratti pubblici alle modalità per verificare e garantire la “moralità” dei concorrenti (disciplina dei requisiti soggettivi, cause di esclusione)<sup>36</sup>, che è il prerequisito per potersi candidare a divenire contraente delle stazioni appaltanti. Nei pubblici concorsi, invece, viene richiesta al candidato soltanto una generica dichiarazione di non aver riportato condanne penali. Oggi, poi, come visto, il risultato da perseguire nel campo dei contratti pubblici è direttamente individuato nella massima tempestività dell’affidamento e dell’esecuzione, con il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo (art.1, comma 1, codice 2023), laddove la disciplina dei pubblici concorsi è da sempre orientata dal rigido rispetto del principio di imparzialità e centrata sulla predisposizione di prescrizioni idonee a prevenire (con una soglia sempre più anticipata) il conflitto di interessi<sup>37</sup> tra commissione valutatrice e candidati, imponendo obblighi di astensione specifici.

La logica sottesa alla tutela dei valori collegati al principio del concorso pubblico (di cui all’art. 97) e quella che impronta l’esigenza di tutelare la

regolare formazione della volontà contrattuale dell’amministrazione che acquista prestazioni sul mercato non sembrano, dunque, del tutto sovrapponibili, anche perché nel primo contesto, paradossalmente, la soglia di “diffidenza” è più alta nei confronti del “valutatore” mentre nel secondo è più alta nei confronti del “valutato”.

Tutti questi elementi, ulteriori rispetto a quelli indicati dalla Corte di cassazione, lasciano emergere la diversità del contesto guardando al quale la disposizione è stata disegnata, e che tuttora permane, nonostante le trasformazioni intervenute nell’uno e nell’altro campo, e depongono a favore della soluzione interpretativa praticata dal giudice di legittimità.

Quanto, infine, alle conseguenze prodotte dal nuovo indirizzo, la Cassazione, consapevole che occorre un argine anche penale ai comportamenti scorretti nei pubblici concorsi, pare affidare all’abuso d’ufficio il compito di supplire all’inapplicabilità della turbativa d’asta. Ma l’abuso d’ufficio, già drasticamente ridimensionato dalla riscrittura della fattispecie operata nel 2000, è stato ora cancellato. Almeno su questo profilo sarebbe auspicabile una rimediazione, con indicazione di altre possibili risposte dell’ordinamento, posto che non sembra accettabile l’assenza di una sanzione che colpisca i favoritismi nei concorsi pubblici come in ogni altra attività amministrativa.

<sup>35</sup> In tema, *Rinnovamento della PA e nuovo reclutamento*, a cura di U. Carabelli e L. Zoppoli, *Riv. Giur. Lav., Quaderno n.6/2021*.

<sup>36</sup> Cfr. S. Fantini-H.Simonetti, *o.cit.*, 116 e E. Leonetti, *Gli operatori economici e i requisiti di partecipazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 332 ss.

<sup>37</sup> Su cui, in generale, cfr. S Del Gatto, *La dimensione amministrativa del conflitto di interessi e il principio di buona amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2024, 309 ss.



## CORTE DI GIUSTIZIA 6 MARZO 2025 NELLA CAUSA C-315/23, COMMISSIONE C. CROAZIA (DISCARICA DI BILJANE DONJE II), ECLI:EU:C:2025:154

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La Corte di giustizia nella causa de qua ha inflitto sanzioni finanziarie alla Croazia per non aver correttamente gestito alcuni rifiuti smaltiti in discarica, che costituiscono un rischio per la salute pubblica e per l'ambiente. In una precedente sentenza del 2019, la Corte di giustizia aveva già accertato la violazione del diritto dell'Unione da parte della Croazia.*

### SOMMARIO

1. **Antefatto della causa** ..... 120
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia** ..... 121

### 1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Nel maggio 2019, la Corte di giustizia si è pronunciata sul caso Commissione contro Croazia riguardante la discarica di Biljane Donje (C-250/18), stabilendo che la Croazia non aveva rispettato gli obblighi derivanti dalla normativa dell'UE sui rifiuti, in particolare la Direttiva 2008/98/CE. Questa direttiva ha l'obiettivo di prevenire o ridurre gli effetti negativi della gestione dei rifiuti sull'ambiente e sulla salute pubblica.

A partire dal 2010, nella località di Biljane Donje sono state smaltite circa 140.000 tonnellate di granulati di pietra in prossimità delle abitazioni, senza un intervento adeguato delle autorità croate. Tali materiali presentavano livelli di sostanze pericolose e radioattività superiori ai limiti consentiti, con il rischio di rilascio di elementi nocivi. La Corte di giustizia ha quindi stabilito che questi materiali dovessero essere considerati “rifiuti” ai sensi della

direttiva e, di conseguenza, la loro gestione avrebbe dovuto avvenire senza mettere in pericolo la salute umana o l'ambiente. Inoltre, la Croazia era tenuta a garantire che il detentore dei rifiuti si occupasse del loro trattamento o lo affidasse a un operatore qualificato.

Nel maggio 2023, la Commissione europea ha avviato un ulteriore procedimento per inadempimento, ritenendo che la Croazia non avesse ancora attuato la sentenza del 2019.

Già con una lettera del 28 maggio 2019, la Commissione aveva chiesto alla Croazia di comunicare le misure adottate o previste, corredate di un calendario dettagliato, per conformarsi alla sentenza. Nella risposta del 17 ottobre 2019, la Croazia ha affermato che i granulati di pietra sarebbero stati destinati al rinnovo dell'aeroporto di Zara e alla bonifica di miniere di bauxite dismesse, indicando una serie di misure senza specificare i tempi di attuazione.

Dopo incontri tra la Commissione e le autorità croate nel novembre 2019 e nel giugno 2021, la Commissione ha rilevato la mancanza di un piano concreto per l'esecuzione della sentenza. Il 23 settembre 2021 ha quindi inviato una lettera di diffida, concedendo due mesi per una risposta. Nella replica del 23 novembre 2021, la Croazia ha riferito che era in corso un'analisi sulle caratteristiche delle scorie rocciose per valutarne l'idoneità come materiale da costruzione. L'analisi, condotta da un esperto selezionato tramite appalto pubblico, sarebbe stata completata entro il 21 marzo 2022. L'attuazione della sentenza dipendeva dagli esiti di tale studio.

Se l'analisi avesse confermato la possibilità di utilizzo delle scorie come materiale da costruzione, la Croazia avrebbe seguito tre possibili vie: 1) metterle a disposizione gratuitamente di enti locali e regionali per progetti di interesse pubblico; 2)

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

\* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.



venderle senza gara d'appalto ad enti statali per progetti non pubblici; 3) venderle tramite gara pubblica. Se fosse stata necessaria una trasformazione delle scorie, sarebbe stato avviato un nuovo appalto pubblico, con possibili proroghe in caso di ricorsi. Se invece le scorie non fossero risultate idonee all'uso edilizio, sarebbero state smaltite in conformità alla legge croata sulla gestione dei rifiuti del 15 luglio 2021 e, se necessario, trasferite all'estero secondo il regolamento UE sulle spedizioni di rifiuti.

La Croazia ha inoltre annunciato l'inclusione del sito di Biljane Donje nel piano di gestione dei rifiuti entro la fine del 2021. Tuttavia, la Commissione ha ritenuto che le misure adottate non fossero sufficienti per eseguire la sentenza del 2019 e, il 23 maggio 2023, ha avviato un nuovo procedimento contro la Croazia.

Con una decisione del 4 marzo 2024, il presidente della Corte di giustizia ha sospeso il procedimento fino alla sentenza nella causa C-147/23, Commissione/Polonia, pronunciata il 25 aprile 2024, che ha poi consentito la ripresa del procedimento in oggetto.

## **2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

La Corte di giustizia ha stabilito che la Croazia non ha identificato i granulati di pietra depositati in discarica come rifiuti né ha adottato le misure necessarie per una corretta gestione di tali materiali in conformità con il diritto dell'Unione. Per tale inadempimento, il Paese è stato condannato al pagamento di una somma forfettaria di 1 000 000 di euro, oltre a una penalità giornaliera di 6 500 euro in caso di ulteriore ritardo nell'attuazione delle misure richieste.

Nel determinare l'importo delle sanzioni, la Corte di giustizia ha preso in considerazione la gravità della violazione, la sua durata e la situazione finanziaria della Croazia. Ha inoltre rilevato che il governo croato non ha compiuto progressi significativi nell'esecuzione della sentenza del 2019 e ha deciso di procedere alla bonifica della discarica di Biljane Donje solo dopo il nuovo ricorso presentato dalla Commissione. L'inadempimento persiste da quasi sei anni, un periodo considerevole, e secondo le previsioni croate, la completa rimozione dei

rifiuti non sarà ultimata prima dell'agosto 2025, ovvero circa quindici anni dopo il loro deposito nel sito.

Di conseguenza, la Corte di giustizia ha dichiarato che la Croazia ha violato gli obblighi previsti dall'articolo 260, paragrafo 1, TFUE, per non aver dato piena attuazione alla sentenza del 2 maggio 2019 (Commissione/Croazia, C-250/18). Oltre alle sanzioni pecuniarie, il Paese è stato condannato a coprire le spese processuali.

## CORTE DI GIUSTIZIA 8 APRILE 2025 NELLA CAUSA C-292/23, PROCURA EUROPEA (CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEGLI ATTI PROCEDURALI), ECLI:EU:C:2025:255

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Gli atti adottati dalla Procura europea (EPPO) che producano effetti diretti e concreti sulla posizione giuridica delle persone coinvolte devono poter essere sottoposti a un effettivo controllo giurisdizionale. In tale contesto, spetta al giudice nazionale verificare, attraverso un'analisi puntuale e contestualizzata, se l'atto impugnato incida effettivamente sui diritti o sugli interessi legittimi del soggetto ricorrente. Tuttavia, affinché tale controllo possa assumere la forma di un ricorso autonomo, è necessario che l'ordinamento giuridico interno preveda espressamente la possibilità di impugnare in via diretta atti equivalenti adottati dalle autorità nazionali. Solo in presenza di tale previsione normativa, il ricorso giurisdizionale potrà configurarsi come uno strumento diretto di tutela nei confronti delle determinazioni assunte dall'EPPO.*

### SOMMARIO

1. **Antefatto della causa..... 122**
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia..... 123**

#### 1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

La Procura europea (European Public Prosecutor's Office – EPPO) rappresenta un organo indipendente dell'Unione europea, istituito allo scopo di individuare, perseguire penalmente e deferire alle autorità giudiziarie competenti gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare nei settori della frode, della corruzione e di altre attività illecite connesse all'utilizzo dei fondi dell'UE. L'architettura istituzionale dell'EPPO è articolata su due livelli complementari: un livello centrale, con sede a Lussemburgo, che comprende il procuratore capo europeo e i

procuratori europei, e un livello decentrato, costituito dai procuratori europei delegati che operano negli Stati membri partecipanti, agendo nel rispetto del diritto nazionale e sotto la direzione e il coordinamento dell'ufficio centrale.

In tale contesto istituzionale si inserisce un'indagine penale avviata in Spagna, relativa a presunte irregolarità nell'utilizzo di fondi europei erogati a titolo di sovvenzione. I soggetti indagati, identificati come I.R.O. e F.J.L.R., rivestivano il ruolo di amministratori di un'impresa beneficiaria di finanziamenti dell'Unione per la realizzazione di un progetto specifico. A seguito di un'attività di controllo condotta dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), sono emerse anomalie nei costi di personale rendicontati per due ricercatori, Y.C. e I.M.B., impiegati nel progetto. Tali costi non sarebbero stati debitamente giustificati.

Le informazioni trasmesse dall'OLAF hanno indotto la Fiscalía de área de Getafe-Leganés (Spagna) a presentare denuncia dinanzi a un tribunale di primo grado, che in data 20 aprile 2021 ha formalmente avviato un procedimento penale nei confronti di I.R.O., includendo l'escussione di Y.C. in qualità di testimone.

Con decisione del 26 luglio 2022, i procuratori europei delegati competenti per la Spagna hanno esercitato il potere di avocazione previsto dal regolamento (UE) 2017/1939, assumendo la titolarità dell'indagine nei confronti di I.R.O. e F.J.L.R. Successivamente, in data 2 febbraio 2023, sulla base delle disposizioni del diritto nazionale, i procuratori delegati hanno emesso un atto di convocazione nei confronti di Y.C. e I.M.B., affinché comparissero in qualità di testimoni.

Tuttavia, in data 7 febbraio 2023, i legali rappresentanti di I.R.O. e F.J.L.R. hanno presentato un ricorso interno dinanzi all'EPPO, contestando la legittimità dell'atto istruttorio limitatamente alla

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

\* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".



convocazione di Y.C., ritenendolo superfluo e privo di rilevanza probatoria. Tale ricorso è stato formalmente notificato al Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de Madrid, giudice del rinvio, l'8 febbraio 2023.

Nel valutare la fondatezza del ricorso, il giudice del rinvio ha sollevato questioni di compatibilità tra il diritto nazionale spagnolo, che prevede l'impugnabilità della decisione di convocazione emessa dalla Procura europea, e l'articolo 42 del regolamento (UE) 2017/1939. Tale disposizione, infatti, sancisce il diritto al controllo giurisdizionale degli atti della Procura europea che producano effetti giuridici nei confronti di terzi. Ritenendo che la convocazione dei testimoni configuri un atto giuridicamente rilevante in tal senso, il giudice ha sottoposto la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di chiarire se una normativa nazionale che esclude ogni possibilità di impugnazione di simili atti sia compatibile con i principi e le garanzie previste dall'ordinamento dell'Unione.

## **2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

La Corte di giustizia ha innanzitutto ricordato che l'articolo 42, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2017/1939 prevede che gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, debbano essere sottoposti al controllo delle autorità giudiziarie nazionali competenti, conformemente alle modalità e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale.

Al fine di stabilire se tale disposizione osti a una normativa nazionale che non consenta alle persone oggetto di un'indagine condotta dall'EPPO di contestare direttamente, dinanzi al giudice nazionale competente, una decisione con cui il procuratore europeo delegato dispone la citazione di testimoni, è necessario verificare se tale decisione rientri nella nozione di "gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi". A tale riguardo, la Corte precisa che, in assenza di un rinvio esplicito al diritto degli Stati membri, i termini utilizzati in una disposizione dell'Unione devono essere interpretati in modo autonomo e uniforme, tenendo conto del loro tenore letterale, del

contesto normativo e delle finalità della disciplina di cui fanno parte.

In tal senso, viene osservato che l'articolo 42 del regolamento 2017/1939 non rinvia al diritto nazionale per quanto concerne la definizione della nozione in esame. La funzione della disposizione è, infatti, quella di delineare una ripartizione delle competenze tra le giurisdizioni nazionali e quelle dell'Unione per quanto attiene al controllo giurisdizionale sulle attività dell'EPPO. In particolare, mentre il paragrafo 1 dell'articolo in questione attribuisce alle autorità giudiziarie nazionali il compito di esercitare tale controllo sugli atti procedurali destinati a incidere sui terzi, i paragrafi successivi (dal 2 all'8) elencano i casi in cui la competenza spetta, invece, alle giurisdizioni dell'Unione. Ne deriva che la nozione di "atti procedurali", ai sensi del paragrafo 1, deve essere intesa come comprensiva degli atti sottoposti, in linea di principio, al vaglio dei giudici nazionali.

Tale nozione costituisce, pertanto, un concetto autonomo di diritto dell'Unione, che richiede un'interpretazione uniforme a livello sovranazionale, finalizzata a garantire un sistema coerente di ripartizione delle competenze giurisdizionali in relazione al controllo dell'operato del Parchetto europeo.

Successivamente, la Corte si è interrogata sull'inquadramento giuridico di una decisione dell'EPPO relativa alla citazione di testimoni. Da un lato, essa ha rilevato che il concetto di "atto procedurale" include, tra gli altri, gli atti adottati nel corso delle indagini condotte dall'organo in questione. Considerando che la decisione oggetto del giudizio principale è stata adottata nel contesto di un procedimento investigativo, essa può essere qualificata, in termini generali, come un atto procedurale.

Dall'altro lato, per stabilire se tale decisione sia idonea a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, la Corte ha fatto riferimento al criterio impiegato dall'articolo 263, primo comma, TFUE, che individua gli atti impugnabili davanti alle giurisdizioni dell'Unione. In questa prospettiva, l'intenzione del legislatore europeo sarebbe quella di sottoporre al controllo giurisdizionale tutti quegli atti procedurali che producono effetti giuridici

vincolanti, in grado di incidere in modo significativo sulla posizione giuridica di terzi, in particolare all'interno di procedimenti penali.

L'accertamento dell'esistenza di effetti giuridici obbligatori non può tuttavia avvenire in astratto: richiede, al contrario, una valutazione concreta, da condurre tenendo conto della natura dell'atto, del contenuto sostanziale, del contesto in cui è stato adottato e dei poteri dell'organo che lo ha emanato, nonché della posizione della persona che lo contesta.

In tale contesto, la funzione del controllo giurisdizionale è quella di garantire il rispetto, da parte dell'EPPO, dei diritti fondamentali delle persone interessate, in particolare assicurando l'equità della procedura e il rispetto dei diritti della difesa, ai sensi degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale controllo include tanto la verifica del rispetto dei diritti procedurali garantiti dal diritto dell'Unione (articolo 41, paragrafo 1, del regolamento), quanto di quelli riconosciuti dal diritto nazionale applicabile alle persone indagate o a terzi coinvolti, come previsto dall'articolo 41, paragrafo 3.

Dal momento che il contenuto dei diritti procedurali può variare in base alle normative nazionali, anche la possibilità per un soggetto di contestare un atto procedurale potrebbe essere soggetta a tali variazioni. Di conseguenza, la valutazione dell'impatto giuridico della citazione a comparire su tali diritti deve necessariamente tener conto della disciplina nazionale e del contesto concreto dell'indagine. Per questo motivo, le autorità giudiziarie nazionali risultano essere i soggetti più idonei a svolgere tale valutazione, ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 1, del regolamento.

Ne deriva che spetta ai giudici nazionali stabilire se una decisione con cui il procuratore europeo delegato cita dei testimoni sia idonea a modificare in maniera significativa la posizione giuridica delle persone sottoposte all'indagine e, di conseguenza, se tale decisione debba essere soggetta a controllo giurisdizionale.

Infine, con riguardo alla natura di tale controllo, la Corte ha chiarito che l'articolo 42, paragrafo 1, non impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere un ricorso diretto avverso tali atti. La

norma richiede semplicemente che il controllo giurisdizionale sia esercitato secondo le modalità previste dal diritto interno. Ciò implica che il controllo può avvenire anche in forma incidentale, purché venga garantito un ricorso effettivo nel rispetto degli articoli 47 e 48 della Carta.

Tale interpretazione trova conferma nel considerando 88 del regolamento, il quale richiama l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, che impone agli Stati membri di assicurare un ricorso giurisdizionale effettivo contro atti lesivi di diritti e libertà riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione. Tuttavia, detta disposizione non impone necessariamente l'accesso a un ricorso diretto.

Pertanto, il controllo previsto dall'articolo 42 può essere esercitato anche nell'ambito del giudizio penale, purché la giurisdizione adita sia competente a esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la risoluzione della controversia.

Tuttavia, in virtù del principio di equivalenza, se il diritto interno prevede un ricorso diretto contro atti analoghi adottati da autorità nazionali, tale possibilità deve essere estesa anche agli atti dell'EPPO, come la decisione di citare testimoni, nel rispetto dell'articolo 42, paragrafo 1, del regolamento 2017/1939.



## CORTE DI GIUSTIZIA 29 APRILE 2025 NELLA CAUSA C-181/23, COMMISSIONE C. MALTA, ECLI:EU:C:2025:283

A cura di **Emanuela DE FALCO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Il programma maltese che consente di ottenere la cittadinanza in cambio di investimenti viola il diritto dell'Unione. Sebbene spetti ai singoli Stati membri stabilire le regole per il riconoscimento della cittadinanza nazionale, questa competenza deve essere esercitata nel rispetto dei principi europei. La cittadinanza dell'UE presuppone un legame autentico tra individuo e Stato, fondato su doveri reciproci e appartenenza civica. Ridurre questo status a una mera transazione economica mina la fiducia tra gli Stati membri, compromette la cooperazione leale e tradisce l'essenza stessa dell'Unione.*

### SOMMARIO

1. **Antefatto della causa** ..... 125
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia** ..... 125

#### 1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Nel 2020, Malta ha modificato la propria legislazione sulla cittadinanza introducendo un nuovo programma che permetteva a cittadini stranieri di ottenere la cittadinanza maltese – e, con essa, quella europea – attraverso investimenti finanziari diretti. Questa misura, disciplinata dal Regolamento sulla concessione della cittadinanza per servizi eccezionali, prevedeva la possibilità di naturalizzazione per individui che avessero fornito contributi ritenuti “straordinari” allo sviluppo economico o sociale del Paese. In pratica, ciò si traduceva nell’obbligo di versare tra i 600.000 e i 750.000 euro allo Stato membro, acquistare o affittare un immobile per almeno cinque anni, effettuare una donazione minima di 10.000 euro a un ente

maltese e risiedere legalmente sull’isola per almeno 12 o 36 mesi, a seconda dell’entità dell’investimento.

Tuttavia, secondo la Commissione europea, il sistema maltese si configurava come una procedura meramente commerciale di concessione della cittadinanza, priva di un legame autentico e sostanziale tra il richiedente e lo Stato. Poiché l’accesso alla cittadinanza nazionale comporta automaticamente l’acquisizione dello status di cittadino dell’Unione, tale pratica è stata ritenuta lesiva dei principi fondamentali dell’ordinamento europeo, in particolare dell’articolo 20 TFUE, che definisce la cittadinanza dell’Unione, e dell’articolo 4, paragrafo 3, TUE, relativo alla leale cooperazione tra Stati membri e Unione.

Malgrado la sospensione parziale del programma nel 2022 per i cittadini russi e bielorusi, la Commissione ha ritenuto che il regime restasse incompatibile con il diritto dell’Unione e ha quindi promosso un ricorso contro tale Stato membro dinanzi alla Corte di giustizia.

#### 2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha dichiarato che il programma maltese di concessione della cittadinanza, introdotto nel 2020, contrario al diritto dell’Unione. Tale programma, basato su criteri essenzialmente economici, configura una vera e propria mercificazione della cittadinanza di uno Stato membro e, per estensione, dello status di cittadino dell’Unione, privando quest’ultimo del significato sostanziale che gli attribuiscono i Trattati.

Secondo la Corte di giustizia, sebbene ogni Stato membro abbia autonomia nel determinare le condizioni per l’attribuzione della propria cittadinanza, tale competenza deve essere esercitata in

\* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



conformità con i principi e le norme dell'Unione. L'articolo 9 TUE e l'articolo 20 TFUE sanciscono che ogni persona in possesso della cittadinanza di uno Stato membro è automaticamente anche cittadino dell'Unione, con un insieme di diritti e doveri propri. La cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale, senza sostituirla, e costituisce uno degli elementi fondanti dell'architettura giuridica e istituzionale dell'Unione. Essa non è un mero status formale, ma implica l'appartenenza a un ordinamento fondato su valori condivisi, su una solidarietà concreta e su una leale cooperazione tra gli Stati membri.

Nel caso maltese, la Corte di giustizia ha rilevato che i criteri principali previsti dal programma del 2020 — ovvero il versamento di somme di denaro o la realizzazione di investimenti di entità predeterminata — assumono un ruolo decisivo nella procedura, a scapito di qualsiasi valutazione sostanziale del legame tra il richiedente e lo Stato. Sebbene siano previste verifiche di ammissibilità, queste appaiono finalizzate più alla tutela dell'interesse pubblico maltese che alla verifica dell'effettiva integrazione del candidato nella società nazionale. Inoltre, la promozione pubblica del programma, centrata sugli immediati vantaggi della cittadinanza europea, conferma l'intento di presentare l'adesione all'Unione come un beneficio acquisibile a titolo oneroso. Pertanto, una simile prassi compromette la fiducia reciproca tra gli Stati membri, che costituisce uno dei pilastri dell'ordinamento dell'Unione, ed è incompatibile con il principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

## IL FAMILIARE DELL'IMPUTATO NON PUÒ ASTENERSI DAL DEPORRE COME TESTIMONE, SE QUESTA È LA PERSONA OFFESA DENUNCIANTE – CORTE COSTITUZIONALE

16 DICEMBRE 2024 N. 200

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La Corte Costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 199, comma 1, del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27, secondo comma, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal Tribunale ordinario di Firenze.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 127
2. **La decisione** ..... 128
3. **Conclusioni** ..... 129

### 1. IL FATTO

Il processo da cui traeva origine la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze riguardava delle lesioni consumate dal padre ai danni della figlia.

Siccome quest'ultima presentava atto di denuncia-querela non poteva beneficiare della facoltà di astensione ai sensi dell'art. 199, comma 1, cod. proc. pen.

Durante la sua escussione testimoniale, in qualità di persona offesa dal reato, la vittima deduceva episodi molto più circoscritti e meno gravi rispetto a quanto enunciato nella *notitia criminis*, nonché rendeva molte dichiarazioni contrastanti con il verbale di sommarie informazioni, il verbale di Pronto Soccorso, nonché con l'impianto probatorio acquisito durante le indagini preliminari.

Ravvisando indizi di reità in riferimento al reato di falsa testimonianza, il Giudice rimettente avrebbe dovuto trasmettere, ai sensi dell'art. 207,

comma 2, cod. proc. pen., gli atti al Pubblico Ministero.

Nella sede, tuttavia, il Tribunale di Firenze, in funzione di Giudice Monocratico, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 199, comma 1, cod. proc. pen. «*nella parte in cui, con riguardo alla facoltà dei prossimi congiunti dell'imputato di astenersi dal deporre, prevede un'eccezione per la persona offesa dal reato*», o, in subordine, nella parte in cui, con riguardo alla facoltà dei prossimi congiunti dell'imputato di astenersi dal deporre, prevede un'eccezione alla medesima facoltà di astensione anche nell'ipotesi in cui la deposizione del prossimo congiunto persona offesa dal reato non sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, in riferimento agli artt. 3, 27, secondo comma, 29 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

In particolare, il Giudice remittente si interrogava su due questioni: sull'utilizzabilità della deposizione della persona offesa; e, sulla necessità di disporre l'immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero affinché proceda a norma di legge nei confronti della persona offesa, e perciò sollevava le riferite questioni di legittimità costituzionale.

I quesiti proposti sarebbero rilevanti per due motivi.

*In primis*, perché dalla eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata deriverebbe la nullità della acquisita deposizione testimoniale per omissione dell'avvertimento relativo alla facoltà di astenersi.

*In secundis*, perché se le questioni dovessero essere accolte, non sarebbe nel caso in esame integrato il reato e non andrebbe perciò informato il pubblico ministero, in quanto la dichiarazione non veritiera risulterebbe resa da persona che aveva facoltà di astenersi dal testimoniare e non ne era stata avvertita.

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima ufficiale

Il Giudice rimettente ravvisava nell'eccezione prevista dall'art. 199, comma 1, secondo periodo, cod. proc. pen., un contrasto con gli artt. 3, 27, secondo comma, 29 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

La deroga alla facoltà di astensione della persona offesa veniva definita come irragionevole e non proporzionata per il suo carattere incondizionato e assoluto, non potendosi distinguere l'ipotesi in cui la deposizione del prossimo congiunto offeso dal reato sia essenziale per l'accertamento dei fatti da quella in cui la stessa sia ultronea.

Inoltre, l'obbligo di deporre ignorerebbe il dilemma interiore tra il rendere una testimonianza veritiera, rischiando così di compromettere il proprio rapporto con l'imputato, e il dichiarare il falso, con l'effetto che la vittima del reato – anziché essere salvaguardata – verrebbe costretta a sottoporsi all'esame ed esposta all'accusa di falsa testimonianza.

In questi termini, la *ratio* dell'art. 199 cod. proc. pen. è attuare gli artt. 29 Cost. e 8 CEDU, tutelando – tramite la facoltà di astensione dal deporre – il sentimento familiare.

In altri termini, il legislatore individua sulla base di tipici rapporti giuridici, che taluni soggetti siano portatori – secondo l'*id quod plerumque accidit* – di interessi privati ancorati al sentimento familiare, ritenendoli prevalenti su quello pubblico all'accertamento dei reati<sup>2</sup>.

Dunque, stando alle motivazioni del rimettente, tali esigenze di tutela risulterebbero violati per la irragionevole esclusione di tale facoltà in favore del prossimo congiunto che sia anche persona offesa dal reato.

In via primaria, il Tribunale di Firenze riteneva illegittima la norma nella parte in cui privava di rilievo il rapporto familiare, facendo riemergere l'obbligo di deporre, per il solo fatto che il congiunto sia offeso dal reato, in modo discordante con il principio di presunzione di innocenza dell'imputato, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost., operando la

disposizione censurata sulla base di una mera ipotesi accusatoria a carico dell'imputato.

In via gradata, si chiedeva la dichiarazione di illegittimità costituzionale, nella parte in cui privava della facoltà di astenersi dal deporre il prossimo congiunto, che sia persona offesa dal reato, anche nell'ipotesi in cui la sua deposizione non sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, e quindi tanto meno si giustificerebbe il sacrificio del diritto del testimone di salvaguardare il proprio rapporto familiare.

## 2. LA DECISIONE

Le questioni di legittimità costituzionale venivano indicate come non fondate.

In via preliminare, il Giudice delle Leggi descriveva il meccanismo normativo dell'art. 199 cod. proc. pen. Esso detta la disciplina dello *ius tacendi* riconosciuto dall'ordinamento ai prossimi congiunti dell'imputato, disponendo che gli stessi non sono obbligati a deporre e perciò il giudice, a pena di nullità, deve avvisarli della facoltà di astenersi e chiedere loro se intendono avvalersene.

Il fondamento della facoltà di astensione attribuita ai prossimi congiunti è duplice: da un lato, mira a preservare la genuinità della prova, evitando false testimonianze scremate ai sensi dell'art. 384 cod. pen.; dall'altro, tutela il vincolo e il sentimento familiare, allo scopo di evitare che colui il quale è chiamato a testimoniare si trovi nell'alternativa di mentire oppure di nuocere al congiunto.

Nel dettare le regole della possibilità di astensione dei familiari, il legislatore bilanciava due interessi contrapposti: quello pubblico, volto all'accertamento della verità materiale dei fatti, i quali implicano l'esigenza di non disperdere una fonte primaria di notizie, quale può rivelarsi il prossimo congiunto dell'imputato; e gli interessi privati implicati dal rispetto della sfera di affetto e di fiducia che connota le relazioni familiari.

Il comma 1, primo periodo, dell'art. 199 cod. proc. pen. dà, quindi, prevalenza a quest'ultima

<sup>2</sup> In modo sovrapponibile si pone il ragionamento alla base della causa di esclusione della colpevolezza espressa dall'art. 384 cod. pen. Secondo la giurisprudenza, la disposizione «trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore e nell'esigenza di tener conto, agli stessi

*fini, dei vincoli di solidarietà "familiare" in senso lato, essendo l'intenzione del legislatore quella di riconoscere prevalenti e quindi tutelare i motivi di ordine affettivo»*

esigenza, contemperandola con l'eccezione di cui al comma 1, secondo periodo.

Quest'ultima - secondo la Corte Costituzionale - non è irragionevole, risultando coerente sia con l'esigenza pubblicistica che con quella di tipo privato.

Nel primo senso, l'esclusione vuole preservare la genuinità della prova in riferimento alla persona che direttamente era titolare dell'interesse offeso dal reo familiare; nel secondo, vale a preservare la vittima da possibili intimidazioni, provenienti dallo stesso ambito familiare, che ne coartino in tal senso la volontà.

Tra l'altro, proprio per la circostanza rappresentata dalla denuncia resa da parte del congiunto, persona offesa dal reato, l'esigenza di protezione della vita familiare, che sorregge il privilegio dell'astensione, è già venuta meno, sicché è pure stato già risolto il conflitto interno tra obblighi di natura affettiva e obblighi di legge.

La disposizione, dunque, non appare lesiva della salvaguardia dell'unità familiare (art. 29 Cost.) e del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU).

Infatti, secondo la Corte EDU:

*«costringere una persona a deporre in un procedimento penale contro un congiunto costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della "vita familiare", sicché tale testimone va sollevato dal dilemma morale di dover scegliere tra il rendere una deposizione veritiera, rischiando in tal modo di compromettere il suo rapporto con l'imputato, o il rendere una testimonianza inattendibile o falsa, per proteggere quel rapporto. La facoltà di astenersi dal testimoniare costituisce, in ogni modo, una dispensa da un normale dovere civico ritenuto di pubblico interesse. Pertanto, qualora sia riconosciuta, essa può essere subordinata a condizioni e formalità, esigendo il bilanciamento di due interessi pubblici concorrenti, ovvero l'interesse pubblico al perseguimento di gravi reati e quello alla protezione della vita familiare dall'ingerenza dello Stato»<sup>3</sup>.*

Dunque, anche ripercorrendo la giurisprudenza sovranazionale, è giustificabile negare l'esercizio della facoltà di astenersi dal testimoniare alla persona offesa dal reato, la quale riveste il ruolo di interlocutore privilegiato, se non essenziale,

nell'accertamento dei fatti, e ciò anche a prescindere dalla condizione dell'assoluta necessità della sua deposizione, ai fini della decisione, rispetto a quanto altrimenti acquisito.

Priva di pregio è la considerazione riguardante la presunzione di non colpevolezza. Questa, infatti, pone esclusivamente una regola di trattamento dell'imputato nel corso del processo e una regola di giudizio che non vengono scalfite dalla negazione della facoltà di astensione in esame.

Infine, la Corte Costituzionale neppure dava seguito alla richiesta gradata, ossia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 199, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui priva della facoltà di astenersi dal deporre il prossimo congiunto, che sia persona offesa dal reato, anche nell'ipotesi in cui la sua deposizione non sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti.

La richiesta si traduceva in una pronuncia fortemente "manipolativa", chiedendo un intervento di spettanza del legislatore.

Infatti, dando seguito alla richiesta del Giudice rimettente, si sarebbe introdotto un vaglio preliminare ad opera del giudice sul contenuto della deposizione, i cui caratteri e modalità non trovano alcun fondamento legislativo nel sistema processualpenalistico attuale.

### 3. CONCLUSIONI

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate devono essere dichiarate non fondate.

<sup>3</sup> Corte EDU, grande camera, sentenza 3 aprile 2012, Van der Heijden contro Paesi Bassi e sezione quarta, sentenza 11 dicembre 2018, Kryževius contro Lituania

## LA PRECLUSIONE ALL'ACCESSO AL RITO ABBREVIATO COSTITUITA DALL'ART. 438, COMMA 1 BIS COD. PROC. PEN., È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO – CORTE COSTITUZIONALE (UD. 10 DICEMBRE 2024 - DEP. 17.01.2025) N. 2

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La Corte Costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 1-bis, del codice di procedura penale, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge 12 aprile 2019, n. 33 (inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 111 della Costituzione.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 130
2. **La decisione** ..... 131
3. **Conclusioni**..... 132

### 1. IL FATTO

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Assise di Cassino, con ordinanza del 12 aprile 2024, trae origine da un processo per omicidio aggravato dall'aver agito per motivi abietti e futili di cui agli artt. 575 e 577, primo comma, numero 4), del codice penale, quest'ultimo in relazione all'art. 61, numero 1), cod. pen., per il quale è prevista la pena dell'ergastolo, da parte di S.D.C.

L'imputato richiedeva di definire il processo con le forme del rito abbreviato, la quale veniva dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 438, comma 1 bis cod. proc. pen., essendo il delitto contestato punito con l'ergastolo.

L'ordinanza di rimessione veniva motivata per il tramite di tre, possibili, contrasti.

Il primo contrasto si innerverebbe in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., con riferimento al giudizio di

comparazione tra le fattispecie autonome di reato che prevedono la pena dell'ergastolo e i delitti che pervengono a tale estrema sanzione solo in virtù di contestate, riconosciute e valutate come plusvalenti circostanze che aggravano la fattispecie base per cui è prevista una (seppure elevata) pena detentiva a termine.

Il giudice rimettente riteneva questa equiparazione irragionevole, in quanto accomunare in una medesima norma processuale di sfavore «fatti-reato dissimili e smaccatamente di diversa gravità» dovrebbe ritenersi lesivo dei principi di uguaglianza, proporzionalità e finalismo rieducativo della pena.

L'ordinanza proseguiva sottolineando un ulteriore contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., alla luce della novella legislativa del 2022 che introduceva l'art. 442, comma 2-bis, cod. proc. pen., secondo cui la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto in caso di non impugnazione della sentenza di condanna emessa in un procedimento definito con rito abbreviato.

Per effetto di tale novella legislativa, si verrebbe a determinare un eccessivo e irragionevole ampliamento della forbice edittale di pena detentiva astrattamente comminabile, tale per cui la contestazione di una sola circostanza aggravante condurrebbe alla irrogazione della pena dell'ergastolo (con conseguente preclusione per l'accesso al giudizio abbreviato), laddove, per l'ipotesi-base, la pena detentiva minima ammonterebbe (anche in applicazione dell'art. 442, comma 2-bis, cod. proc. pen.) a sette anni, nove mesi e dieci giorni.

*«L'eccessivo iato tra queste due ipotesi renderebbe la preclusione contenuta nella disposizione censurata ancor più irragionevole rispetto al quadro emergente dal contesto normativo su cui sono intervenute le precedenti decisioni di questa Corte e si porrebbe anche in contrasto con la finalità rieducativa della pena, atteso che il reo non potrebbe «comprendere adeguatamente [...] il disvalore del proprio comportamento».*

In ultimo, sarebbero lesi anche gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima ufficiale.

In caso di giudizio immediato, infatti, la traslazione del processo direttamente in dibattimento, senza il filtro dell'udienza preliminare, determinerebbe un *vulnus* dei diritti della difesa, perché la contestazione dell'aggravante, formulata dal pubblico ministero e valutata dal giudice per le indagini preliminari, non sarebbe vagliata da un giudice terzo e imparziale a seguito di un'adeguata interlocuzione con la difesa.

Di conseguenza, l'imputato verrebbe privato della possibilità di accedere al giudizio abbreviato per effetto di un atto riconducibile unicamente al pubblico ministero.

## 2. LA DECISIONE

La Corte Costituzionale riteneva le questioni non fondate.

La prima obiezione, relativa all'equiparazione di delitti puniti con la pena base dell'ergastolo con quelli puniti con tale pena solo nella forma aggravata, veniva ritenuta non fondata.

Sul punto la Corte ribadiva un principio già espresso con l'ordinanza n. 163 del 1992:

«[...] l'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati punibili con la pena dell'ergastolo, non è in sé irragionevole, né l'esclusione di alcune categorie di reati, come attualmente quelli punibili con l'ergastolo, in ragione della maggiore gravità di essi, determina una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri reati, trattandosi di situazioni non omogenee».

Susseguentemente la Corte privava di pregio la critica relativa al trattamento deteriore che deriverebbe, per gli imputati di delitti cui consegue la pena detentiva perpetua in ragione della sussistenza di circostanze aggravanti, rispetto agli imputati di delitti puniti, nella loro ipotesi base, con l'ergastolo.

Il Giudice delle Leggi, infatti, rilevava che la censura, in casi del genere, doveva riguardare la previsione che dispone la pena perpetua, ossia – nel caso di specie – l'omicidio aggravato dai motivi abietti e futili. In altri termini, era proprio la norma incriminatrice a giustificare tale disparità di trattamento.

Partendo da tale premessa, la Corte Costituzionale evidenziava come la preclusione all'accesso al giudizio abbreviato costituiva: «null'altro che il riflesso processuale della previsione edittale della pena dell'ergastolo per quelle ipotesi criminose, previsione che non è oggetto di censura da parte del rimettente».

Pertanto, la preclusione contenuta nell'art. 438, comma 1-bis, cod. proc. pen. è costituzionalmente stabile essendo dotata di una solida ragionevolezza: la scelta legislativa di far dipendere l'accesso al giudizio abbreviato dalla sussistenza di una circostanza a effetto speciale

«esprime un giudizio di disvalore della fattispecie astratta marcatamente superiore a quello che connota la corrispondente fattispecie non aggravata; e ciò indipendentemente dalla sussistenza nel caso concreto di circostanze attenuanti, che ben potranno essere considerate dal giudice quando, in esito al giudizio, irrognerà la pena nel caso di condanna»<sup>2</sup>.

Parimenti infondata era la seconda questione, la quale richiamava l'irragionevolezza della preclusione dopo l'entrata in vigore dell'art. 442, comma 2-bis, cod. proc. pen., che attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di ridurre di un sesto la pena inflitta nel caso in cui la sentenza di condanna resa in esito allo svolgimento di un giudizio abbreviato non sia stata impugnata né dall'imputato né dal suo difensore.

L'ordinanza di remissione era viziata perché trascurava il principio di proporzionalità della pena. Questo è particolarmente evidente nel delitto di omicidio, siccome affascia condotte dal disvalore differente: dall'assassinio compiuto da un sicario o da un membro di un gruppo criminale contro un esponente di una cosca rivale, alla brutale uccisione della moglie o della compagna, sino a condotte maturate in contesti di prolungata e intensa sofferenza, causata da una lunga serie di soprusi e maltrattamenti posti in essere – colpevolmente o no – dalle stesse vittime.

Proprio per questi rilievi, unitamente alla considerazione per i caratteri del fatto di reato contestato all'imputato nel giudizio *a quo*, chiariscono la non fondatezza del secondo motivo di censura avanzato dalla Corte d'assise di Cassino.

<sup>2</sup> Corte Cost. 260/2020.

Infine, non fondata era l'ultima considerazione riferita agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Se da un lato è vero che *«la facoltà di chiedere i riti alternativi – quando è riconosciuta – costituisce una modalità, tra le più qualificanti ed incisive di esercizio del diritto di difesa»*<sup>3</sup>, dall'altro è anche vero che la negazione legislativa di tale facoltà non comprime in nessun modo quest'ultimo. Infatti l'accesso ai riti speciali è parte integrante della garanzia di cui all'art. 24 Cost., a condizione che il legislatore ne abbia previsto l'esperibilità.

In sintesi, dall'art. 24 Cost. non può desumersi un diritto assoluto e tiranno di qualunque imputato ad accedere a tutti i riti alternativi previsti dall'ordinamento processuale penale.

Inconsistente era altresì la prospettata richiesta motivata sulla circostanza per cui in caso di giudizio immediato – ove la traslazione del processo è direttamente in dibattimento, senza il filtro dell'udienza preliminare - la contestazione dell'aggravante non sarebbe vagliata da un giudice terzo e imparziale a seguito di un'adeguata interlocuzione con la difesa.

In realtà, l'ordinanza ignorava l'art. 438, comma 6-ter, cod. proc. pen., secondo cui il giudice è in ogni caso tenuto ad applicare la riduzione di pena prevista per il rito speciale in questione nel caso in cui, in esito all'accertamento del fatto, siano ritenute insussistenti le aggravanti contestate dal pubblico ministero che avrebbero determinato l'applicabilità della pena dell'ergastolo e, quindi, l'inammissibilità del giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 438, comma 1-bis, cod. proc. pen.-

Di conseguenza, la valutazione del pubblico ministero *«è poi oggetto di puntuale vaglio da parte dei giudici che intervengono nelle fasi successive del processo, ed è sempre suscettibile di correzione [...]»*<sup>4</sup>.

### **3. CONCLUSIONI**

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate devono essere dichiarate non fondate.

---

<sup>3</sup> Corte Cost. sentenze n. 273 del 2014, n. 333 del 2009 e n. 219 del 2004.

<sup>4</sup> Corte Cost. sentenza n. 260 del 2020.

## LA CONFISCA DI CUI ALL'ART. 2641 C.C. HA NATURA PUNITIVA ED È COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMA CONTRAVVENENDO AL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ – CORTE COSTITUZIONALE 4 FEBBRAIO 2025 N. 7

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2641, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato.*

*La Corte Costituzionale dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 2641, primo comma, cod. civ., limitatamente alle parole «e dei beni utilizzati per commetterlo».*

### SOMMARIO

- 1. Il fatto ..... 133**
- 2. La decisione ..... 134**
- 3. Conclusioni ..... 136**

#### 1. IL FATTO

La questione di legittimità costituzionale veniva sollevata dalla Quinta sezione penale della Corte di Cassazione con ordinanza del 27 febbraio 2024, lamentando la violazione da parte dell'art. 2641 c.c., «nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato», degli artt. 2, 27, commi 1 e 3, 42 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, della CDFUE.

Stando ai motivi di ricorso, l'art. 2641 c.c., prevedente una misura di tipo punitivo-sanzionatorio, potrebbe assumere carattere sproporzionato.

In particolare, violerebbe il divieto – previsto dagli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost. – di infliggere pene manifestamente sproporzionate per eccesso, non solo in rapporto alle sanzioni previste per altre figure di reato, ma anche alla gravità delle condotte affasciate dalla fattispecie astratta.

Più nello specifico, l'illegittimità della misura consterebbe nell'impossibilità di una graduazione della confisca in rapporto all'illecito e alla colpevolezza dell'autore.

Inoltre, la combinazione tra la sanzione principale (artt. 2637 e 2638 c.c.) e l'ulteriore misura prevista dall'art. 2641 c.c., determinerebbe una risposta sanzionatoria sproporzionata per eccesso.

Di conseguenza, ad essere violati sarebbero altresì gli artt. 3 e 27, comma 3, essendo che una pena avente l'effetto di annientare economicamente l'autore dell'illecito non sia idonea a perseguire la finalità rieducativa del reo.

Vi sarebbe, poi, il mancato rispetto degli artt. 3 e 42 Cost., nonché dell'art. 1 Prot. Addiz. CEDU e 17 CDFUE, trattandosi di una sanzione che incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito.

Infine, anche l'art. 49, par. 3, CDFUE, sarebbe violato imponendo, questo, il principio di proporzionalità della pena.

Nel caso di specie, «le esigenze di certezza del diritto penale e quelle correlate di predeterminazione, quantomeno dei criteri di riferimento ai quali il giudice deve attenersi per apprezzare l'esistenza o non (ed eventualmente in che misura) della sproporzione», indurrebbero a «escludere la possibilità di dare un'applicazione, prevedibile negli esiti, del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria, quando ciò possa condurre a non applicare una misura che il legislatore interno

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massime ufficiali.

prevede come obbligatoria, senza lasciare al giudice interno alcuno spazio di graduazione».

## 2. LA DECISIONE

La Corte Costituzionale dichiarava fondate le questioni in riferimento al principio di proporzionalità della pena di cui agli artt. 3, 27, terzo comma, nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., questi ultimi in relazione all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, restando assorbiti gli ulteriori parametri evocati dal giudice a quo.

Infatti, la confisca prevista dalla disposizione impugnata aveva natura di vera e propria sanzione punitiva di carattere patrimoniale e, in quanto tale, doverosa del rispetto dell'illustrato assunto costituzionale. In tal guisa, allora, doveva concludersi per il divieto di un'ablazione patrimoniale sproporzionata rispetto alla gravità soggettiva ed oggettiva del reato.

Come è noto, la Carta Costituzionale pacificamente ammette il principio di offensività, ma questo deve essere variamente declinato a seconda che le misure siano

«(...) orientate primariamente a punire l'interessato per un fatto da questi colpevolmente commesso, oppure a prevenire un pericolo (come nel caso delle misure di sicurezza e delle misure cautelari), o ancora a ripristinare semplicemente la situazione, fattuale e giuridica, preesistente al reato (come nel caso dell'ordine di demolizione di un immobile abusivamente costruito)».

Lo stesso ragionamento giuridico veniva trasposto alle diverse forme di confisca, in relazione alla «(...) specifica finalità e allo specifico oggetto di ciascuna di esse, nella consapevolezza – emersa già in pronunce assai risalenti di questa Corte (sentenze n. 46 del 1964 e n. 29 del 1961) – della estrema varietà di disciplina e funzioni delle confische previste nell'ordinamento italiano».

Nel caso di specie, si realizzava un'ablazione dei beni utilizzati per commettere l'illecito,

incidendo – quindi – su beni ottenuti e posseduto in modo legittimo dall'autore del fatto al momento del reato, sicché – a differenza della confisca del profitto, il quale ripristina il patrimonio del reo nella situazione quo ante – determinava un peggioramento della situazione patrimoniale.

In altri termini, l'art. 2641 c.c. doveva essere qualificato come una pena di carattere patrimoniale, realizzando una «ablazione di beni di regola legittimamente acquistati e posseduti dal reo, ma dei quali egli abbia fatto un uso illegittimo, in tal modo perdendo – proprio in conseguenza della sua decisione di commettere il reato – la tutela che l'ordinamento normalmente assicura al diritto di proprietà su quegli stessi beni; senza che sia invece necessario accertare nel caso concreto la possibilità di un loro uso illecito futuro, quale condizione per poter disporre l'ablazione».

Così concludendosi, non può che assoggettarsi al principio di proporzionalità la suddetta confisca, sicché sorgeva la necessità a che la pena (rectius la confisca) non costituisca una reazione sproporzionata rispetto al reato consumato. Tale giudizio non si pondera esclusivamente sulla gravità oggettiva e soggettiva del reato, ma anche sulle condizioni economiche e patrimoniali del soggetto colpito dalla pena<sup>2</sup>.

Un tale meccanismo poteva essere garantito soltanto attraverso una applicazione discrezionale dell'autorità preposta alla loro attuazione, così da evitare impieghi esorbitanti rispetto la capacità patrimoniale del colpevole.

Ebbene, il vulnus dell'art. 2641 c.c. veniva rappresentato proprio dalla sottrazione a tali principi. Essendo una previsione obbligatoria e vincolante, il giudice doveva applicare la misura a prescindere da qualsivoglia valutazione, anche qualora essa risultava palesemente sproporzionata. Infatti, la Corte rilevava che:

<sup>2</sup> La Corte Costituzionale, a pagina 14 della sentenza, richiama il precedente costituito dalla sentenza n. 28 del 2022 nei seguenti termini: «mentre la pena detentiva comprime la libertà personale, che è "bene primario posseduto da ogni essere vivente", la pena pecuniaria incide sul patrimonio, bene che "non inerisce naturalmente alla persona umana". Da ciò deriva che la pena pecuniaria strutturalmente

«comporta l'inconveniente di una disuguale afflittività e al limite, dell'impossibilità di applicarla, in funzione delle diverse condizioni economiche dei soggetti condannati». Dunque, mentre l'impatto di pene detentive di eguale durata può in linea di principio ipotizzarsi come omogeneo per ciascun condannato, così non è per le pene pecuniarie: una multa del medesimo importo può risultare più o meno afflittiva secondo le disponibilità reddituali e patrimoniali del singolo condannato».

«Il primo e il secondo comma di tale disposizione, infatti, obbligano il giudice a imporre al soggetto un sacrificio patrimoniale, la cui entità dipende esclusivamente dal valore dei beni che, in concreto, sono stati utilizzati per commettere il reato. Ciò senza alcuna relazione con l'effettivo vantaggio patrimoniale conseguito mediante la commissione del reato; e senza alcun correttivo che consenta al giudice di valutare, in ciascun caso concreto, se il soggetto disponga effettivamente delle risorse per far fronte all'ablazione patrimoniale impostagli, né quale impatto tale ablazione possa avere sulla sua esistenza futura».

Le conclusioni sinora svolte si sovrappongono con quanto espresso in ambito sovranazionale.

Innanzitutto, già l'art. 4, par. 1, dir. 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione, prevedeva la predisposizione da parte degli Stati membri di misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni strumentali al reato o, comunque, di valore corrispondente. Ma, comunque, l'obbligo ricadeva in capo al legislatore, nel senso di una predisposizione da parte di quest'ultimo del prescritto meccanismo normativo, non già sulla esecuzione della stessa da parte del Giudice.

Inoltre, a sostegno veniva citato altresì il considerando n. 17 della suddetta direttiva, il quale chiariva che: «se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati».

Le indicazioni venivano confermate dalla direttiva n. 1260/2024, sostitutiva della precedente 2014/42/UE. In particolare, il considerando n. 27 era rigoroso nel predisporre, in materia di confisca per equivalente, il rispetto del principio distillato dall'art. 49 CDFUE<sup>3</sup>.

Dalle considerazioni svolte, ne derivava che la disciplina al vaglio della Corte Costituzionale fosse incompatibile con tutti i parametri evocati, sia nella sua dimensione interna che in quella sovranazionale, contrastando con gli artt. 3 e 27, comma 3,

Cost.; artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 49, par. 3, CDFUE.

Il vizio riscontrato risiedeva nel carattere obbligatorio della confisca prevista da tale disposizione, che vincolava il giudice ad applicare la misura ablativa anche quando, come nel caso concreto, il suo impatto risultava sproporzionato rispetto alla gravità del reato e alle condizioni economiche e patrimoniali dell'interessato.

Il Giudice delle Leggi, poi, formulava un invito al legislatore rispetto alla possibilità di mutare la natura della confisca da obbligatoria a facoltativa.

Sebbene la Corte Costituzionale possa – in astratto – intervenire con sentenza manipolative; nel caso concreto, tale intervento gli era precluso in virtù del principio della separazione dei poteri, essendo tale prospettazione una facoltà esclusiva del potere legislativo: «[ ]'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di "insostenibili vuoti di tutela" per gli interessi protetti dalla norma incisa».

Nel caso di specie, l'ablazione della parte di disposizione riferito alla confisca per equivalente dei beni strumentali non avrebbe creato alcun vuoto di tutela degli interessi protetti dalle norme penali, di conseguenza, resta ferma la confisca obbligatoria del profitto, diretta o per equivalente.

Alla luce delle ragioni sin qui esposte, l'art. 2641, comma 2, c.c. veniva dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli strumentali alla commissione del reato.

Ai sensi dell'art. 27, L. 87 del 1952, la valutazione veniva estesa anche all'art. 2641, comma 1, c.c., limitatamente alle parole: «e dei beni utilizzati per commetterlo».

<sup>3</sup> Invero, secondo la Corte Costituzionale, il riferimento sarebbe ultroneo essendo che il principio di proporzionalità è contenuto nell'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, che ha portata

generale e vincolante nell'intero ambito di attuazione del diritto dell'Unione, e come tale si applica a qualsiasi forma di confisca disciplinata dagli strumenti unionali.

Resta, infine, inalterata la facoltà del giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di disporre la confisca diretta ai sensi dell'art. 240 c.p.

### **3. CONCLUSIONI**

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate devono essere dichiarate fondate.

Pertanto, la Corte Costituzionale:

1) dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2641, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato;

2) dichiarava, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 2641, primo comma, cod. civ., limitatamente alle parole «*e dei beni utilizzati per commetterlo*».



## CONTINUAZIONE DI REATI - FINE E PARTECIPAZIONE ALL'ASSOCIAZIONE MAFIOSA - CASS. PEN., SEZ. I UD. 04 DICEMBRE 2024, N. 45783

A cura di **Valentina CALABRESE\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La circostanza che un reato sia ritenuto aggravato ai sensi dell'art. 416-bis 1 c.p., non lo rende solo per questo, legato ad un unico disegno criminoso alla partecipazione all'associazione, perché il medesimo disegno criminoso deve sussistere nel momento di ingresso nell'associazione, o comunque di commissione del primo reato in ordine temporale, laddove la finalità di agevolazione mafiosa può insorgere anche nel momento di commissione del reato - fine.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 137
2. **La decisione** ..... 137
3. **Conclusioni** ..... 138

### 1. IL FATTO

Con ordinanza del 18 settembre 2024 la Corte di Appello di Napoli ha accolto l'istanza, presentata dal ricorrente, di applicazione della disciplina di continuazione tra i reati oggetto delle sentenze di condanna emesse nei suoi confronti dalla Corte di Assise d'Appello di Napoli nel 2018, per i reati di associazione di stampo mafioso, omicidio tentato, omicidio consumato, traffico di stupefacenti, detenzioni di porto d'armi, estorsione commessi tra gli anni 2000 e 2008 e dalla Corte di appello di Napoli del novembre 2021 per i reati di detenzione e porto d'arma commessi il 03 maggio 2008.

In particolare, nella parte in cui è stata accolta l'istanza, il giudice dell'esecuzione ha rilevato la sussistenza del "medesimo disegno criminoso" tra i reati – fine e il programma dell'associazione criminosa, ove sorretti da una volizione unitaria con l'adesione all'organizzazione criminale.

Di contro, nella parte in cui ha respinto l'istanza, la Corte ha ritenuto non vi fossero elementi che potessero deporre per la programmazione unitaria del reato di omicidio in quanto si trattava di un fatto specifico, avvenuto come reazione ad un altro omicidio precedente, eseguito senza il permesso del vertice dell'organizzazione criminale e, con riferimento ad altri reati associativi, perché commessi nel contesto della partecipazione da parte del condannato ad una diversa associazione criminosa.

Avverso il predetto provvedimento ha proposto ricorso il condannato, per illogicità e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui ha riconosciuto la continuazione tra i reati che sono stati commessi a otto anni di distanza dall'ingresso nell'associazione criminosa, mentre non è stato riconosciuto con riferimento all'omicidio consumato pochi mesi dopo l'ingresso del ricorrente nell'associazione criminosa e per il quale era stato riconosciuta l'aggravante dell'agevolazione mafiosa.

Veniva contestato altresì il mancato riconoscimento di una continuità tra le diverse associazioni mafiose con la partecipazione alle quali era intervenuta condanna, dato che un'associazione è nata dalle ceneri dell'altra, e senza considerare la continuità di contesto tra i due sodalizi mafiosi, atteso che il traffico di stupefacenti era tipico ad entrambe le associazioni, così come gli scopi delle medesime.

La difesa eccepiva, come ultimo motivo, la violazione di legge e il vizio di motivazione con riferimento alla quantificazione della pena, essendo stata ritenuta inflitta per tutti i reati giudicati, mentre avrebbe dovuto essere scorporata ed individuata come pena base soltanto quella inflitta per il reato più grave. Non veniva, inoltre, qualificato correttamente l'aumento per il reato satellite.

### 2. LA DECISIONE

\* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

I giudici di legittimità ritengono il ricorso infondato.

Preliminarmente, la Corte precisa i presupposti applicativi dell'istituto della continuazione, confermando l'orientamento già consolidato. Sul punto, infatti, la giurisprudenza di legittimità è costante nel ricondurre la nozione di “medesimo disegno criminoso”, di cui all'articolo. 81, co. 2, c.p., ad una rappresentazione sommaria o a linee essenziali, della commissione di una pluralità di fatti-reato che va distinta da una generica ed astratta deliberazione criminosa, priva di riferimento a specifici dati fattuali (in tal senso, Sez. Un., n. 28659 del 18 maggio 2017; Cass. Pen., Sez. I, n. 12905 del 17 marzo 2010).

La vicinanza temporale, infatti, è uno degli indici da cui si deve desumere l'esistenza di un unico disegno criminoso che, però, è recessivo di fronte alla ritenuta ed argomentata estemporaneità del reato commesso per secondo; la medesima estemporaneità idonea ad escludere la continuazione pur in presenza di indici astratti (il contesto di tempo e luogo, le modalità esecutive, la comunanza di correi, il bene giuridico) della esistenza di una volizione unitaria.

Continua la Corte, la circostanza che un reato sia ritenuto aggravato ai sensi dell'art. 416-bis c.p., non lo rende, per ciò solo legato ad un unico disegno criminoso alla partecipazione all'associazione, perché il medesimo disegno criminoso deve sussistere nel momento di ingresso nell'associazione o, comunque di commissione del primo reato in ordine temporale, laddove la finalità di agevolazione mafiosa può insorgere anche nel momento di commissione del reato- fine.

Diversamente opinando, dovrebbe ritenersi che un reato-fine commesso nell'ambito di una associazione a delinquere debba essere sempre necessariamente sorretto da volizione unitaria con il reato di partecipazione alla stessa associazione, tesi che è stata più volte respinta dalla giurisprudenza di legittimità.

È ipotizzabile la continuazione tra il reato di partecipazione ad associazione mafiosa e i reati-fine a condizione che il giudice verifichi puntualmente che questi ultimi siano stati programmati al momento in cui il partecipe si è determinato a fare

ingresso nel sodalizio. (Cass. Pen., Sez. I, n. 23818 del 22 giugno 2020, Cass. Pen., Sez. I, n. 40318 del 4 luglio 2013).

Quanto al rilievo del ricorrente circa la continuità tra le due associazioni mafiose per le quali era stato condannato, la Cassazione conferma l'inesistenza di una volizione unitaria. La nascita di un'associazione criminale dalle ceneri di un'altra presuppone che la prima in ordine di tempo, si dissolva e detto accadimento non può essere previsto e voluto in occasione dell'adesione alla stessa.

La giurisprudenza di legittimità precisa che per individuare la volizione unitaria “non è sufficiente il riferimento alla tipologia del reato ed all'omogeneità delle condotte ma occorre una specifica indagine sulla natura dei vari sodalizi, sulla loro concreta operatività e sulla loro continuità nel tempo, al fine di accertare l'unicità del momento deliberativo e la sua successiva attuazione attraverso la progressiva appartenenza del soggetto ad una pluralità di organizzazioni, comunque denominate, ovvero ad una medesima organizzazione” (Cass. Pen., Sez. V, n. 20900 del 26 aprile 2021).

Pertanto, la deduzione contenuta in ricorso secondo cui gli scopi e il contesto spazio-temporale della seconda associazione siano gli stessi della prima, viene valutata inconferente perché si spende nell'evidenziare modalità di condotta sempre uguali e insufficienti a evidenziare l'unicità del momento deliberativo.

Analoga valutazione di infondatezza investe anche il terzo motivo, dovendosi ritenere correttamente qualificato l'aumento per la continuazione che non può considerarsi sproporzionato, visto che l'aumento di pena derivante dal riconoscimento della continuazione deve essere determinato in concreto in relazione al singolo fatto storico, e non al titolo di reato, e dipende dal valore ponderale che il giudice attribuisce a ciascun reato satellite posto in continuazione (cfr. Sez. Un., n. 47127 del 24 giugno 2021).

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte reputa il ricorso infondato e, ai sensi dell'art. 616, co. 1, c.p.p., alla decisione consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.



## LANCIO DI OGGETTI DAL CAVALCAVIA ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO - CASS. PEN. SEZ. I, 14 GENNAIO 2025, N. 1710

A cura della Dott.ssa **Valentina CALABRESE\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Si configura un tentato omicidio e non violenza privata nel caso di lancio di una bottiglia, anche se di piccole dimensioni, da un cavalcavia, in quanto l'impatto provocato avrebbe potuto produrre come conseguenza anche l'evento morte, sia nel caso in cui l'oggetto avesse colpito il conducente e/o eventuali passeggeri, sia nel caso in cui, per effetto sorpresa derivante dall'urto, ciò avesse provocato la perdita di controllo del veicolo con rischio concreto di conseguente incidente stradale, coinvolgimento di altri veicoli ed effetti letali per i soggetti a bordo dei messi coinvolti.*

### SOMMARIO

- 1. Il fatto** .Errore. Il segnalibro non è definito.
- 2. La decisione**Errore. Il segnalibro non è definito.
- 3. Conclusioni**Errore. Il segnalibro non è definito.

### 1. IL FATTO

Con la sentenza in esame la Corte di appello Sezioni Minorenni di Bari, in riforma di quella emessa in data 3 giugno 2021 dal Tribunale per i minorenni della stessa città, ha dichiarato il M.F. responsabile del tentato omicidio della persona contro la cui autovettura scagliava una bottiglia in vetro da un cavalcavia situato sulla strada statale e l'ha condannato a pena di giustizia.

La sentenza che di seguito verrà trattata, la prima Sez. Pen. Ha dato continuità alla più recente giurisprudenza di legittimità.

Secondo la conforme ricostruzione svolta dai Giudici di merito, il 20 agosto 2017 la persona offesa chiedeva l'intervento delle forze dell'ordine presso il cavalcavia situato al km 727 della statale e

riferiva che, trovandosi alla guida della sua autovettura mentre stava percorrendo la corsia di sorpasso, aveva notato la presenza su detto cavalcavia di un ragazzo che, pochi istanti dopo, aveva lanciato una bottiglia contro la sua auto, proprio mentre egli stava avvicinando al cavalcavia in questione.

Il Giudice di primo grado aveva ritenuto che la condotta fosse sussumibile nell'alveo del reato di violenza privata, richiamando un arresto della giurisprudenza di legittimità secondo cui "*Integra il delitto di violenza privata, ex art. 610 c.p., il lancio sulla sede stradale di sassi di notevoli dimensioni, perché costringe gli automobilisti in transito a brusche frenate o a sterzate improvvise*" (Sez. 5, Sentenza n. 20749 del 13/04/2010, A., Rv. 247592). Per tale via aveva escluso l'elemento psicologico del dolo diretto di omicidio "*in considerazione del fatto che il conducente era riuscito a evitare con una semplice sterzata l'impatto con la bottiglia lanciata contro la sua auto e che la condotta posta in essere dal reo, anche apprezzata ex ante, non appariva di particolare gravità (si è trattato del lancio di una bottiglia di birra piccola e vuota)*".

Riteneva, infine, non pertinenti gli arresti della giurisprudenza di legittimità inerenti al lancio di oggetti da un cavalcavia, riguardanti la diversa ipotesi di lancio di oggetti di notevoli dimensioni, mentre nel caso oggetto di attenzione era evidente che l'intento dell'autore del lancio fosse solo quello di provocare brusche frenate o sterzate improvvise dell'automobilista, ciò che integrava il delitto di violenza privata. Ecco perché si escludeva così l'elemento psicologico del dolo diretto di omicidio.

Su appello del Pubblico ministero, il Giudice di secondo grado, quanto all'elemento psicologico ha avvertito il percorso argomentativo del primo Giudice che ha ritenuto non persuasivo, giungendo ad una diversa qualificazione giuridica della condotta come tentativo di omicidio, ravvisando la configurabilità in capo all'imputato dell'elemento psicologico *quam minime* del dolo alternativo, pienamente compatibile con l'ipotesi tentata.

\* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "*De Iustitia*".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

L'imputato, per mezzo del proprio difensore di fiducia, propone ricorso per cassazione, affidandolo a un unico motivo.

Il ricorrente lamenta l'erroneità della motivazione del giudice d'appello che ha ritenuto la condotta sorretta da dolo diretto, elemento compatibile con il delitto di tentato omicidio.

Dopo aver ricordato che il Giudice di primo grado aveva ritenuto la condotta sussumibile nell'alveo del reato di violenza privata, coerentemente con un caso analogo deciso dalla Suprema Corte (Rv. 247592), ha censurato il diverso approdo cui era pervenuta la Corte territoriale, non essendovi prova che l'imputato avesse agito con l'intento di uccidere la persona offesa, che neppure conosceva, la quale riuscì a evitare l'impatto con la bottiglia con una semplice sterzata dell'autovettura, e che, infine, aveva essa stessa dichiarato, in sede di udienza, che riteneva il lancio della bottiglia avvenuto "per giuoco".

Sostiene, inoltre, il ricorrente che la condotta attuata, non apparendo di particolare gravità (poiché si è trattato del lancio di una bottiglia di piccole dimensioni e vuota), imporrebbe di escludere il dolo diretto, anche sotto forma del dolo alternativo, necessario ai fini della configurabilità della fattispecie che non può essere paragonata a quella del lancio di sassi dal cavalcavia, siccome oggetti di notevoli dimensioni e peso che lasciano invece certamente ritenere sussistente detto coefficiente psicologico.

L'animus superficiale del soggetto agente avrebbe dovuto indurre il giudice di secondo grado a confermare la qualificazione giuridica come delitto di cui all'art. 610 c.p.

Il Sostituto Procuratore Generale, intervenuto con requisitoria scritta in data 27 agosto 2024, ha prospettato la declaratoria d'inammissibilità del ricorso.

## **2. LA DECISIONE**

I giudici di legittimità ritengono il ricorso infondato.

Preliminarmente, la Corte precisa che la questione controversa è quella della qualificazione giuridica della condotta posta in essere dall'imputato.

Non è superfluo evidenziare che la Corte di Assise di Appello, nel pervenire ad una diversa qualificazione giuridica di tentato omicidio, non ha diversamente valutato le prove dichiarative ma si sia attenuta alla ricostruzione della vicenda compiuta dal Tribunale e ha riformato la sentenza di primo grado perché, valutando il medesimo compendio probatorio, ne ha tratto conseguenze divergenti esclusivamente in punto a diritto.

Si è dunque conformata all'orientamento prevalente per il quale "il giudice di appello che procede alla *reformatio in peius* della sentenza assolutoria di primo grado, ai sensi dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p., non è tenuto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, nel caso in cui si limiti ad una diversa valutazione in termini giuridici di circostanza di fatto non controverse, senza porre in discussione le promesse fattuali della decisione riformata".

Osserva, il Collegio come il Giudice di appello sia pervenuto alla riforma della decisione assolutoria assolvendo pienamente all'obbligo di motivazione ed "rafforzata".

È fermo nella giurisprudenza di questa Corte il principio secondo cui, in tema di giudizio di appello, la motivazione rafforzata, richiesta nel caso di riforma della sentenza assolutoria o di condanna di primo grado, consiste nella compiuta indicazione delle ragioni per cui una determinata prova assume una valenza dimostrativa completamente diversa rispetto a quella ritenuta dal giudice di primo grado, nonché in un apparato giustificativo che dia conto degli specifici passaggi logici relativi alla disamina degli istituti di diritto sostanziale o processuale, in modo da conferire alla decisione una forza persuasiva superiore. La Corte ha precisato che l'obbligo di motivazione rafforzata prescinde dalla rinnovazione dell'istruttoria, prevista dall'art. 603, co. 3-bis, c.p.p., in quanto trova fondamento nella mera necessità di dare una spiegazione diversa rispetto a quella cui era pervenuta la sentenza di primo grado compiendo il doveroso e puntuale confronto con la motivazione della decisione di assoluzione e dando contezza esplicita degli evidenti vizi logici che hanno minato la permanente sostenibilità del primo giudizio (si veda, Sez. 6, Sentenza n. 51898 del 11/07/2019, P., Rv.



278056 - 01; Sez. 5, n. 54300 del 14/09/2017, B., Rv. 272082 - 01; Sez. 3, n. 6817 del 27/11/2014, dep. 2015, S., Rv. 262524 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 12273 del 05/12/2013, dep. 2014, C., Rv. 262261).

Nel caso sottoposto all'attenzione, il Giudice di appello, dopo aver compiuto un confronto puntuale con la motivazione della decisione di assoluzione, ha argomentato in merito alla configurabilità della diversa qualificazione giuridica come l'unica ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici e di inadeguatezze logiche, opportunamente evidenziati.

In appunto, a ragione della configurabilità del tentato omicidio ha valorizzato: a) l'incontestata circostanza secondo cui l'intento del giovane sarebbe stato quello di "provocare brusche frenate o sterzata improvvisa dell'automobilista"; b) il luogo teatro dei fatti, una strada statale notoriamente trafficata e frequentata da veicoli; c) l'andatura dell'auto condotta dalla persona offesa che, sebbene non espressa con precisione in km/h, era certamente sostenuta, sebbene auspicabilmente conforme ai limiti previsti per una strada statale (80-90 km/h).

Ha, pertanto, osservato che, in questo contesto, anche una semplice e improvvisa frenata ovvero una brusca sterzata costituivano grandissimo pericolo per l'incolumità del viaggiatore, a prescindere dalle dimensioni, dalla consistenza e/o dalla capacità distruttiva del corpo contundente utilizzato per il lancio dal cavalcavia, poiché il rischio di incidente poteva trovare origine nell'improvvisa manovra di emergenza, attivata dal conducente al fine di evitare l'impatto con il corpo contundente stesso.

Ha ritenuto che proprio tale situazione si fosse concretizzata nel caso in oggetto, come era emerso dalla deposizione della parte offesa che, su specifica domanda, aveva puntualizzato che, per evitare la bottiglia lanciata dall'imputato, fu costretto a cambiare repentinamente corsia, rientrando da quella di sorpasso in quella di marcia, senza neppure guardare nello specchietto retrovisore per controllare se sorraggiungessero altri veicoli dietro.

Per altro verso, il Giudice di secondo grado ha ritenuto prive di sostegno argomentativo le considerazioni formulate nella sentenza di primo grado

sull'inidoneità qualità della bottiglia oggetto di lancio (definita "piccola e vuota"), a provocare danni significativi, trattandosi di un oggetto in vetro, rigido e tagliente, idoneo a scalfire, così da non potersi neppure escludere a priori la possibilità di rottura del parabrezza e intrusione dell'oggetto contundente all'interno dell'abitacolo dell'autovettura.

Ha, dunque, concluso che, in considerazione dell'oggetto, lanciato "a candela" dall'altezza da cui il lancio è avvenuto, della velocità certamente non modesta con la quale transitava il veicolo preso di mira, della strada ad elevato traffico veicolare, fosse evidente come l'impatto del corpo contundente lanciato avrebbe potuto produrre come conseguenza anche l'evento morte, sia nel caso in cui penetrando il parabrezza in auto in transito la bottiglia avesse colpito il conducente o qualcuno dei passeggeri, sia nel caso in cui mediante l'effetto sorpresa, nel momento dell'urto sul parabrezza o all'impatto della stessa sul conducente, avessero provocato lo sbandamento ovvero l'uscita di strada dell'autovettura con concreto rischio di conseguente incidente stradale, con la possibilità di coinvolgere altri veicoli ed effetti letali per le persone a bordo dei mezzi coinvolti.

La motivazione fino a questo punto si pone nell'alveo della più recente giurisprudenza di legittimità, che si condivide e riafferma, superando la più risalente tesi della configurabilità del delitto di violenza privata (Sez. 5, n. 20749 del 13/04/2010, A., Rv. 247592 - 01) e che pertanto ritiene configurabile il dolo omicidiario nelle variegate ipotesi di lancio di oggetti dal cavalcavia.

Già con la precedente pronuncia della Sez. I, n. 19897 del 25/03/2003, L., Rv. 224798 - 01 si è affermato che *"costituisce tentativo di omicidio plurimo il lancio "a pioggia", dall'alto di un cavalcavia sulla sottostante sede autostradale, in ora notturna, di sassi, pietre, cocci e simili, in quanto tale azione, seppure non diretta a colpire singoli autoveicoli, è idonea (...) a creare il concreto pericolo di incidenti stradali, anche mortali, al cui verificarsi, quindi, sotto il profilo soggettivo, deve ritenersi diretta la volontà dell'agente"*. Nell'occasione, occupandosi del caso specifico dell'imputato che aveva scagliato, con un unico gesto, un quantitativo di oggetti, la Corte ha avuto modo di chiarire, quanto all'idoneità degli atti, che vi era pericolo in concreto ravvisabile, con



grado di probabilità certamente non trascurabile, pur in presenza di un lancio non mirato, ma "a pioggia", nel momento in cui sopraggiungevano nella carreggiata interessata alcune autovetture. Con riferimento all'elemento psicologico, ha evidenziato che, *"anche volendo considerare non calcolato né prevedibile il transito di alcuni veicoli pressoché in coincidenza con il lancio, il fatto stesso di cagionare la dispersione sulla carreggiata di una molteplicità oggetti non agevolmente avvistabili e capaci di provocare danni ai pneumatici o comunque turbative alla marcia normale delle autovetture su strada destinata a grande traffico ad alta velocità era indubbiamente e univocamente indicativo dell'intento di provocare incidenti con conseguenze potenzialmente letali"*.

Anche come nel caso in cui si è ritenuto di individuare il dolo diretto nella condotta dell'agente che, sforzandosi di superare un'alta rete metallica protettiva, aveva lanciato un sasso di rilevante massa in corrispondenza della corsia di scorrimento delle macchine su un'autostrada, notoriamente molto trafficata in determinate ore del giorno, da un punto di un cavalcavia da cui non sia possibile vedere le auto che transitano in basso (Sez. I, n. 5436 del 25/01/2005, M., Rv. 230813 - 01). Nel caso di specie la Corte, riprendendo i principi espressi nella sentenza n. 19897/2002, c.d. sentenza "Lezzi", quanto alla configurabilità dell'elemento psicologico, ha puntualizzato che integra il dolo diretto il lancio di sassi anche quando tale azione non è diretta a colpire gli autoveicoli, ma è idonea, semplicemente anche per la non facile avvistabilità degli oggetti che cadono o già caduti mentre i conducenti sono impegnati nella guida e transitano a velocità elevata, a creare il concreto pericolo di incidenti stradali anche mortali, al cui verificarsi deve intendersi diretta la volontà dell'agente. Si è, poi, dato valore al dato della non completa visuale nel senso che l'agente non poteva escludere, al momento del lancio, che stessero transitando auto, ciò che ha ritenuto dimostrativo dell'indifferenza verso la vita delle persone che era prevedibile che transitassero su quel tratto di strada.

Nella Cass. Pen. Sez. I, n. 29611 del 30/03/2022, si è, infine, affermato che *"In tema di tentato omicidio, è configurabile il dolo diretto nella condotta dell'agente che, dopo aver superato la rete metallica posta a*

*protezione di un cavalcavia autostradale, lanci in immediata successione due sassi di rilevante massa sulla carreggiata al momento del passaggio di un'autovettura, ben visibile dall'alto"*.

Sulla scorta delle sopra menzionate premesse ermeneutiche, non è illogica la motivazione del Giudice di appello che ha ritenuto che il giovane autore del lancio avesse realizzato un vero e proprio "tiro al bersaglio" sull'auto in transito lungo la strada sottostante al cavalcavia dove si era strategicamente appostato, poiché egli attese l'arrivo del veicolo in prossimità del cavalcavia per far cadere il corpo contundente.

Circostanza, questa, che ha ritenuto confermativa del fatto che, lungi dal mero divertimento di lanciare a caso oggetti sulla strada sottostante, l'intento criminoso dell'imputato fosse proprio quello di colpire il veicolo, possibilmente nel suo punto più vulnerabile (parabrezza), così da provocare il massimo danno possibile, nelle varie modalità di manifestazione.

A fronte di tale motivazione, il ricorso si limita a riproporre l'opzione interpretativa del primo Giudice, che riproduce graficamente nell'atto, senza introdurre elementi a reale confutazione.

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte reputa il ricorso infondato e lo respinge.

A detta pronuncia non consegue la condanna al pagamento delle spese processuali, trattandosi di imputato minorenni.

La previsione di cui all'art. 29 del D.L.G. 28.07.1989 n. 272 che, derogando al generale principio della soccombenza del condannato in tema di pagamento delle spese del processo e di custodia cautelare, stabilisce che la sentenza di condanna nei confronti di persona minore di età comporta detto obbligo, si inserisce, infatti, nel quadro della disciplina del processo minorile, strutturalmente finalizzato alla ripresa o al recupero del percorso educativo del minore.

**PECULATO E LA NOZIONE DI “ALTRUITÀ” - CASS. PEN. SEZ. VI, 23 MARZO 2025, N. 10068**A cura di **Valentina CALABRESE\*****MASSIMA<sup>1</sup>**

*Integra la condotta del delitto di peculato di cui all’art. 314 c.p. anche la condotta del pubblico agente che si appropri di un bene di un soggetto privato, non esclusivamente della PA. Il concetto di “altruità” non richiede, infatti, l’effettiva proprietà della cosa da parte di terzi, ma deve essere intesa in senso ampio, in quanto è sufficiente che costoro vantino anche solo un diritto reale diverso dalla proprietà o di un diritto personale di godimento. Il carattere di altruità del danaro, invece, sussiste ove una disposizione di legge o contrattuale ne attribuisca sin dall’origine la proprietà alla PA, fondando un vincolo di destinazione a fini di interesse pubblico.*

**SOMMARIO**

- 1. Il fatto ..... 143**
- 2. La decisione ..... 144**
- 3. Conclusioni ..... 144**

**1. IL FATTO**

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla sentenza della Corte di Appello, la quale aveva confermato la condanna di primo grado dell’imputato per il reato di peculato, per aver, in qualità di legale rappresentante della società concessionaria del servizio di riscossione del canone di gestione dei loculi cimiteriali, indebitamente trattenuto le somme che avrebbero dovuto versare alle casse comunali, la somma di Euro 66.570,00.

Il Tribunale di Ancona, con sentenza emessa in data 22 settembre 2022, dichiarava l’imputato responsabile del reato a lui ascritto e, riconosciute le circostanze attenuanti generiche, lo ha condannato alla pena di anni due e undici mesi di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali.

Con la pronuncia impugnata la Corte di Appello di Ancona ha confermato la sentenza di primo grado, condannando l’imputato appellante al pagamento delle spese processuali.

In sede di ricorso per Cassazione, il difensore dell’imputato deduceva, con un primo motivo, la falsa applicazione dell’art. 314 c.p. e degli artt. 1321 e 1372 c.c., in quanto i giudici di merito avevano errato nel ritenere che le somme oggetto di appropriazione spettassero originariamente al Comune per la demanialità dei beni cimiteriali.

Secondo la difesa, tale interpretazione non avrebbe tenuto conto della convenzione stipulata tra l’imputato e il Comune, la quale prevedeva una concessione traslativa per l’ampliamento del colombario del cimitero e che il corrispettivo per la concessione fosse costituito dai proventi della gestione loculi, al netto di un canone da versare al Comune.

Pertanto, nel caso di specie, secondo la difesa, il mancato versamento di tali somme configurava un mero inadempimento contrattuale in quanto alcun mandato all’incasso di denaro pubblico era stato conferito da parte del Comune e il canone versato dai privati costituiva il corrispettivo per la costruzione del colombario, anticipato dalla società concessionaria.

Il mancato versamento di tali somme, dunque, non integrerebbe il delitto di peculato, ma solo un mero inadempimento contrattuale, peraltro sfociato in un contenzioso civile.

Con un secondo motivo, la difesa aveva eccepito la violazione degli artt. 42, 43 e 47 c.p.

La Corte di Appello riteneva sussistente il dolo dell’imputato, in quanto l’erronea convinzione della spettanza del corrispettivo, integrerebbe pur sempre un errore in diritto e non già un errore di fatto. Ad avviso della difesa, l’errore scaturito dall’interpretazione delle clausole della convenzione, sarebbe un errore che cade sul fatto, il c.d. “fatto contrattuale”, e non già di errore di diritto.

\* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l’Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

La questione sottoposta all'esame della Suprema Corte riguarda la corretta interpretazione della nozione di "altruità", ai fini della configurabilità del peculato.

## **2. LA DECISIONE**

I giudici di legittimità ritengono che il ricorso debba essere rigettato.

Preliminarmente, con il primo motivo, il difensore censurava la falsa applicazione dell'art. 314 c.p. e degli artt. 1321 e 1372 c.c., in quanto le somme oggetto di appropriazione non sarebbero state del Comune e, dunque, saremmo di fronte alla presenza di un mero inadempimento, sanzionabile secondo codice civile.

La Corte precisa che l'art. 314 c.p. punisce l'appropriazione di denaro o cosa mobile "altrui" da parte del pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio che ne abbia il possesso o la disponibilità in ragione del proprio ufficio o servizio.

La riforma introdotta dalla Legge del 1990 ha eliminato l'esigenza che il bene o il denaro oggetto di appropriazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio appartenga alla pubblica amministrazione, estendendo il reato anche a chi si appropria di beni appartenenti a privati.

La nozione di "altruità" non implica necessariamente la proprietà del bene da parte dei terzi, ma è sufficiente che il terzo vanti un diritto reale diverso dalla proprietà o un diritto personale di godimento.

Qualora il bene mobile o il danaro sia pervenuto nella disponibilità dell'agente in conseguenza di un'attività privatistica svolta dall'ente di appartenenza, l'assenza di un collegamento con una pubblica funzione o servizio preclude l'istaurazione di un possesso qualificato dalla ragione funzionale e, dunque, impedisce la configurabilità del reato.

Non integra, dunque, il reato di peculato ma costituisce mero inadempimento contrattuale, la condotta del concessionario di aree di parcheggio che omette di versare al Comune la quota pattuita in relazione alle somme riscosse dai privati a titolo di corrispettivo del servizio prestato, in quanto il denaro non corrisposto dall'ente pubblico non appartiene allo stesso *ab origine* (si veda, Sez. 6, n. 37674/2020, Rv 280289-01).

Il carattere di altruità del danaro sussiste, invece, ove una disposizione di legge o contrattuale ne attribuisca sin dall'origine la proprietà della pubblica amministrazione, fondando un preciso vincolo di destinazione ai fini dell'interesse pubblico.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ritiene che i giudici abbiano fatto corretta applicazione dei principi di diritto.

Infatti, la Corte di Appello ha correttamente ritenuto che le somme oggetto di appropriazione spettassero originariamente al Comune, in quanto derivanti da un vincolo di destinazione del cimitero a fini di interesse pubblico.

In ragione della natura demaniale del terreno cimiteriale, il diritto al sepolcro deriva da una concessione traslativa rilasciata dal Comune al privato, e i proventi di questa concessione facevano parte delle entrate patrimoniali del Comune. Di conseguenza, l'imputato non era autorizzato a trattenere interamente le somme incassate dagli utenti.

Il Comune, dunque sulla base della concessione stipulata con la società del ricorrente e dei contratti sottoscritti con i privati, poteva agire direttamente per l'adempimento delle somme dovute nei confronti dell'eventuale cittadino moroso: sulla base di questi rilievi, i giudici di merito hanno congruamente motivato e correttamente ritenuto *l'altruità* delle somme oggetto di appropriazione.

La Corte, ha giustamente ritenuto che le somme fossero "altrui" e che, quindi, l'appropriazione configurasse il reato di peculato e non un mero inadempimento contrattuale.

Con il secondo motivo, il difensore eccepiva la violazione degli artt. 42, 43 e 47 c.p., in relazione all'errore scaturito dall'interpretazione delle clausole e della convezione: nel merito il motivo è inammissibile per aspecificità, in quanto la ricorrenza dell'errore è stata solo apoditticamente affermata e, nella specie, ricadrebbe sul fatto ma pur sempre su disposizioni integratrici del precetto penale.

## **3. CONCLUSIONI**

La Suprema Corte reputa il ricorso infondato e lo rigetta.

A detta pronuncia consegue la condanna al pagamento delle spese processuali.



## I DIRITTI DEL TERZO PROPRIETARIO DI UN BENE CONFISCATO NELL'AMBITO DEL GIUDIZIO ABBREVIATO - CASS. PEN., SEZ. I, 16 GENNAIO 2025, N. 1908

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*In caso di celebrazione del giudizio con rito abbreviato, la legge non prevede l'estromissione del terzo titolare di diritti reali o personali di godimento incompatibili con la preannunciata confisca, in quanto un accertamento unitario amplia la possibilità del terzo di far valere le proprie ragioni. Al lui, una volta disposto detto rito, devono essere comunque assicurati i diritti di iniziativa probatoria e di contraddittorio sulla prova, quali componenti ineludibili del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24, secondo comma, Cost., rientranti nella garanzia del giusto processo ex art. 111, primo e secondo comma, Cost.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 145
2. **La decisione** ..... 146
3. **Conclusioni** ..... 147

### 1. IL FATTO

La Corte di appello di Lecce emetteva una sentenza, modificando parzialmente la decisione ottenuta in primo grado all'esito di un giudizio abbreviato.

Con riguardo ai singoli soggetti coinvolti nel processo, si segnala schematicamente che:

M.C. (imputato per associazione mafiosa, usura, estorsione e detenzione illegale di armi) in appello vedeva ridotta la propria pena, in accoglimento di una proposta di concordato ex art. 599-bis cod. proc. Pen.

S. T. (imputato per usura) vedeva confermata la propria condanna a 3 anni di reclusione e una multa di 8.000 euro, nonostante nell'atto di appello egli sostenesse che le prove addotte in suo carico

erano insufficienti a fondare la propria colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" in quanto l'intercettazione di una conversazione non era sufficiente e adeguata a dimostrare la sua responsabilità.

A. F. veniva condannato per associazione mafiosa, usura ed estorsione, con la confisca di un immobile, formalmente intestato al terzo Y. C., ma nella sua disponibilità al momento dei fatti. A.F. definiva la propria posizione processuale mediante un concordato sulla pena.

Il ricorso in cassazione veniva proposto da M.C., S.T. e Y.C., i quali impugnavano la sentenza di appello per dei vizi di legittimità. In specie: M.C. deduceva una violazione della legge processuale, obiettando che la sentenza impugnata non menzionava alcun elemento ostativo all'adozione di una pronuncia di proscioglimento in suo favore, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.

S.T. impugnava la sentenza di appello per violazione di legge e vizio di motivazione, argomentando l'insufficienza della prova posta a sostegno della sua condanna.

I motivi d'appello proposti dal Y.C. sono senza dubbio i più articolati e quelli sui quali si fonda il principio giurisprudenziale espresso dalla Suprema Corte con riferimento al caso di specie. Egli, terzo, formale proprietario dell'immobile confiscato, contestava proprio la confisca dell'appartamento, sostenendo che la decisione del Collegio non prendeva adeguatamente in considerazione la sua posizione patrimoniale e la correlazione tra il reato e l'acquisto del bene.

I complessi e articolati sette motivi d'appello da lui proposti possono così essere sintetizzati:

Primo motivo: il ricorrente contestava la violazione del diritto al contraddittorio e al giusto processo. A suo avviso, essere stato citato nel processo penale dopo che era stato già deciso il rito abbreviato gli ha impedito di esercitare pienamente i suoi

\* Dottoranda di ricerca in Law and Sustainability presso Università del Salento e cultrice della materia presso Università Cattolica del Sacro Cuore. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



diritti di difesa, come esaminare testimoni e contestare prove. Egli riteneva, inoltre, violato il principio di imparzialità in quanto il giudice che aveva disposto il sequestro non era il medesimo che aveva deciso sulla confisca.

Secondo motivo: il ricorrente adduceva una violazione di legge da parte della Corte d'Appello, in quanto la sentenza non avrebbe dovuto escludere la possibilità di contestare i presupposti generali della confisca, come la correlazione temporale tra il reato e l'acquisto del bene o la sproporzione tra il valore del bene e la capacità reddituale del proprietario.

Terzo motivo: il ricorrente richiamava la Giurisprudenza delle Sezioni Unite (sentenza n. 8052 del 2024) che stabilisce che la confisca di beni acquistati prima della legge n. 161 del 2017 non può essere giustificata per evasione fiscale e contestava che la sentenza impugnata non avesse considerato i suddetti principi.

Quarto motivo: il ricorrente adduceva che non vi era correlazione alcuna fra l'acquisto dell'immobile e il reato-spia, ritenendo che le condotte illecite dell'imputato fossero di un decennio precedenti alla data dell'acquisto.

Quinto motivo: con detta cesura si sosteneva che l'acquisto dell'immobile fosse legato a motivazioni personali (rottura della relazione sentimentale) e non ad un illecito. Inoltre – a suo dire - la locazione dell'immobile all'imputato e il fatto che ciò generasse un buon rendimento non poteva essere considerato indice di simulazione proprietaria.

Sesto motivo: il ricorrente accusava la Corte di non aver saputo valutare adeguatamente la capienza del suo patrimonio, perfettamente idonea a fondare l'acquisto dell'immobile.

Settimo motivo: infine, il ricorrente contesta la confisca totale dell'immobile, proponendo una confisca parziale, limitata alla somma che non aveva versato lui per l'acquisto, adducendo che egli sarebbe comunque costretto a pagare il mutuo pur non potendo godere dell'immobile di sua proprietà.

## 2. LA DECISIONE

I motivi che hanno portato la Suprema Corte a rigettare tutti i ricorsi proposti, possono essere come segue sinteticamente analizzati.

La Suprema Corte dichiara il ricorso presentato da M.C.– in entrambi i suoi motivi, tra loro connessi e congiuntamente esaminabili – inammissibile. Nel perimetro dell'istituto regolato dall'art. 599-bis cod. proc. pen. le parti danno vita ad un negozio processuale liberamente stipulato che, una volta consacrato nella decisione del giudice, non può essere unilateralmente modificato, da chi lo ha promosso o vi ha aderito, mediante proposizione di apposito motivo di ricorso per cassazione, salva l'ipotesi di illegalità della pena concordata, non menzionata e comunque non sussistente nel caso di specie.

Con riguardo al ricorso proposto dall'imputato S.T., la Corte di legittimità rileva che la prova, valutata a suo carico, non ha natura indiziaria come, invece, asserito. E' indiziaria la prova basata su tracce o altri elementi indiretti e secondari, materiali o ideali, idonei a far emergere, tramite un ragionamento logico-induttivo, l'esistenza del fatto medesimo. Peraltro, detti elementi possono legittimamente fondare il convincimento giudiziale nel caso in cui essi siano molteplici e concordanti fra di loro. In ogni caso, la Corte ritiene che la prova che sorreggeva le motivazioni del Giudice d'Appello non poteva dirsi indiziaria, ma fondata su fatti obiettivi risultanti da servizi di osservazione di polizia giudiziaria, nonché da elementi a contenuto narrativo tratti da intercettazioni di conversazioni e idonei a fornire una raffigurazione immediata del fatto-reato investigato, in quanto connessa, sia alla conoscenza diretta previamente acquisita che alla viva voce dell'imputato che la vittima aveva pre-registrato, facendola così ascoltare al suo interlocutore.

La Corte ribadisce, inoltre, che è perfettamente corretto l'inquadramento giuridico proposto, in quanto il delitto di cui all'art. 644 cod. pen. - come riconfigurato sin dalla legge 7 marzo 1996, n. 108 - è integrato, in capo al beneficiario, da qualunque pattuizione o dazione, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altre utilità, di interessi o vantaggi usurari, e questi ultimi sono tali per il fatto stesso di essere superiori al saggio legalmente predefinito.

Il ricorso più corposo - quello di Y.C. - viene, anch'esso, integralmente rigettato in tutti i suoi



motivi e anche lui viene condannato al pagamento delle spese processuali. Il Signor Y.C. a sostegno della tesi che affermava la celebrazione di un processo non equo nei suoi confronti, citava le garanzie di cui all'articolo 111 della Costituzione e all'art. 6 CEDU che disciplinano, però, le tutele fornite all'imputato e non al terzo. La Corte di legittimità ha precisato che il processo in questione, nonostante sia stato celebrato con le forme del rito abbreviato, ha rispettato le garanzie costituzionali e convenzionali anche in materia di giusto processo. La Suprema Corte rigettando il secondo e il terzo motivo proposti da Y.C. sostiene che quanto adottato dal ricorrente circa la propria capacità economica, oltre ad essere contraddittorio, non risultava neppure rilevante per la causa.

Infine, si afferma che, nonostante sia legittimo che il terzo contesti l'accusa mossa relativamente all'acquisito fittizio della proprietà del bene confiscato, nel caso di specie, la correlazione temporale fra l'acquisto dell'immobile e la commissione del reato non giustifica tale contestazione.

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte rigetta i motivi di tutti e tre i ricorrenti e li condanna al pagamento delle spese processuali.

A parere di chi scrive, la Corte ripercorrendo l'evoluzione normativa in materia<sup>2</sup>, fa chiarezza

---

<sup>2</sup> In passato il terzo, in casi di questo genere, veniva tutelato durante la fase dell'esecuzione. In tale stadio, egli veniva tradizionalmente ammesso a dimostrare – mediante la proposizione di apposito incidente, nelle forme previste dall'art. 676 cod. proc. pen. – la sua posizione di estraneità, il suo diritto di proprietà o di godimento sulla cosa confiscata e l'effettività e prevalenza di esso, senza peraltro poter rimettere in discussione, in linea di massima, i presupposti applicativi che avevano giustificato la misura ablativa, ostandovi il principio di intangibilità del giudicato.

Non essendo il rimedio dell'incidente di esecuzione disponibile nei riguardi della sentenza, non ancora definitiva, che abbia disposto la confisca della res, la giurisprudenza ha peraltro apprestato un meccanismo di intervento surrogatorio, riconoscendo al terzo estraneo, formalmente proprietario del bene già in sequestro e oggetto della confisca anzidetta, il diritto di chiedere al giudice della cognizione, a processo pendente, la restituzione del bene e, in caso di diniego, la possibilità di proporre appello dinanzi al tribunale individuato dall'art. 322-bis cod. proc. pen.

sulla corretta applicazione della vigente disciplina e sulle reali garanzie poste in capo al terzo, sapientemente confrontandola con la legislazione previgente.

In caso di celebrazione del giudizio abbreviato, la legge non prevede l'estromissione dal medesimo del terzo, citatovi in quanto titolare di diritti reali o personali di godimento incompatibili con la preannunciata confisca, e ciò a conferma del fatto che un accertamento unitario amplia la possibilità del terzo di far valere le proprie ragioni. Il terzo, infatti, non sarebbe pienamente e correttamente tutelato se venisse trattato al pari della parte civile<sup>3</sup> nel processo penale. Quest'ultima, una volta scelto dall'imputato il rito abbreviato, può scegliere di rinunciare e di essere, di conseguenza, esclusa. Il giudizio di responsabilità civile – che è chiaramente altro rispetto alla figura del terzo titolare di diritti reali su beni confiscati – potrà trovare autonomo corso e specifica tutela nella separata sede civile, all'esito del processo penale. Appare lapalissiano che la posizione processuale della parte civile – o anche quella simile del responsabile civile – siano radicalmente opposte rispetto a quella trattata in questa sede. Al terzo, infatti, potrebbe essere garantita la medesima tutela soltanto con le modalità previste dall'attuale disciplina, ovvero sia partecipando al rito abbreviato. A tal proposito occorre precisare anche che nel sistema processuale attuale non è ammissibile un giudizio di cognizione riguardante

Le forme di tutela summenzionate non potevano però considerarsi pienamente soddisfacenti in quanto il terzo andava comunque incontro a diverse limitazioni probatorie. Per altro, vi era un vero e proprio vulnus nel caso in cui la res fosse stata assoggettata a confisca in un provvedimento di sequestro preventivo autonomamente impugnabile, ma solo in sentenza.

Sul piano sostanziale, questi vuoti di tutela privavano il sistema di tempestività ed effettività dei controlli giurisdizionali nelle materie incidenti sul diritto di proprietà, protetto dall'art. 42, terzo comma, Cost., e dall'art. 1, protocollo addizionale n. 1, CEDU. Sul piano formale invece venivano compromessi il diritto di difesa e i principi del giusto ed equo processo ex artt. 24, secondo comma, e 111, primo e secondo comma, Cost.; e art. 6, CEDU.

Per i motivi sopraesposti il legislatore con la legge 17 ottobre 2017, n. 161, ha innalzato la tutela giurisdizionale del terzo, nell'ambito della confisca per sproporzione, rimodellandola alla stregua del procedimento di prevenzione.

<sup>3</sup> Cfr. art. 441, comma 4, cod. proc. Pen.



soltanto il terzo, da svolgersi nelle ordinarie forme dibattimentali e – pertanto - svincolato dalla posizione e dalla partecipazione dell'imputato. Una sua estromissione non sarebbe coerente con la ratio della riforma<sup>4</sup> che è quella dell'accertamento unitario dell'imputato e del terzo, nell'interesse prevalente di quest'ultimo.

Si specifica, peraltro, che una volta disposto il rito abbreviato, al terzo devono essere comunque assicurati i diritti di iniziativa probatoria e di contraddittorio sulla prova, quali componenti ineludibili del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24, secondo comma, Cost., rientranti nella garanzia del giusto processo ex art. 111, primo e secondo comma, Cost.

Inoltre, la Corte correttamente precisa che la garanzia ex art. 25 primo comma Cost. è soddisfatta in tutti i casi in cui l'ufficio giudiziario investito della reiudicanda risulti predeterminato dalla legge; pertanto il terzo non è affatto sottratto al proprio giudice naturale se invece di essere citato innanzi al giudice del dibattimento viene chiamato a difendersi innanzi al giudice dell'udienza preliminare, in costanza di rito abbreviato.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. art 104-bis, commi 1-quater e 1-quinquies, disp. att. cod. proc. pen., art. 240-bis cod. pen. modificato dagli artt. 6 (commi 1 e 3), e 7 (comma 1), d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 che ha – peraltro – assorbito anche l'art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992. Nelle citate norme si ha l'assimilazione della confisca per sproporzione alla confisca di prevenzione, per quanto concerne la tutela del terzo e la sua partecipazione al

procedimento, per cui nei casi he ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 240-bis cod. pen., i terzi controinteressati devono essere citati già nel processo di cognizione

<sup>5</sup> C. Cost., n. 41 del 2006, n. 469 del 2002, n. 460 del 1994), come è a dirsi in relazione al caso di specie.



## LA CONDOTTA DEL CONDOMINO TRA FURTO E APPROPRIAZIONE INDEBITA - CASS. PEN., SEZ. V, 23 APRILE 2025, N. 15818

A cura di **Francesco Martin\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Integra il delitto di furto e non quello di appropriazione indebita la condotta del condominio che, tramite allaccio abusivo al contatore condominiale, si impossessa dell'energia destinata alla proprietà comune.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 149
2. **La decisione** ..... 149
3. **Conclusioni** ..... 150

#### 1. IL FATTO

Con la sentenza indicata in epigrafe La Corte di appello ha confermato la sentenza del 13 maggio 2022 del Tribunale che aveva affermato la penale responsabilità per il reato di furto aggravato dalla violenza sulle cose ai danni di un condominio e, applicate le circostanze attenuanti generiche ritenute equivalenti all'aggravante, lo aveva condannato alla pena ritenuta di giustizia, nonché al risarcimento del danno, da liquidarsi separatamente, in favore del condominio costituitosi parte civile.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso l'imputato a mezzo del suo difensore, chiedendone l'annullamento ed articolando due motivi.

Con il primo motivo il ricorrente sostiene che il fatto andrebbe qualificato come appropriazione indebita e non come furto. Evidenzia che il fatto a lui contestato consiste nell'essersi impossessato, previo allaccio abusivo alle cassette elettriche del condominio, di un imprecisato quantitativo di energia elettrica sottraendola al condominio ed alimentato con essa il proprio esercizio commerciale e che nel caso di specie mancherebbe la prova che la

manomissione abbia prodotto una deviazione del flusso di energia dopo che essa era transitata attraverso il contatore condominiale. Il tecnico incaricato dal condominio aveva accertato che un lampione condominiale non funzionava a causa della presenza di due cavi che alimentavano il gazebo esterno dell'esercizio commerciale dell'imputato. Il malfunzionamento riguardava non l'intero impianto elettrico condominiale, ma solo un faro ed esso era dovuto ad un corto circuito dovuto ad un surplus di assorbimento di energia; nessuna deviazione di elettricità era stata attuata rispetto alla funzionalità dell'intera rete elettrica condominiale, che risultava perfettamente funzionante, ad eccezione di un faro a causa di un surplus di energia e non perché scollegato.

Pertanto, la querela sporta dal condominio doveva ritenersi tardiva.

Con il secondo motivo si duole del difetto di querela, essendo il reato divenuto procedibile a querela dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, e sostiene che erroneamente la Corte di appello ha ritenuto equiparabile alla manifestazione della volontà punitiva tipica della querela la mancata revoca della costituzione di parte civile, atteso che il condominio aveva già sporto querela prima della entrata in vigore del citato d.lgs. e quindi era in relazione alla querela originariamente sporta che doveva valutarsi la tempestività.

Pertanto, nella querela originariamente sporta, i fatti portati a conoscenza delle forze dell'ordine venivano solo descritti, ma non giuridicamente qualificati.

Poiché i fatti erano avvenuti in data 20 luglio 2017, la querela, sporta in data 11 novembre 2017, doveva ritenersi tardiva.

#### 2. LA DECISIONE

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere articolati:

\* Avvocato del Foro di Venezia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

La Corte, in primo luogo, si è soffermata sulla procedibilità, nonché sulla tempestività della querela.

La volontà punitiva tardivamente manifestata dalla persona offesa in relazione a reati originariamente perseguibili d'ufficio, divenuti procedibili a querela a seguito dell'entrata in vigore della riforma Cartabia equivale a presentazione della querela, non rilevando la sua tardività, in quanto trattasi di irregolarità afferente a un momento procedimentale anteriore, in cui essa non era richiesta a fini di procedibilità.

A ben vedere infatti, con riferimento alla disciplina transitoria prevista dall'art. 12, comma 2, del d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36, che prevede che ai titolari del diritto di querela dei reati per i quali è stato modificato il regime di procedibilità deve essere somministrato un avviso per potere esercitare il loro «nuovo» diritto, hanno affermato che l'avviso non debba essere dato quando l'offeso abbia, in qualsiasi atto del procedimento, manifestato la volontà di instare per la punizione dell'imputato, e, dunque anche quando si sia costituito parte civile.

In tal senso quindi la ratio di tale decisione è estensibile alla querela sporta tardivamente in un momento in cui il reato era ancora procedibile d'ufficio ed è divenuto, successivamente, procedibile a querela, sicché la modifica del regime di procedibilità, con l'introduzione della necessità della querela, non osta al riconoscimento della sussistenza della volontà di punire quando la stessa sia già stata espressa dall'offeso con la costituzione di parte civile o con una querela, apparentemente tardiva, ma in realtà proposta quando essa non condizionava la procedibilità del reato.

Circa la distinzione tra il delitto di furto e quello di appropriazione indebita la Corte rileva che integra il delitto di furto e non quello di appropriazione indebita la condotta del condomino che, mediante allaccio abusivo a valle del contatore condominiale, si impossessi di energia elettrica destinata all'alimentazione di apparecchi ed impianti di proprietà comune.

In particolare, si è osservato che deve considerarsi che l'energia su cui ciascun condomino ha un autonomo potere di fatto - esercitato al di fuori del controllo altrui - ossia quell'«autonomo potere

dispositivo» in presenza del quale la condotta di indebita fruizione per costante giurisprudenza deve essere qualificata come appropriazione indebita e non come furto è soltanto quella che transitando attraverso il contatore serve in concreto gli impianti condominiali.

Quando, invece, il condomino o il conduttore ponga in essere una condotta che distoglie il flusso dell'energia che è transitato dal contatore, di guisa che essa alimenti soltanto gli apparecchi e gli impianti propri, non esercita il potere dispositivo che anche a lui come agli altri condomini o conduttori è attribuito ma compie una sottrazione dell'energia destinata a fini condominiali (e solo entro tali limiti nella disponibilità comune) a beneficio invece del proprio consumo individuale, che - si ribadisce - esorbita dai limiti della disponibilità comune dell'energia la quale può ravvisarsi solo limitatamente al flusso effettivamente utilizzato per alimentare gli impianti comuni.

E, proprio in tal modo, si realizza quell'impossessamento dell'energia deviata, sanzionato dall'art. 624 c.p., conseguendo la signoria su di essa «intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva da parte dell'agente.

### **3. CONCLUSIONI**

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso e condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali.



**LA C.D. SPECIALITÀ BILATERALE TRA IL DELITTO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA DISTRATTIVA E QUELLO DI SOTTRAZIONE FRAUDOLENTA AL PAGAMENTO DELLE IMPOSTE – CASS. PEN., SEZ. II, 2 GENNAIO 2025, UD. 27 NOVEMBRE 2024), N. 47**

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*È configurabile il concorso tra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione e quello di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, così come sussiste concorso tra il reato di bancarotta per distrazione e quello di autoriciclaggio nel caso in cui alla condotta distrattiva di somme di denaro faccia seguito un'autonoma attività dissimulativa di reimpiego in attività economiche e finanziarie di tali somme, in quanto in tale ipotesi si verifica sia la lesione della garanzia patrimoniale dei creditori sia la lesione autonoma e successiva dell'ordine giuridico economico, mediante l'inquinamento delle attività legali.*

**SOMMARIO**

- 1. Il fatto ..... 151**
- 2. La decisione ..... 152**
- 3. Conclusioni ..... 153**

**1. IL FATTO**

Con ordinanza emessa all'esito del giudizio di riesame *ex art.* 324 c.p.p., il Tribunale di Reggio Calabria confermava l'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, tanto diretta quanto per equivalente, nei confronti di due persone fisiche e di una società disponendo, altresì, il sequestro preventivo di quest'ultima.

Nei confronti delle persone fisiche veniva ritenuta la sussistenza del *fumus commissi delicti* in relazione a molteplici ipotesi delittuose, in particolare: (i) sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte *ex art.* 11, comma I, secondo periodo, d.lgs. 74/2000; (ii) autoriciclaggio previsto e punito all'*art.* 648 *ter.l* c.p.; e, infine, (iii) bancarotta fraudolenta patrimoniale e

documentale disciplinata ai sensi degli artt. 223 e 216, comma I, n. 1, R.D. 267/1942.

Avverso a detta ordinanza proponeva ricorso il difensore della società destinataria della misura cautelare reale nonché ente-indagato ai sensi del d.lgs. 231/2001 con riferimento al reato di cui all'*art.* 25 *octies*.

Nell'articolata impugnazione si solleva, con il primo motivo di gravame, la violazione e la falsa applicazione dell'*art.* 81 c.p. in materia di concorso formale di reati in relazione al rapporto tra i delitti di cui all'*art.* 11 d.lgs. 74/2000 e quello disciplinato agli artt. 216 e 223 R.D. 267/1942. La difesa, sul punto, ha osservato che le violazioni penali-tributarie dovrebbero essere assorbite dalla complessità strutturale della fattispecie fallimentare, sulla scorta del rapporto di specialità unilaterale a favore di quest'ultima.

Con il secondo motivo di ricorso, poi, si invocava l'erronea applicazione dell'*art.* 81 c.p. in relazione alle due distinte incolpazioni autoriciclativa. A parere della difesa, difatti, vi sarebbe un'illegittima duplicazione di contestazioni in cui la condotta veniva sussunta, da una parte, nelle fattispecie di bancarotta e, dall'altra, nell'*art.* 648 *ter.l* c.p.

Nel terzo motivo di ricorso veniva dedotta la violazione di legge per l'insussistenza del reato di autoriciclaggio quale conseguenza tanto del delitto di cui all'*art.* 11 d.lgs. 74/2000 quanto di quello disciplinato agli artt. 216 e 223 R.D. 267/1942.

Con i successivi motivi, poi, si sollevavano molteplici violazioni di legge e l'erronea applicazione della stessa sia con riferimento all'insussistenza dell'elemento soggettivo dei reati di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e del reato di bancarotta (quarto motivo) sia in relazione alle contestazioni di bancarotta (quinto motivo) e a quelle di autoriciclaggio (sesto motivo) sia, infine, relativamente all'illecito

\* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



provvisoriamente contestato all'ente di cui all'art. 25 *octies* d.lgs. 231/2001 (settimo motivo).

## 2. LA DECISIONE

L'attenzione della Suprema Corte, preliminarmente, si è focalizzata sull'individuazione dei limiti entro i quali, in presenza di un ricorso c.d. onnicomprensivo, deve operare la decisione. Si sottolinea, invero, come, essendo stato presentato il ricorso esclusivamente in favore della persona giuridica indagata ai sensi del d.lgs. 231/2001, ogni questione concernente il *fumus* dei delitti provvisoriamente ascritti alle persone fisiche assume rilievo solo allorché risultino incidenti sulla posizione del ricorrente.

Effettuata tale premessa metodologica, con specifico riferimento al primo motivo di doglianza – inerente al rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 11 d. lgs. 74/2000 e quella disciplinata agli artt. 216 e 223 R.D. 267/1942 – il Giudice di legittimità ha, anzitutto, rilevato l'esistenza di un contrasto interpretativo in *thema*.

Pur essendosi, invero, affermata tanto la configurabilità di un concorso di reati quanto la riconducibilità della condotta di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ove finalizzata al fallimento, ad una complessiva strategia distrattiva integrante il solo delitto di bancarotta (*Cfr.*, Cass. pen., Sez. V, 10.11.2011, n. 1843, Mazzieri), la Seconda Sezione ha ritenuto di aderire ad un più recente indirizzo di legittimità.

Secondo tale ultimo orientamento, difatti, le due fattispecie criminose in esame devono essere ricondotte ad un'ipotesi di c.d. specialità bilaterale o reciproca (in questo senso, *ex pluris*, Cass. pen., Sez. V, 14.03.2022, n. 22143; Cass. pen., Sez. V, 20.06.2017, n. 35591; Cass. pen., Sez. III, 20.11.2015, n. 3539).

La Corte, invero, ritiene di escludere che il rapporto tra le fattispecie in questione possa essere disciplinato sulla scorta del criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., non regolando le due disposizioni normative la “stessa materia” intesa come medesimezza del bene giuridico. L'adesione a detto inquadramento – in verità, da tempo

superato delle Sezioni Unite Giordano del 2011<sup>2</sup> – che identifica il concetto di “stessa materia” nella identità dell'interesse tutelato (come fosse un *revival* delle Sezioni Unite La Spina del 1995<sup>3</sup>), conduce il Giudice di legittimità a precisare che mentre il delitto tributario appare preposto a sanzionare condotte che pregiudichino l'interesse fiscale alla corretta e tempestiva riscossione delle imposte, al contrario, quello fallimentare risulta tutelare l'interesse del ceto creditorio al soddisfacimento dei propri diritti.

Deve, poi, a parere della Corte, essere notata l'evidente e profonda diversità strutturale che connota i delitti *de quibus* sotto molteplici profili: (i) la natura giuridica, di pericolo quella fiscale e di danno quella fallimentare; (ii) l'elemento soggettivo, dolo specifico nel primo caso e dolo generico nel secondo; e, infine, (iii) la soggettività attiva del reato, più ampia per il reato fiscale, essendo astrattamente riferibile ad ogni contribuente, e, viceversa, più ristretta in quello fallimentare, potendo essere gli autori identificabili nell'imprenditore fallito (*rectius* dichiarato in liquidazione giudiziale) ovvero nelle cariche societarie normativamente tipizzate.

Ed ancora, sottolinea il Giudice di legittimità, che ciò che maggiormente distingue i due reati è, in ogni caso, il bene giuridico tutelato «che rende la norma penale tributaria per così dire “specialissima” ed impedisce il suo assorbimento in quella fallimentare quale “meno speciale” sia sul piano oggettivo sia sul piano soggettivo» (par. 5).

In virtù delle perdette ragioni, la Suprema Corte, nel dichiarare manifestamente infondata la doglianza, conclude sul punto affermando che «nel caso in esame si concretizza non un'ipotesi di concorso apparente di norme, bensì la diversa ipotesi del concorso formale di reati ovvero della continuazione tra distinti illeciti penali di cui all'art. 81, primo e secondo comma, cod. pen.» (par. 5).

In relazione al terzo motivo di ricorso, con il quale invece veniva dedotta l'insussistenza del reato di autoriciclaggio quale conseguenza dell'attività successiva tanto al delitto fiscale quanto a quello fallimentare, la Suprema Corte ha aderito, in

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. Un., 19.01.2011, n. 1235, Giordano.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. Un., 21.04.1995, n. 9568, La Spina.



primo luogo, l'interpretazione secondo la quale sussiste il concorso tra il reato di bancarotta per distrazione e quello di autoriciclaggio laddove i denari oggetto della condotta distrattiva siano, in un secondo momento, altresì oggetto di un'autonoma attività dissimulativa di reimpiego in attività economiche e finanziarie (Cfr. Cass. pen., Sez. II, 14.03.2023, n. 13352).

Richiamando, poi, la propria copiosa giurisprudenza sul punto, la Seconda Sezione ha affermato che, pur essendo l'autoriciclaggio un delitto a consumazione istantanea, è un reato a forma libera e può anche atteggiarsi a reato eventualmente permanente, quando il suo autore lo progetti e lo esegua – come nel caso qui in esame – con modalità frammentarie e progressive» (Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 27.04.2016, n. 29611), ovvero a reato solo eventualmente permanente (*rectius* a formazione progressiva), ove vi siano più condotte consumative del reato attuate in un medesimo contesto fattuale e con riferimento ad un medesimo oggetto (Cfr. Cass. pen., Sez. II, 20.11.2014, n. 52645).

Sulla scorta delle su menzionate argomentazioni, il Giudice di legittimità ha ritenuto giuridicamente corretta la configurazione del delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p. e, conseguentemente, quella dell'illecito di cui all'art. 25 *octies* d.lgs. 231/2001 in capo all'ente-ricorrente.

Tutti gli altri motivi di doglianza, poi, sono stati affrontati dalla Suprema Corte motivandone brevemente (nonché a vario titolo) i profili di inammissibilità. Tra tutti, però, appare dirimente la motivazione relativa al settimo motivo di ricorso – nel quale si lamentava la violazione di legge in relazione all'art. 25 *octies* d.lgs. 231/2001 – con la quale la Seconda Sezione ha svelato la mancanza di legittimazione alla proposizione del ricorso in capo al ricorrente, indagato per i medesimi fatti nello stesso procedimento. Dopo aver citato la granitica giurisprudenza secondo la quale «è inammissibile la richiesta di riesame del sequestro preventivo del compendio aziendale presentata dal legale rappresentante di un ente che sia indagato per il reato presupposto, versando quest'ultimo in una situazione di incompatibilità» (par. 8), la Corte

ha concluso per l'inammissibilità anche di quest'ultima doglianza (Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28.05.2015, n. 33041; più di recente, si veda Cass. pen., Sez. II, 13.10.2022, n. 44372).

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di cassazione, alla luce delle argomentazioni *supra* menzionate, ha dichiarato inammissibile il ricorso e condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.



**IN CASO DI INTERVENUTA PRESCRIZIONE DEL REATO PRESUPPOSTO, L'ASSENZA DELLA PROVA POSITIVA DI INNOCENZA DELLA PERSONA FISICA NON PUÒ DI PER SÉ GIUSTIFICARE L'AFFERMAZIONE DI RESPONSABILITÀ DELL'ENTE – CASS. PEN., SEZ. VI, 11 APRILE 2025, N. 14343**

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*In caso di intervenuta prescrizione del reato presupposto, diversamente da quanto accade per la persona fisica, nei confronti della quale l'emissione di una sentenza di proscioglimento nel merito ai sensi dell'art. 129, comma II, c.p.p. richiede l'evidenza della prova di innocenza dell'imputato, la condanna dell'ente presuppone, al contrario, la prova positiva della sua responsabilità, secondo il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio sancito dall'art. 533 c.p.p.*

**SOMMARIO**

- 1. Il fatto ..... 154**
- 2. La decisione ..... 154**
- 3. Conclusioni ..... 155**

**1. IL FATTO**

Avverso alla sentenza emessa dalla Corte di Appello, confermativa delle statuizioni assunte dal Giudice di primo grado in ordine alla declaratoria di intervenuta prescrizione dei reati contestati alla persona fisica (artt. 355, 356 e 640, comma II, n. 1, c.p.) e alla condanna a carico dell'ente per l'illecito dipendente da reato di cui all'art. 24 D. Lgs. 231/2001, proponevano ricorso per Cassazione, per mezzo dei rispettivi difensori, sia la persona fisica sia la persona giuridica.

Nell'impugnazione elevata dalla prima, si censurava la motivazione resa della Corte territoriale che, pur dichiarando estinti i reati per prescrizione, avrebbe erroneamente confermato la ricostruzione accusatoria, omettendo una compiuta valutazione degli elementi documentali

in atti che dimostrerebbero l'estraneità dell'imputato ai fatti contestati.

Il medesimo vizio motivazionale veniva altresì eccepito dall'ente, il quale denunciava l'omessa valutazione della documentazione in atti dimostrativa della mancanza di un coinvolgimento diretto dello stesso. La società, invero, aveva partecipato alla gara d'appalto in un'associazione temporanea di imprese (di seguito, A.T.I.) che, risultando aggiudicataria di una gara pubblica, era stata trasformata in una società consortile, dotata di piena autonomia gestionale, decisionale e patrimoniale. La presenza di alcuni dipendenti dell'ente nei cantieri, valorizzata in termini accusatori, andrebbe, al contrario, ricondotta a meri distacchi temporanei di manodopera, determinanti il trasferimento del vincolo gerarchico alla consortile, con conseguente esclusione di responsabilità in capo alla società originaria.

**2. LA DECISIONE**

Con riferimento all'impugnazione elevata dalla persona fisica, la Suprema Corte ha rammentato che, affinché si possa adottare una pronuncia di proscioglimento nel merito ai sensi dell'art. 129, comma II, c.p.p., il ricorso proposto deve indicare specificamente gli elementi dai quali emerga *ictu oculi* l'evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato, presupposto imprescindibile per l'operatività della predetta regola *iuris* (cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez. VI, 24.05.2023, n. 33030).

Nel caso di specie, la Corte territoriale ha escluso, con motivazione non manifestamente illogica, la sussistenza di tale evidenza, rilevando come dalle risultanze dibattimentali emergesse la consapevolezza dell'imputato circa la non conformità del materiale fornito rispetto a quanto previsto nel capitolato di gara, essendo, per di più, lo stesso distaccato temporaneamente presso la

\* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

A.T.I. aggiudicataria. Al tal motivo, la Suprema Corte conclude per l'infondatezza del ricorso proposto.

Relativamente, invece, al ricorso proposto dalla persona giuridica, la Suprema Corte, anzitutto, ha richiamato il proprio consolidato orientamento secondo cui l'intervenuta prescrizione del reato presupposto non incide sulla perseguibilità dell'illecito amministrativo contestato all'ente. Il termine di prescrizione dell'illecito derivante da reato, difatti, rimane sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica, senza che ciò determini alcuna violazione né degli artt. 3, 24 comma II, 41 e 111 comma II Cost. né delle garanzie convenzionali relative alla *matière pénale* di cui all'art. 6 CEDU (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 04.05.2018, n. 31641; Cass. pen., Sez. VI, 18.04.2023, n. 25764).

In presenza di una declaratoria di intervenuta prescrizione del reato presupposto, tuttavia, il giudice di merito è tenuto, ai sensi dell'art. 8, comma I, lett. b), D. Lgs. 231/2001, a compiere un accertamento autonomo della responsabilità dell'ente che, ovviamente, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato ascritto alla persona fisica (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25.01.2013, n. 21192). A tal fine, è stato altresì ricordato che, sebbene non sia necessario un accertamento definitivo della responsabilità penale della persona fisica, risulta imprescindibile la prova della sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 5, 6, 7 e 8 del predetto decreto (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23.05.2018, n. 38363).

Sulla scorta di tali premesse, la Suprema Corte ha chiarito che, allorquando sia intervenuta la prescrizione del reato presupposto, mentre la pronuncia di proscioglimento nel merito della persona fisica richiede l'evidenza della relativa prova di innocenza, ai sensi dell'art. 129, comma II, c.p.p., la condanna dell'ente presuppone, al contrario, la prova positiva oltre ogni ragionevole dubbio della sua responsabilità secondo il criterio indicato nell'art. 533 c.p.p.

Tale disposizione, difatti, trova piena applicazione anche nel procedimento penale *de societate* tanto in ragione delle clausole estensive delle norme del codice di rito dettate per l'imputato (*ex artt. 34 e 35 D. Lgs. 231/2001*), quanto nel caso di prova mancante, insufficiente o contraddittoria che impone la pronuncia di esclusione di responsabilità dell'ente (*ex art. 66 D. Lgs. 231/2001*).

Conseguentemente, «non può dunque, dalla affermazione della mancanza di evidenza dell'innocenza del soggetto indicato come autore del reato presupposto fondarsi la responsabilità dell'ente, per la quale, come detto, è necessaria la prova positiva della sussistenza di tutti gli elementi che connotano il relativo illecito» (§ 3.3.).

La Corte di Cassazione, infine, si è soffermata sul nodo principale dell'impugnazione proposta dalla persona giuridica. Nel caso di specie, difatti, il reato presupposto risulta essere stato commesso non all'interno della persona giuridica ricorrente, bensì nell'ambito del raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatore della procedura di gara.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni chiarito che, qualora il reato sia stato commesso nell'ambito di attività di una società appartenente a un gruppo o a un'aggregazione di imprese, la responsabilità può altresì estendersi alle società collegate a condizione che il reato sia stato commesso nell'interesse o vantaggio anche di queste ultime e l'autore del reato posseda la qualifica soggettiva richiesta dall'art. 5 D. Lgs. 231/2001 (cfr. Cass. pen., Sez. II, 27.09.2016, n. 52316).

Nel caso in esame, la motivazione fornita dalla Corte di Appello è stata ritenuta inadeguata, non solo in ordine alla dimostrazione della responsabilità dell'ente, ma anche riguardo alla prova dell'esistenza di un effettivo interesse o vantaggio in capo alla società ricorrente.

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, alla luce delle argomentazioni *supra* esposte, ha rigettato il ricorso proposto dalla persona fisica, condannandola al pagamento delle spese



processuali, e annullato con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello la sentenza impugnata nei confronti della persona giuridica.



## IL NUOVO REATO DI INDEBITA DESTINAZIONE E I SUOI RAPPORTI CON LA FATTISPECIE DI PECULATO E CON LA PREVIGENTE FATTISPECIE DI ABUSO D'UFFICIO (DISTRATTIVO) - CASS. PEN., SEZ. VI, 4 FEBBRAIO 2025, N. 4520

A cura di **Andrea PROVENZANO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Non vi è alcuna interferenza tra la nuova fattispecie di indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314 bis c.p.) e la fattispecie di peculato (art. 314 c.p.). La nuova norma incriminatrice punisce invece quelle condotte che determinano il mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche, pur sempre compatibili con i fini istituzionali dell'ente di appartenenza dell'agente pubblico (condotte prima ricondotte nell'alveo dell'abuso d'ufficio).*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 157
2. **La decisione** ..... 157
3. **Conclusioni** ..... 159

### 1. IL FATTO

La Corte di appello di Roma ha confermato, con riferimento al capo di imputazione di interesse in questa sede, la sentenza impugnata che condannava, a titolo di peculato, il presidente di una federazione sportiva legata al CONI.

Avverso la sentenza il ricorrente articolava diversi motivi.

In particolare, il ricorrente lamentava violazione di legge e vizio di motivazione. Secondo quanto prospettato dal ricorrente, infatti, le condotte di peculato contestate non sarebbe sussistenti per difetto del presupposto necessario della condotta: il possesso della cosa da parte dell'agente per ragioni del suo ufficio o del suo servizio. Si osservava nel ricorso, invero, che l'imputato non aveva la disponibilità autonoma dei fondi della Federazione.

Successivamente, con motivo aggiunto, il medesimo ricorrente chiedeva di annullare i capi della

sentenza impugnata inerenti a tali condotte, in quanto, per come contestate, non sarebbero più punibili per effetto della recente introduzione nel codice penale del reato di cui all'art. 314 bis c.p. ("Indebita destinazione di denaro o beni mobili"), introdotta in sede di conversione del d.l. n. 92/2024, poco prima dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., ad opera della l. n. 114/2024 (c.d. legge Nordio). Si rilevava, infatti, che la collocazione sistematica dell'articolo 314 bis (subito dopo l'articolo 314), unitamente alla clausola di riserva con cui si apre la fattispecie, inducano a ritenere che la disposizione contempli attualmente tutte le condotte di peculato per distrazione. Sarebbero però eccettuate le distrazioni che si concretizzano in una scelta discrezionale della pubblica amministrazione o che non consentono di individuare la specifica norma di legge violata, oggetto di *abolitio criminis*.

A ulteriore sostegno di tale argomentazione, si aggiungeva che costituirebbe un'intollerabile discriminazione che l'ordinamento punisca per il futuro solo le condotte distrattive che contrastano con quanto previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e al contempo mantenga il rilievo penale di condanne ancora *sub iudice* relative ad ipotesi distrattive meno gravi (in quanto si concretizzano in una scelta discrezionale della pubblica amministrazione o che non consentono l'individuazione della specifica norma di legge violata).

Le distrazioni in violazione di una specifica disposizione di legge integrerebbero dunque il delitto di cui all'articolo 314 bis cod. pen. Nel caso di specie, dovendosi applicare la *lex mitior*, dovrebbe allora procedersi alla rideterminazione della pena inflitta al ricorrente.

### 2. LA DECISIONE

La Cassazione non ha aderito alla tesi

\* Funzionario UPP presso il Tribunale di Torino. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

prospettata dal ricorrente.

Secondo i giudici di legittimità, il nuovo reato di indebita destinazione presenta, sul piano del fatto tipico oggettivo, il medesimo presupposto e l'oggetto materiale della condotta del peculato. Si osserva, infatti, che il soggetto attivo del reato deve avere, per ragioni del suo ufficio o del suo servizio, il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui. Allo stesso tempo, il reato in esame presenta più elementi dell'abuso d'ufficio: sul piano oggettivo, la condotta di destinazione del bene ad uso diverso deve contrastare, così com'era già sotto l'impero dell'articolo 323 cod. pen., come modificato nel 2020, con specifiche disposizioni di legge o con atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità; corrispondente, inoltre, è l'evento del reato (l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri, in alternativa all'altro danno ingiusto) e l'elemento soggettivo, costituito dal dolo intenzionale.

In questo senso non è casuale la scelta del legislatore di non riproporre il lemma “*distrae*” ma di utilizzare il diverso predicato verbale “*destina*”. Lo scopo sarebbe proprio quello di evitare equivoci circa la volontà di reintrodurre una distinzione tra peculato per distrazione e peculato per appropriazione non più contemplata nel codice penale dal 1990. Ancora, la disposizione in commento esordisce con una clausola di riserva proprio per regolare il concorso apparente tra la fattispecie di reato di peculato e l'indebita destinazione di denaro o cose mobili. In altri termini, con questa clausola di riserva determinata, il legislatore ha inteso escludere un'incidenza della nuova fattispecie sull'ambito applicativo dell'articolo 314 cod. pen., per come interpretato dal diritto vivente. Se la nozione di appropriazione che connota la condotta del reato di peculato, infatti, non ricomprendesse anche quello di distrazione, non vi sarebbe alcuna interferenza tra le disposizioni di cui agli articoli 314 e 314 cod. pen., poiché le due fattispecie contemplerebbero due condotte del tutto distinte e prive di correlazione tra di loro. In nessun caso, infatti, una destinazione di beni per finalità diverse da quelle pubbliche, ma pur sempre compatibile con la riduzione di interessi pubblici, potrebbe essere ascritta alla nozione di appropriazione.

Il legislatore, dunque, consapevole del diritto vivente, ne ha preso atto e, prevedendo la clausola di riserva, ha inteso mantenere inalterato l'ambito operativo del diritto di peculato, per come delineato dal costante orientamento della giurisprudenza di legittimità. Le condotte di distrazione qualificabili come peculato non sono pertanto suscettibili di diversa qualificazione per effetto dell'introduzione del delitto di cui all'articolo 314 bis cod. pen. e pertanto restano punibili ex articolo 314 cod. pen. Sono questi i casi in cui la condotta distrattiva integra un'effettiva appropriazione, perché la *res* è sottratta in modo definitivo dalla finalità pubblica per perseguire finalità private proprie o altrui. In relazione a questa ipotesi di distrazione appropriativa, vi è dunque continuità nella qualificazione giuridica e di conseguenza nella risposta sanzionatoria che resta affidata all'articolo 314 cod. pen.

Non vi è dunque interferenza tra le due figure di reato. Ne consegue che l'articolo 314 bis cod. pen. non costituisce *lex mitior* rispetto alle condotte di peculato per distrazione: queste ultime esulano pertanto dal campo di applicazione della nuova fattispecie di indebita destinazione.

La *ratio* dell'introduzione della nuova fattispecie di reato è invece da individuare nel sottrarre le condotte di “indebita destinazione di denaro o cosa mobili” - nell'assetto previgente ritenute condotte di abuso d'ufficio - all'irrelevanza penale conseguente all'*abolitio criminis* di tale ultimo reato, in tal modo evitando il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione derivanti dal diritto dell'Unione europea. La fattispecie di indebita destinazione, dunque, interviene solo sulle condotte di abuso distrattivo di fondi pubblici finora sussunte nell'articolo 323 cod. pen. Trattasi di quelle condotte che consistono nel mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche, pur sempre compatibili con i fini istituzionali dell'ente di appartenenza dell'agente pubblico.

La locuzione “*destina ad un uso diverso*”, infatti, in forza della clausola di riserva adoperata, implica pur sempre l'immanenza di una finalità pubblica. Quest'ultima, per quanto differente da quella prevista dal legislatore, deve pur sempre essere presente. Ne consegue quindi che le condotte di indebita destinazione che originariamente erano



ricondotte sotto l'impero della norma che puniva l'abuso d'ufficio, continuano ad essere punibili ai sensi della nuova disposizione incriminatrice. Vi è per tali condotte quindi continuità nella rilevanza penale del fatto, stante la omogeneità di elementi strutturali di fattispecie: esse continueranno ad essere punibili ai sensi della nuova fattispecie e si applicherà ex articolo 2, comma quarto cod. pen., la *lex mitior* costituita dalla nuova cornice edittale.

Il legislatore, comunque, rispetto alle condotte di indebita destinazione che erano punibili dalla disciplina previgente come abuso distrattivo d'ufficio, ha tuttavia inteso realizzare un'*abrogatio sine abolitione* parziale, in quanto non sono più punibili le condotte che non hanno comportato violazione di specifiche disposizioni di legge o di disposizioni che lasciano residuare margini di discrezionalità del pubblico agente.

Conclude, infine, la Suprema Corte che vi è stata un'ulteriore riduzione dello spazio di rilevanza penale delle condotte di indebita destinazione prima ascrivibili al reato di abuso di ufficio e ciò in relazione al presupposto della condotta: il possesso o la disponibilità della *res*, richiesto nella nuova norma incriminatrice, infatti è presupposto più stringente rispetto a quello previsto dall'articolo 323 codice penale, che utilizzava la formula “nello svolgimento delle funzioni o del servizio”.

Va ulteriormente aggiunto che vi è una *abolitio criminis* altresì per le condotte distrattive che hanno oggetto beni immobili punibili nell'assetto previgente, ma attualmente non più contemplate dall'articolo 314 bis cod. pen.

### 3. CONCLUSIONI

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti degli imputati, in relazione al reato di cui all'art. 318 cod. Pen. così riqualificato il reato contestato al capo C), e nei confronti del solo F. anche per il reato di cui agli articoli 646, 61, n. 11 cod. pen, così riqualificato il reato contestato al capo F), perché estinti in seguito ad intervenuta prescrizione, revocando le relative statuizioni civili, nonché le confische disposte in relazione suddetti capi. Rigetta nel resto i ricorsi e dispone la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte d'appello di Roma per la rideterminazione della pena

principale e delle pene accessorie nei confronti di F. in ordine ai residui reati, nonché per la quantificazione delle somme relative alla confisca e al risarcimento dei danni a favore delle parti civili. Condanna la società A. al pagamento delle spese processuali. Visto l'articolo 624 cod. proc. pen., dichiara irrevocabile la sentenza riguardo alla responsabilità di F. per i reati di peculato di cui ai capi I) e L).



## UNIVOCITÀ E IDONEITÀ DEGLI ATTI AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL TENTATIVO DI DETURPAMENTO O IMBRATTAMENTO DI BENI CULTURALI (ART. 508 DUODECIES C.P.) - CASS. PEN., SEZ. III, 1 APRILE 2025, N. 12518

A cura di **Andrea PROVENZANO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*In tema di tentativo, l'univocità e idoneità degli atti posti in essere debbono potersi rilevare obiettivamente dalla condotta degli agenti e dalle modalità degli atti da loro posti in essere, senza che, a tal fine, possa farsi riferimento ai propositi interni degli agenti, dei quali non si abbia conoscenza attraverso dati obiettivamente rilevabili. Non può pertanto ritenersi integrato il tentativo di deturpamento o imbrattamento di beni culturali di cui all'art. 518-duodecies c.p. sulla base del mero possesso, da parte di un'attivista di un movimento ambientalista non violento, di due gessetti, di un mini sticker di colla e di un foglio di cartone, in quanto oggetti non intrinsecamente pericolosi e che ben avrebbero potuto essere destinati ad effettuare azioni dimostrative non danneggianti o deturpanti o anche a nessuna azione protestataria.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 160
2. **La decisione** ..... 160
3. **Conclusioni** ..... 162

### 1. IL FATTO

Il tribunale del riesame dei minorenni di Venezia ha rigettato il riesame proposto dalla minore avverso il decreto di perquisizione e sequestro emesso nei suoi confronti in ordine al delitto di cui all'art. 518-duodecies c.p.

La vicenda trae origine dal fermo di una attivista ambientale all'ingresso di un Museo, con due gessetti, un mini sticker di colla e un foglio di cartone.

Nei confronti di tale ordinanza la minore ha proposto ricorso in Cassazione.

In particolare, la ricorrente lamentava violazione degli artt. 125 c.p.p e 56-518-duodecies c.p. L'ordinanza sottolinea che la giovane sia

simpatizzante di un movimento ambientalista non violento e trae conferma dell'esistenza di un proposito delittuoso dalla presenza sul luogo di altre due simpatizzanti del Movimento. Ancora, gli oggetti rinvenuti sarebbero potenzialmente idonei a deturpare, deteriorare, imbrattare beni culturali. Seguendo tale ragionamento, obietta però la ricorrente, sarebbe sufficiente il possesso di una penna da parte di un ambientalista, in quanto strumento potenzialmente idoneo a perpetrare il reato contestato.

### 2. LA DECISIONE

La Cassazione ha ritenuto fondato il motivo di ricorso sopra richiamato.

Dopo una disamina del reato, introdotto nel 2022 e che si pone strutturalmente in rapporto di specialità unilaterale per specificazione rispetto alla fattispecie generale di cui all'art. 639 c.p. (tratto specializzante è la culturalità del bene, oggetto materiale del reato), il giudice di legittimità pone l'attenzione sulla decisione oggetto di ricorso. Secondo quest'ultima, sarebbe integrato il tentativo del reato per essersi la ricorrente e altri soggetti già introdotti nel museo e quindi per aver già iniziato la fase esecutiva del reato, non portata a termine solo per l'intervento delle forze di polizia.

La Suprema Corte si sofferma allora sulla contestazione del delitto tentato, precisando che spetta al Tribunale del riesame la verifica di quanto segue:

a) l'astratta configurabilità del reato;

b) la valutazione in ordine al *fumus* della univocità e idoneità degli atti posti in essere ai fini della valutazione della ragionevole ipotizzabilità del reato contestato. L'idoneità degli atti, richiesta per la configurabilità del reato tentato, «deve essere valutata con giudizio *ex ante*, tenendo conto delle circostanze in cui opera l'agente e delle modalità dell'azione, in modo da determinarne la reale adeguatezza causale e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del

\* Funzionario UPP presso il Tribunale di Torino. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

bene protetto.

Ai fini della ravvisabilità del tentativo, i requisiti della idoneità e della univocità degli atti devono potersi rilevare obiettivamente dalla condotta degli agenti e dalle modalità degli atti da loro posti in essere, senza che, a tal fine, possa farsi riferimento alle intenzioni, dagli stessi eventualmente formulate.

Pertanto, al giudice non è consentito di conferire idoneità e univocità di direzione ad atti che, di per sé stessi, non sono né idonei né univoci, attraverso il riferimento ai propositi interni degli agenti, dei quali non si abbia conoscenza attraverso dati obiettivamente rilevabili. Diversamente operando, si finirebbe inevitabilmente per conferire rilievo penale ad atti di volizione interna che possono essere valutati soltanto ai fini dell'esistenza dell'elemento psicologico, ma non anche ai fini della ravvisabilità dell'elemento materiale del reato.

La Cassazione richiama poi i due diversi orientamenti circa il momento a partire dal quale deve ritenersi integrato il tentativo.

La prevalente giurisprudenza di legittimità ritiene che gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli “atti esecutivi” (sulla base di quello che la dottrina chiama “principio di esecuzione”), ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, come inizio di esecuzione, alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata, in quanto l'univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta, non essendo dunque punibili, a titolo di tentativo, i meri atti preparatori.

Alcune pronunce di questa Corte, invece, opinano che per la configurabilità del tentativo rilevano non solo i veri e propri atti esecutivi, ma anche quelli che, pur classificabili come “preparatori”, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo.

In tal caso, i requisiti della idoneità e della univocità degli atti devono potersi rilevare

“obiettivamente” dalla condotta degli agenti e dalle modalità degli atti da loro posti in essere, senza che, a tal fine, possa farsi riferimento alle intenzioni, dagli stessi eventualmente formulate. A titolo di esempio, la disponibilità di armi da sparo e passamontagna all'ingresso di una banca, potrebbe consentire di inferire l'inizio dell'esecuzione di una rapina ovvero la sussistenza di atti preparatori punibili nei termini di cui sopra.

Nel caso di specie, secondo i giudici di legittimità, tutto ciò manca, né il Tribunale del riesame dà in modo concreto contezza della sussistenza degli elementi sufficienti a ragionevolmente configurare, almeno a fini probatori, un tentativo punibile. Non vi è, in tutta evidenza, principio di esecuzione, posto che la ricorrente è stata fermata all'ingresso dell'area museale senza aver posto in essere alcuna attività (peraltro neppure annunciata in forma verbale).

Né, del resto, può qui richiamarsi la predetta giurisprudenza sugli “atti preparatori”, posto che non è possibile univocamente inferire la destinazione del materiale sequestrato alla ricorrente alla commissione del reato di deturpamento in ragione della pericolosità intrinseca degli oggetti di cui la giovane indagata era in possesso, essendo ben possibile che il gessetto e le altre cose sequestrate fossero destinati ad effettuare azioni dimostrative non danneggianti o deturpanti (quali sit-in o appelli ai presenti, come farebbe pensare la scritta su uno dei fogli: “intervento”), ovvero a non porre in essere alcuna azione protestataria.

Ne deriva che, in assenza di univocità e direzione degli atti non può, a cascata, che dirsi mancante il requisito del *fumus commissi delicti*, che certo non può ritenersi sussistente, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, in base alla mera appartenenza ad un gruppo ambientalista, ciò che sarebbe in stridente contrasto con quanto disposto dagli articoli 18 e 21 Cost.

In conclusione, è stato affermato il seguente principio di diritto: «in tema di sequestro probatorio, laddove sia contestato un reato commesso in forma tentata, ai fini della valutazione del *fumus commissi delicti* il giudice è tenuto a verificare sia la “astratta configurabilità” del reato sia (con giudizio *ex ante*) la “univocità” e “idoneità” degli atti posti in



essere, ai fini della valutazione della “ragionevole ipotizzabilità” del reato contestato; tali requisiti debbono potersi rilevare obiettivamente dalla condotta degli agenti e dalle modalità degli atti da loro posti in essere, senza che, a tal fine, possa farsi riferimento ai propositi interni degli agenti, dei quali non si abbia conoscenza attraverso dati obiettivamente rilevabili».

### **3. CONCLUSIONI**

Annulla senza rinvio l’ordinanza impugnata nonché il decreto di perquisizione e sequestro in data 29 aprile 2024 e i verbali di perquisizione e sequestro in data 3 maggio 2024, ordinando la restituzione di quanto in sequestro agli aventi diritto.



## IL MEDICO PUÒ LECITAMENTE INTERVENIRE NELLA SFERA SESSUALE DEL PAZIENTE SOLTANTO SE QUESTI HA PRESTATO IL PROPRIO CONSENSO INFORMATO - CASS. PEN. SEZ. III (UD. 09 OTTOBRE 2024 - DEP. 02.12.2024), N. 43877

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA

*In tema di violenza sessuale, il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito il suo consenso, esplicito e informato, o se sussistono i presupposti dello stato di necessità<sup>1</sup>.*

### SOMMARIO

- 1. Il fatto** .Errore. Il segnalibro non è definito.
- 2. La decisione**Errore. Il segnalibro non è definito.
- 3. Conclusioni**Errore. Il segnalibro non è definito.

### 1. IL FATTO

La Corte di appello di Potenza confermava la sentenza di condanna dell'imputato R. E. V. alla pena di anni 4 e mesi 2 di reclusione.

L'imputato proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza di condanna, sviluppando due motivi.

Con il primo, lamentava la violazione dell'art. 606, co. 1, lett. b) ed e) cod. proc. pen. in relazione agli artt. 609-bis e 43 cod. pen., deducendo l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione.

La difesa argomentava sulla base di una errata lettura delle prove in ordine alla illiceità del comportamento dell'odierno ricorrente, attribuendo valenza sessuale a gesti che, in realtà, ne erano privi, dovendosi perciò concludere per l'assenza dell'elemento soggettivo richiesto dall'art. 609 bis cod. pen.

Con il secondo, denunciava la violazione dell'art. 606, co. 1, lett. b) ed e) cod. proc. pen. in relazione all'art. 609-bis, ult. co., cod. pen., argomentando l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione nella parte in cui escludeva la ricorrenza dell'ipotesi di violenza sessuale di minore gravità, lamentando l'assenza di una valutazione oggettiva sui danni asseritamente patiti dalle vittime della condotta criminosa tenuta.

### 2. LA DECISIONE

La Suprema Corte dichiarava entrambi i motivi manifestamente infondati.

Il primo motivo si riferiva all'assenza dell'elemento soggettivo del delitto contestato nei confronti delle due persone offese.

In realtà, in riferimento al motivo di ricorso delineato dall'art. 606, comma 1, lett. e) cod. proc. pen., la Corte riteneva doverosa una premessa.

La disposizione in questione non consente alla Corte di Cassazione l'indagine sul discorso giustificativo della decisione (c.d. merito), non potendo sovrapporre la propria valutazione a quella già effettuata nei precedenti giudizi. La sua valutazione, di conseguenza, è circoscritta alla sola adeguatezza delle considerazioni di cui il giudice di merito si avvaleva per giustificare il suo convincimento.

Si ingenera il travisamento della prova qualora l'iter logico-giuridico della motivazione del giudice contraddice le risposnde processuali. In questi casi, il ricorrente, potrà proporre quale ragione del ricorso l'art. 606, comma 1, lett. e) cod. proc. pen, purché sia fatto valere in modo specifico e inequivoco riferendosi alle determinate prove che si asseriscano come travisate.

In altri termini, il travisamento rappresenta lo strumento per saggiare la tenuta della motivazione rapportando la coerenza logica con i fatti posti alla base del ragionamento del giudice di merito.

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale

Di contro, allora, il giudizio di legittimità non può cadere sul fatto, in quanto gli Ermellini non possono sostituire la propria valutazione con quella dei precedenti gradi di merito.

È pur vero, però, che la Corte di Cassazione può vagliare una diversa motivazione, sempreché: a) il ricorrente individui le prove indicate dal giudice ai fini della decisione e ne eccepisca il travisamento; b) le prove travisate e/o quelle omesse siano decisive, in grado cioè di disarticolare il fondamento fattuale del ragionamento logico; c) esse siano allegate per intero all'atto di ricorso o ne sia comunque indicata la specifica collocazione nel fascicolo processuale.

Infine, nel caso di c.d. “doppia conforme” (come nel caso esaminato dalla Suprema Corte) non è consentito eccepire il travisamento mediante la pura e semplice riproposizione delle medesime questioni devolute nell'atto di appello.

Ciò premesso in astratto, in concreto i Giudici di Piazza Cavour ritenevano il primo motivo infondato, in quanto le censure erano meramente ripropositive di quelle già proposte in secondo grado, mancando anche di indicare la fonte dimostrativa che provasse quanto da lui lamentato e, infine, di indicare come le prove travisate od omesse potessero scardinare l'iter logico-giuridico della sentenza impugnata.

Dal compendio probatorio ricostruito dalla Corte di Appello di Potenza emergeva che le attività poste in essere dall'imputato, esercente l'attività di medico, superavano i limiti delle prestazioni richieste. Inoltre, dai Giudici di legittimità veniva considerata priva di pregio l'affermazione secondo cui era assente l'elemento soggettivo del reato, atteso che:

*«ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato [...] essendo sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitargli lo stimolo, a prescindere dallo scopo perseguito»<sup>2</sup>.*

Posto nel nulla era altresì il riferimento all'appropriatezza terapeutiche delle pratiche, in quanto

il ricorrente non riferiva il mezzo di prova da cui poteva desumersi la corretta acquisizione del consenso a fronte di pratiche mediche inconfutabilmente invasive della sfera della libertà sessuale di due soggetti minorenni, i quali – invece - erano esplicitamente in disaccordo con queste ultime<sup>3</sup>.

Ai fini della legittimità dell'intervento postulante l'intrusione nella sfera sessuale del paziente è imprescindibile l'acquisizione del suo consenso, esplicito e informato, o se sussistono i presupposti dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen. *A contrario*, si attribuirebbe al medico un generale diritto a curare a prescindere dalla volontà del malato, nonché la possibilità di intervenire ignorando il consenso (informato) di quest'ultimo. Ne consegue, dunque, che in riferimento al delitto di violenza sessuale:

*«il medico, e in genere il sanitario, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera sessuale di un paziente solo se abbia acquisito un consenso esplicito e informato dallo stesso, o se sussistano i presupposti dello stato di necessità. E che l'acquisizione del consenso è necessaria a rendere giuridicamente consentito un comportamento altrimenti integrante il reato di violenza sessuale»<sup>4</sup>*

La conclusione non potrebbe essere differente in virtù della legge n. 219/2017, il cui articolo 1 si occupa del consenso informato, diretto ad attestare il coinvolgimento del paziente nelle scelte sui trattamenti sanitari da ricevere. Di conseguenza, in assenza di quest'ultimo e della scriminante dello stato di necessità, non può considerarsi legittimo l'intervento del sanitario se il paziente non ha ricevuto le informazioni sulla patologia e sui trattamenti sanitari, acconsentendovi.

Nel caso di minori, il legislatore del 2017 optava per rimettere la decisione ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale.

Ugualmente inammissibile era il secondo motivo, relativo alla descrizione degli atti sessuali come di minore gravità.

In disparte la considerazione per la quale i motivi di ricorso non erano altro che una mera reiterazione di quelli già dedotti in appello e già disattesi nella sede; ma la sussunzione del fatto nell'ultimo

<sup>2</sup> Cass. Pen. Sez. 3, n. 3648/2017; Sez. 3, n. 21020/2014; Sez. 3, n. 20754/2013

<sup>3</sup> Testualmente la sentenza, p. 9: «[...] che ha comunque chiaramente verbalizzato che erano cose che a me non piacevano [...]»

<sup>4</sup> Così testualmente la sentenza, p. 10.



comma dell'art. 609 *bis* cod. pen. non poteva essere questione rimessa alla Suprema Corte.

La qualificazione in tal senso presuppone una valutazione calata sugli elementi globali del fatto, preclusa – come analizzato - alla Corte, in cui assumono rilievo criteri quali: 1) la modalità dell'azione, ossia la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo e il luogo; 2) la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Peraltro, nel caso di specie, le violenze di tipo sessuale venivano perpetrate da un medico sui suoi pazienti, inverano l'abuso del rapporto di fiducia e di affidamento.

Da qui il rigetto anche del secondo motivo.

### **3. CONCLUSIONI**

La Suprema Corte dichiarava inammissibile il ricorso e condannava il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalle parti civili ammesse al patrocinio a spese dello Stato.



**ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE DISPOSTA IN APPELLO AI SENSI DELL'ART. 300, COMMA 5 C.P.P., NEI CONFRONTI DELL'IMPUTATO PROSCIOLTO IN PRIMO GRADO IL RIMEDIO CHE QUEST'ULTIMO PUÒ ESPERIRE È IL RIESAME EX ART. 309 C.P.P., - CASS. PEN. SEZ. UN. (UD. 11 LUGLIO 2024 - DEP. 03.12.2024), N. 44060**

A cura di **Fabrizio REGA\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di misure cautelari personali, nel caso in cui l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, venga successivamente sottoposto, ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., a nuova applicazione della custodia in carcere, il rimedio che egli può esperire per impugnare la relativa ordinanza è quello dell'istanza di riesame ex art. 309 cod. proc. pen.*

**SOMMARIO**

<b>1. Il fatto .....</b>	<b>166</b>
<b>2. Le considerazioni preliminari della corte: i tratti distintivi di appello e riesame .....</b>	<b>167</b>
<b>3. Il primo orientamento: l'appello cautelare .....</b>	<b>168</b>
<b>4. La seconda tesi: l'esperibilità dell'istanza di riesame .....</b>	<b>168</b>
<b>5. La decisione delle sezioni unite ....</b>	<b>169</b>
<b>6. Conclusioni .....</b>	<b>170</b>

**1. IL FATTO**

Nell'ambito del procedimento instaurato per i reati di omicidio volontario aggravato; tentato omicidio aggravato; detenzione e porto illegali di armi aggravati; art. 73, DPR 309/90 e 416-bis.1 cod. pen., a carico di N. C. e altri, il GIP di Napoli respingeva la richiesta di applicazione della misura cautelare avanzata nei confronti degli imputati.

Avverso il provvedimento di rigetto presentava appello cautelare il PM e, in parziale accoglimento di esso, il Tribunale del riesame di Napoli applicava ad N. C. la misura della custodia cautelare in carcere.

Con la sentenza del 6 ottobre 2022, il GUP di Napoli, procedendo nelle forme del rito abbreviato, assolveva N. C. da tutti i reati con la formula “per non aver commesso il fatto” e conseguentemente dichiarava la cessazione della misura cautelare di N. C., ai sensi dell'art. 300, comma 1, cod. proc. pen.

In data 28 settembre 2023, la Corte d'assise di Napoli, riformava la sentenza di Prime Cure, condannando N.C. e, in data 2 ottobre 2023, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Napoli, depositava richiesta di emissione della misura cautelare in carcere nei confronti di N.C.

Il 26 ottobre 2023, la Corte d'assise di appello di Napoli applicava la misura richiesta, considerando che N.C. – nel giudizio di appello – veniva condannato per le imputazioni di omicidio, lesioni, detenzione e porto di armi e tentato acquisto di sostanze stupefacenti.

Avverso l'ordinanza, l'imputato proponeva impugnazione innanzi all'organo del riesame ma, quest'ultimo, qualificando il gravame come “appello” lo dichiarava inammissibile poiché priva della contestuale esposizione dei motivi.

La difesa dell'imputato proponeva ricorso per Cassazione, deducendo l'errata applicazione degli artt. 275, 309 e 310 cod. proc. pen.

Infatti, secondo il ricorrente, l'ordinanza applicativa oggetto di impugnazione era da considerarsi “nuova” e, quindi, diversa da quella originaria disposta nel primo grado, perché gli elementi valutati erano dissimili. Infatti – durante l'appello – N.C. veniva condannato per concorso anomalo nel

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

<sup>1</sup> Massima ufficiale.



delitto di omicidio, a dispetto dell'originaria imputazione di omicidio volontario, trattandosi – dunque - di reato diverso. Di conseguenza, stando alle motivazioni del ricorso, l'ordinanza della Corte d'assise di appello di Napoli avrebbe dovuto considerarsi "genetica" e, quindi, soggetta a riesame.

Il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, nella sua requisitoria, concludeva per il rigetto del ricorso individuando il mezzo di gravame nell'appello.

Con ordinanza del 10 aprile 2024, la Prima Sezione penale, rilevato un contrasto interpretativo in giurisprudenza, rimetteva alle Sezioni Unite la seguente questione:

«Se l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, debba impugnare l'ordinanza con la quale sia stata disposta, ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., la custodia in carcere con la richiesta di riesame ovvero con l'appello cautelare».

## **2. LE CONSIDERAZIONI PRELIMINARI DELLA CORTE: I TRATTI DISTINTIVI DI APPELLO E RIESAME**

Le Sezioni Unite venivano chiamate a definire il mezzo di gravame che l'imputato deve proporre avverso l'ordinanza applicativa di misura cautelare di tipo coercitivo ai sensi dell'art. 300, comma 5 cod. proc. pen., secondo cui:

«Qualora l'imputato prosciolto o nei confronti del quale sia stata messa sentenza di non luogo a procedere sia successivamente condannato per lo stesso fatto, possono essere disposte nei suoi confronti misure coercitive quando ricorrono le esigenze cautelari previste dall'articolo 271, comma 1, lettere b) e c)».

Preliminarmente, al fine di risolvere il contrasto, la Corte di Cassazione ricostruiva gli istituti dell'appello cautelare e del riesame.

L'atto di appello costituisce mezzo di impugnazione parzialmente devolutivo (secondo il brocardo

“Tantum devolutum quantum appellatum”), tale da imporre, a pena di inammissibilità, l'indicazione specifica dei punti del provvedimento che si intendono contestare.

La verifica della genericità è sovrapponibile a quanto richiesto per il ricorso per Cassazione, dovendo concludersi per l'inammissibilità qualora non risultino esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata.

Tale ricostruzione è ricavabile dall'art. 581, comma 1 bis, cod. proc. pen. laddove prevede l'inammissibilità dell'atto se non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato.

Infatti, funzione dell'impugnazione, ex species l'appello, è la critica vincolata avverso il provvedimento cui si riferisce.

«Tale critica argomentata si realizza attraverso la presentazione di motivi che, a pena di inammissibilità, debbono indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Contenuto essenziale dell'atto di impugnazione è, pertanto, innanzitutto e indefettibilmente il confronto puntuale con le argomentazioni del provvedimento che si contesta»<sup>2</sup>.

Al mezzo di gravame in esame devono applicarsi le stesse regole degli ordinari mezzi di impugnazione, tra cui gli artt. 581 e 591 cod. proc. pen., con l'effetto – dunque – di rendere necessaria l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto a fondamento della richiesta.

Diversa è la richiesta avanzata ex art. 309 cod. proc. pen., per cui non sono richiesti l'indicazione degli specifici punti di diritto e di fatto a fondamento della stessa, costituendo mezzo di impugnazione totalmente devolutivo<sup>3</sup>.

Tuttavia, in assenza di una formulazione di specifiche questioni sui presupposti applicativi della misura cautelare, il giudice del riesame può limitarsi a richiamare il contenuto del titolo genetico, sempreché dimostri di averlo valutato.

<sup>2</sup> Sul punto Cass. Pen. Sez. III 43877-2024, presente in rassegna, nonché, in senso conforme, Cass. Pen. Sez. VI n. 8700/2013 e Sez. II n. 19411/2019.

<sup>3</sup> Così Cass. Pen. Sez. Un. 16/1994, Demitry.



L'esito del riesame può essere l'annullamento o la riforma in senso favorevole all'imputato, anche per motivi che sono diversi da quelli prospettati nell'atto di gravame.

Il discrimen tra i due mezzi, dunque, si traduce anche nell'introduzione di motivi nuovi, la diversità e la natura dei termini fissati per lo svolgimento del procedimento e l'emissione del provvedimento, nonché le modalità di svolgimento stesso del procedimento.

### 3. IL PRIMO ORIENTAMENTO: L'APPELLO CAUTELARE

L'orientamento prevalente risolveva la questione individuando l'appello cautelare.

La teoria maggioritaria fondava l'iter logico-giuridico sulla novità della misura *ex art.* 300, comma 5, cod. proc. pen. e sulle cause di cessazione dell'efficacia della misura cautelare disposta.

In questi casi, è presente un titolo legittimo, ma la sua efficacia cessa per un fatto esterno all'ordinanza cautelare, dacché essendo assente una nuova valutazione sulla persistenza o meno delle esigenze cautelari, deve ritenersi che il titolo originario si riassume, rendendo necessario l'appello.

Di contro, se il titolo cessa perché i presupposti applicativi vengono a mancare, l'ordinanza genetica viene eliminata, per cui ogni successiva misura disposta non realizza una rinnovazione, ma costituisce una nuova misura e, dunque, soggetta al riesame ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen.

Nel caso di specie, ossia la reiterazione della misura cautelare ad imputato considerato assolto in primo grado, ma condannato in appello, si riconoscerebbe una riemissione della misura che veniva già disposta in primo grado.

L'esegesi veniva supportata dall'art. 300 cod. proc. pen. Se il legislatore intendeva recidere qualunque collegamento tra la prima e la seconda applicazione, il comma quinto sarebbe stato inutile, dato che la possibilità di applicazione *ex novo* sarebbe stata regolata dalle disposizioni generali in tema di misure cautelari personali.

Le pronunce conformi concludono affermando che nell'ipotesi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen.: «*il rimedio è quello dell'appello essendo l'inefficacia di quello precedente estranea alla validità e al merito di esso, non discendente da violazione di legge, né dal carattere provvisorio di quello emesso da giudice incompetente, né conseguenza di annullamento*»<sup>4</sup> non potendosi dedurre un nuovo provvedimento ma riespansione del titolo originario.

### 4. LA SECONDA TESI: L'ESPERIBILITÀ DELL'ISTANZA DI RIESAME

Il secondo orientamento riteneva esperibile l'istanza di riesame ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen.

Invero, l'impostazione minoritaria affermava che la misura caducata o, comunque, divenuta inefficace doveva intendersi come mai esistita e, dunque, *tamquam non esset*. Di conseguenza, la misura reiterativa di un'ordinanza coercitiva dovrebbe essere soggetta a riesame perché "nuova".

Il ragionamento principiava dall'*incipit* dell'art. 309 cod. proc. pen., il quale dispone che il mezzo di gravame vada diretto contro "l'ordinanza che dispone una misura cautelare", senza ulteriori specificazioni. Per cui, una lettura più restrittiva significherebbe contrastare la lettera stessa della norma, nonché – aggiungono gli Ermellini – una creazione di una norma nuova, contenente una non consentita limitazione del suo ambito di applicabilità all'ordinanza che dispone "per la prima volta" una misura coercitiva.

La locuzione "ordinanza che dispone una misura coercitiva" consentirebbe di estendere al caso contemplato dall'art. 300, comma 5, cod. proc. pen. la proponibilità dell'istanza di riesame, in quanto già riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità in ipotesi analoghe (tra cui il provvedimento applicativo di una misura coercitiva dopo la revoca della precedente; ordinanza pronunciata a seguito della declaratoria di inefficacia di quella precedente per inosservanza dei termini).

Infine, il secondo orientamento proponeva un'obiezione difficilmente superabile dall'esegetica

<sup>4</sup> Così testualmente, la parte motiva della sentenza a pagina 13.



prevalente. Si sosteneva, infatti, che dopo l'intervento di una pronuncia assolutoria, le condizioni di applicabilità di un provvedimento limitativo della libertà personale sarebbero diverse rispetto alla situazione "anteriore", poiché i gravi indizi di colpevolezza, i quali venivano ritenuti sussistenti in un primo segmento del processo, venivano – poi – meno con la pronuncia di proscioglimento.

La lettura, infine, veniva resa ancor più di pregio in considerazione del combinato disposto artt. 275, comma 1 *bis* e 300, comma 5, cod. proc. pen., perché si determina una omologazione dei criteri valutativi e delle regole alle quali il giudice deve attenersi nell'applicazione della misura; dunque, proprio per tale omologazione viene precluso il ricorso all'esigenza probatoria, pervenendosi alla emissione di un'ordinanza genetica suscettibile di riesame e non all'adozione di un provvedimento concernente la rinnovazione, modifica o estinzione ricorribile con il mezzo *ex* art. 310 cod. proc. pen.

##### 5. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

«Ritiene il collegio che l'imputato, il quale si trovi nella situazione processuale delineata dall'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., debba impugnare con l'istanza di riesame l'ordinanza con la quale sia stata disposta nei suoi confronti la custodia cautelare in carcere, emessa a seguito di condanna pronunciata al termine del giudizio di appello»<sup>5</sup>.

L'art. 300 cod. proc. pen. sottende un automatismo derivante dalla sentenza di proscioglimento che ribalti la precedente valutazione di probabile "colpevolezza" posta a base della misura, per il quale la persona sottoposta a misura cautelare ha diritto ad ottenere un'immediata reintegrazione dello "status libertatis".

L'ultimo comma della suddetta norma prevede che l'imputato prosciolti e successivamente condannato per lo stesso fatto possa essere sottoposto a misura coercitiva esclusivamente qualora ricorrano le esigenze cautelari di cui all'art. 274, lett. b) e c).

Per cui veniva ritenuto infondato l'argomento per il quale se il legislatore avesse inteso recidere qualunque collegamento tra la prima e la seconda

applicazione della misura, la disposizione di cui al comma 5 sarebbe stata inutile, perché l'applicazione *ex novo* sarebbe stata regolata dalle disposizioni generali.

In realtà, la norma costituisce piena attuazione della legge-delega n. 81 del 1987 esprimente l'esigenza di evitare che il reo, in caso di assoluzione, possa darsi alla fuga.

Inconsistente era altresì l'argomento fondato sull'argomento letterale, riferito all'utilizzo del participio passato "disposte" all'interno dell'art. 300 cod. proc. pen., in contrapposizione con il termine "dispone" di cui all'art. 309.

Le Sezioni Unite evidenziano che il verbo "disporre" asserisce a molteplici ipotesi pacificamente riconducibili all'esperibilità del riesame, come nel caso di rimedio avverso l'applicazione originaria di una misura interdittiva; contro provvedimenti inerenti alle modalità esecutive delle misure; avverso provvedimenti emessi in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte.

Il Supremo Consesso, rispondeva – poi – all'argomento maggiormente persuasivo dell'orientamento maggioritario: la distinzione delle cause di estinzione in automatiche e in non automatiche; in particolare affermando che le prime comporterebbero una riespansione del titolo originario.

Se è vero che l'inefficacia costituisce conseguenza automatica della sentenza di assoluzione, è altresì vero che il provvedimento cautelare emesso successivamente alla caducazione del precedente deve essere considerato come nuova misura, con il quale il giudice precedente veniva chiamato nuovamente a verificare la sussistenza dei presupposti cautelari.

Per cui, la Corte definiva inadeguato il criterio prescelto dall'orientamento maggioritario per verificare il carattere di novità del provvedimento.

Ad onor del vero, il Collegio riteneva anche che la sentenza di assoluzione non integri un "automatismo" processuale oggettivo, ma un ribaltamento dell'originario quadro indiziario e cautelare a cui il giudice era pervenuto nell'esercizio della sua discrezionalità.

<sup>5</sup> Testualmente la parte motiva della sentenza a pagina 16.

Anzi proprio partendo dal significato della pronuncia di assoluzione in primo grado «che all'interprete è consentito orientarsi verso un approdo esegetico che lo autorizza ad attribuire carattere di novità e autonomia al provvedimento cautelare emesso successivamente alla condanna in appello».

Ancora: «Ed invero, rispetto alla prima misura coercitiva applicata, la sentenza di assoluzione che ne fa venir meno l'efficacia, innegabilmente costituisce una forte censura, come, del resto, si evince dalle ragioni che hanno portato all'introduzione della norma in commento [...]».

Il carattere di novità dell'ordinanza era riprova dalla circostanza per cui la novella misura verrebbe emessa dopo un altro giudizio di cognizione, suscettibile di essere arricchito con nuove prove, sicché difficilmente può dubitarsi della sua autonomia rispetto al primo provvedimento.

Stando così la lettura della Corte, sarebbe problematico parlare di “revivescenza” del titolo originario, soprattutto perché il titolo originario perdeva efficacia e veniva sostituito con un provvedimento diverso, con differenti presupposti applicativi.

In senso sovrapponibile si poneva anche l'art. 275, commi 1 bis e 2 ter, cod. proc. pen. che esplicita, al di fuori delle ipotesi di adozione obbligatoria, la discrezionalità del giudice d'appello di valutare discrezionalmente la necessità o meno della misura, non diversamente da quanto può fare il giudice di primo grado. Una lettura in senso diverso giustificerebbe l'attribuzione al giudice di primo grado di poteri più ampi e incisivi rispetto a quello di secondo grado.

Per cui le norme da ultime citate impongono delle particolari regole di giudizio sulle esigenze cautelari di un imputato condannato.

Nel caso dell'art. 300, comma 5, si è di fronte ad un accertamento nuovo, perché giustificato da altri elementi, dissimili rispetto a quelli di verifica effettuata nella fase genetica, potendo – il giudice di Seconde Cure – applicare una misura più o meno grave rispetto a quella precedentemente eseguita.

Si apprezzava, poi, l'intimo collegamento con l'art. 275 comma 1 bis, il quale riprova che si è in presenza di una nuova misura, anche laddove il

titolo originario sia caducato per motivi relativi all'inesistenza di esigenze cautelari.

Pertanto l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen. non può considerarsi mera revivescenza dell'ordinanza genetica, poi caducata a fronte di sentenza di proscioglimento, ma provvedimento “nuovo” siccome presenta aspetti di novità ed autonomia in confronto a quello precedente, così da giustificare, per la sua impugnazione, l'attivazione del procedimento di riesame.

«Il Collegio ritiene, in conclusione, che possa parlarsi di “nuova” misura, impugnabile con istanza di riesame, tutte le volte che la misura originariamente applicata venga caducata, per qualsivoglia ragione, e ne venga emessa una successiva, autonoma dalla prima, ossia non condizionata dalla precedente vicenda cautelare».

Il principio di diritto espresso dalle SS. UU. è il seguente: «in tema di misure cautelari personali, nel caso in cui l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, venga successivamente sottoposto, ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., a nuova applicazione della custodia in carcere, il rimedio che egli può esperire per impugnare la relativa ordinanza è quello dell'istanza di riesame ex art. 309 cod. proc. pen.»

«In tema di misure cautelari personali, sono impugnabili con istanza di riesame i provvedimenti applicativi di una nuova misura cautelare, ricorrendo tale ipotesi tutte le volte che la misura originariamente applicata venga caducata, per qualsivoglia ragione, e ne venga emessa una successiva, autonoma dalla prima, ossia non condizionata dalla precedente vicenda cautelare».

## 6. CONCLUSIONI

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e dispone la trasmissione degli atti al Tribunale di Napoli per il giudizio di riesame.



## PER LA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI TRUFFA NON È NECESSARIA L'IDENTITÀ TRA LA PERSONA INDOTTA IN ERRORE E QUELLA CHE HA SUBITO IL DANNO PATRIMONIALE - CASS. PEN. SEZ. II, 12 DICEMBRE 2024 N. 45599

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Ai fini della configurabilità del delitto di truffa, non è necessaria l'identità fra la persona indotta in errore e la persona che ha subito il danno patrimoniale, purché, anche in assenza di contatti diretti fra il truffatore e il truffato, sussista un nesso di causalità tra l'induzione in errore, il profitto e il danno.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 171
2. **La decisione** ..... 171
3. **Conclusioni** ..... 172

### 1. IL FATTO

La Corte di appello di Bologna, riformando parzialmente la pronuncia emessa in data 7 marzo 2016 dal Tribunale di Bologna, emetteva pronuncia di non doversi procedere nei confronti di D. C. e L. V. in relazione al delitto di truffa per intervenuta prescrizione; confermando – tuttavia – la parte relativa alle statuizioni civili.

Avverso la sentenza gli imputati presentavano ricorso per Cassazione.

La difesa di L. V. deduceva l'erronea applicazione dell'art. 640, comma 2, c.p., nonché la carenza di motivazione in ordine all'individuazione dell'atto di disposizione patrimoniale. Sul punto, secondo il ricorrente, la Corte d'Appello non rispondeva al rilievo relativo alla carenza dell'elemento oggettivo, evidenziando come l'atto di disposizione patrimoniale non veniva posto in essere dalla vittima, ovvero sia il Comune di Sn di S., ma

dalla società concessionaria, obbligata in forza dell'attestazione dell'ente pubblico.

Anche S. C., nell'ambito dell'unico motivo di ricorso prospettato, deduceva l'erronea applicazione dell'art. 640, comma 2, c.p. in relazione alla mancata assoluzione per insussistenza del fatto e per la carenza di motivazione sulle deduzioni avanzate in appello.

Secondo la critica di quest'ultimo, il Giudice del gravame disattendeva le deduzioni difensive, facendo piana applicazione dell'art. 129 c.p.p., confermando tralaticciamente il giudizio sul meccanismo truffaldino espresso dal Giudice di primo grado; inoltre, veniva sottolineata la carenza degli elementi costitutivi del reato, non potendosi ravvisare né un danno patrimoniale per la vittima né l'elemento soggettivo in capo all'imputato.

### 2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione riteneva non fondato il motivo di L. V.

Gli Ermellini, in prima battuta, ribadivano il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 35490 del 2009, secondo cui:

*«il proscioglimento nel merito, in caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità, salvo che, in sede di appello, sopravvenuta una causa estintiva del reato, il giudice sia chiamato a valutare, per la presenza della parte civile, il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili».*

In altri termini, se vi è parte civile costituita ed è intervenuta estinzione del reato per prescrizione nell'eventuale giudizio di appello avverso la sentenza di condanna dell'imputato, il giudice non può limitarsi a prendere atto della causa estintiva, ma deve valutare la sussistenza dei presupposti per l'assoluzione nel merito.

Nel caso di specie, la Seconda Sezione sottolineava come la Corte d'Appello di Bologna aveva

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale



verificato il compendio probatorio ai fini di un'eventuale assoluzione ma, nondimeno, all'esito dell'istruttoria il reato veniva ritenuto configurato e, di conseguenza, giudici di appello emettevano (correttamente) pronuncia di estinzione del reato.

In ordine ai motivi predisposti da S.C., il quale lamentava la carenza dell'elemento oggettivo, il Collegio confermava l'orientamento maggioritario secondo cui: *«Ai fini della configurabilità del delitto di truffa, non è necessaria l'identità tra la persona indotta in errore e la persona che ha subito il danno patrimoniale, purché, anche in assenza di contatti diretti tra il truffatore e il truffato, sussista un nesso di causalità tra l'induzione in errore, il profitto e il danno»*.

Di conseguenza, l'atto di disposizione patrimoniale da cui deriva il pregiudizio economico può essere posto in essere non solo dal danneggiato, ma anche dal *deceptus*.

Nel caso di specie, la condotta fraudolenta era rivolta nei confronti della società "CI H Spa", soggetto diverso dal soggetto titolare dell'interesse patrimoniale leso, ovvero il Comune di Sn di S. La società, indotta in errore dalla condotta degli imputati, procedeva all'assegnazione dell'immobile, in realtà non spettante secondo la normativa convenzionale e al successivo trasferimento della proprietà.

### **3. CONCLUSIONI**

La Suprema Corte rigettava il ricorso di V. L., mentre dichiarava inammissibile il ricorso presentato da C. S.



## IL DELITTO DI FURTO NON TUTELA ESCLUSIVAMENTE LA PROPRIETÀ MA ANCHE IL POSSESSO - CASS. PEN. SEZ. IV, 2 GENNAIO 2025, N. 15

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Il bene giuridico protetto dal delitto di furto è individuabile non solo nella proprietà o nei diritti reali personali di godimento, ma anche nel possesso - inteso come relazione di fatto che non richiede la diretta fisica disponibilità - che si configura anche in assenza di un titolo giuridico e persino quando esso si costituisce in modo clandestino o illecito, con la conseguenza che anche al titolare di tale posizione di fatto spetta la qualifica di persona offesa e, di conseguenza, la legittimazione a proporre querela.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 173
2. **La decisione** ..... 173
3. **Conclusioni** ..... 174

### 1. IL FATTO

La Corte di appello di Palermo confermava la sentenza emessa il 16.09.2022 dal Tribunale di Palermo, con la quale veniva riconosciuto colpevole per il reato di cui agli artt. 56, 624 e 625, nn. 2 e 7 cod. pen. l'imputato F. P. M. – in concorso con La M. L. e La M. A. – e condannato alla pena di mesi otto di reclusione ed euro 120,00 di multa.

In particolare, veniva ritenuto infondato il motivo con il quale si deduceva che l'immobile, oggetto del tentativo di asportazione di parte della copertura, doveva considerarsi quale *res nullius*, rilevando come l'immobile stesso fosse perimetrato da una stabile rete di recinzione finalizzata a evitare l'accesso di estranei, tale da escludere che il

proprietario avesse implicitamente manifestato l'intenzione di disfarsi definitivamente del bene.

Venivano, poi, rigettati i motivi fondati sull'art. 131 *bis*, quello inerente al trattamento sanzionatorio nonché quello inerente alla mancata sostituzione della pena detentiva con quella della libertà controllata.

Avverso la decisione veniva proposto ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. b, cod. proc. pen., deducendo l'inosservanza della legge penale con riferimento agli artt. 336, 337 e c29 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 56, 624 e 625 cod. pen., come modificato dal D. LGS. 150/2022.

In particolare, veniva evidenziato che nelle more del giudizio, il regime di procedibilità per il fatto ascritto era mutato, divenendo – il furto – procedibile a querela di parte.

### 2. LA DECISIONE

I ricorsi erano fondati.

In prima battuta, si rilevava che, in seguito alla c.d. riforma Cartabia (D. Lgs. 150 del 2022), la fattispecie contestata agli imputati (ossia gli artt. 624 e 625, nn. 2 e 7 cod. pen.) era divenuta procedibile a querela di parte, conservandosi il regime della procedibilità d'ufficio per l'aggravante di cui al numero 7 dell'art. 625 cod. pen. alle sole (e residue) ipotesi di fatti commessi su cose esistenti in uffici e stabilimenti pubblici o sottoposte a sequestro o pignoramento ovvero destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza.

L'art. 85 del suddetto decreto stabiliva che: «*Per i reati perseguibili a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato*».

Interessando la riforma l'istituto della querela, considerato anche di natura sostanziale<sup>2</sup> e

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale

<sup>2</sup> Per approfondire, Cass. Pen. Sez. II n. 12179 del 2023: «*Il principio dell'applicazione della norma sopravvenuta più favorevole al reo opera anche con riguardo al regime di procedibilità*»; e Cass. Pen. Sez. III n. 2733 del 1997: «*Il regime di procedibilità d'ufficio per i reati di violenza sessuale previsto dall'art. 609 "septies" cod.pen., introdotto dalla*



perciostesso sottoposto al principio di retroattività favorevole di cui all'art. 2 cod. pen., il nuovo regime di procedibilità introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2022 trova applicazione anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Tale ragionamento era applicabile al caso di specie, in quanto la fattispecie diveniva a querela di parte.

Orbene, al fine di verificare la presenza della condizione di procedibilità, la Suprema Corte ribadiva un importante principio sul punto:

*«Il bene giuridico protetto dal delitto di furto è individuabile non solo nella proprietà o nei diritti reali personali di godimento, ma anche nel possesso - inteso come relazione di fatto che non richiede la diretta fisica disponibilità - che si configura anche in assenza di un titolo giuridico e persino quando esso si costituisce in modo clandestino o illecito, con la conseguenza che anche al titolare di tale posizione di fatto spetta la qualifica di persona offesa e, di conseguenza, la legittimazione a proporre querela»<sup>3</sup>.*

Concretamente, la persona offesa dalla vicenda (A. B.) presentava denuncia-querela, adducendo di essere affittuario di un immobile sito nei pressi di quello interessato dalla condotta di tentata sottrazione dei materiali di copertura del capannone da parte dei ricorrenti e definito come in stato di abbandono.

Pertanto, rilevato che non era stata proposta alcuna istanza di punizione da parte di soggetto legittimato, la Corte emanava sentenza di annullamento senza rinvio nei confronti di M. e di La M. per difetto di querela.

### 3. CONCLUSIONI

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di M. F. P. e La M. L. perché l'azione

penale non poteva essere proseguita per assenza di querela.

Annulla la medesima sentenza nei confronti di M. L. limitatamente al trattamento sanzionatorio e rinvia, per nuovo giudizio sul punto, ad altra Sezione della Corte di appello di Palermo.

---

*Legge 15 febbraio 1996, n.66, non può produrre effetti sui fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Il problema dell'applicabilità dell'art.2 cod. pen., in caso di mutamento nel tempo del regime della procedibilità a querela, va positivamente risolto alla luce della natura mista, sostanziale e processuale, di tale istituto, che costituisce nel contempo condizione di procedibilità e di punibilità. Infatti, il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo opera non soltanto al fine di individuare la norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto, ma anche in*

*ordine al regime della procedibilità che inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legata al fatto come qualificato dal diritto, specie quando il legislatore in una determinata materia modifichi profondamente fattispecie, pene, denominazione dei delitti, come è avvenuto in quella dei reati di violenza sessuale, sottratti all'area della moralità pubblica e concepiti come reati contro la persona».*

<sup>3</sup> Cass. Pen. Sez. U, n. 40354/2013



## IL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI PUÒ CONSUMARSI ANCHE SE LE CONDOTTE MOLESTE SONO RECIPROCHE - CASS. PEN. SEZ. V, 4 FEBBRAIO 2025, N. 4546

A cura di **Fabrizio REGA\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La reciprocità dei comportamenti molesti non esclude la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombendo sul giudice, però, in siffatta ipotesi, un più accurato onere di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 175
2. **La decisione** ..... 175
3. **Conclusioni** ..... 176

### 1. IL FATTO

Il Tribunale condannava l'imputato per i delitti di atti persecutori, molestia ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose - alla pena detentiva di mesi 9, con concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, nonché al risarcimento del danno in favore delle parti civili eredi della persona offesa

In sede di gravame, la Corte d'appello riformava parzialmente la sentenza di primo grado, ritenendo assorbito il reato di minaccia in quello di atti persecutori; escludendo una delle parti civili; dichiarando, poi, di non doversi procedere nei confronti dell'imputato per intervenuta prescrizione; confermando, infine, il resto della sentenza.

L'imputato, per il tramite del proprio difensore, presentava ricorso per Cassazione articolando diversi motivi, tutti fondati sulla lettera e, dell'art. 606, comma 1, c.p.p.

Prima di tutto, lamentava l'assenza di motivazione in ordine all'obiezione relativa alla reciprocità delle condotte moleste tra imputato e la deceduta P.O.- A tal proposito, sebbene la giurisprudenza ammetta la configurabilità del reato di cui all'art. 612 bis c.p. anche a fronte di molestie reciproche, è anche vero che la presenza di tale circostanza imponga un onere motivazionale più puntuale circa la sussistenza dello stato d'ansia o di paura e/o del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o ancora della necessità del mutamento delle abitudini di vita della P.O.-

Con il secondo motivo, criticava la sentenza di secondo grado per carenza di motivazione in ordine all'entità del danno cagionato, nonostante, con specifico motivo di appello, veniva evidenziata l'assenza di qualunque prova in tal senso.

Infine, criticava la manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui, la Corte d'appello, pur estromettendo la parte civile, confermava il capo della sentenza, relativo alle spese di costituzione delle due parti civili costituite con il medesimo difensore.

### 2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, nell'analisi del ricorso, ribadiva l'orientamento costante della giurisprudenza secondo cui:

*«la reciprocità dei comportamenti molesti non esclude la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombendo sul giudice, però, in siffatta ipotesi, un più accurato onere di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita»<sup>2</sup>.*

Il reato di cui all'art. 612 bis, infatti, è un reato abituale di evento sicché è necessario, per la sua consumazione, il realizzarsi di almeno due

\* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale

<sup>2</sup> Da ultimo, Sez. 5, n. 42643 del 24/06/2021.



condotte che causino le conseguenze previste alternativamente dalla norma tipizzante.

A fronte di condotte reciproche, di conseguenza, sorge l'esigenza di una verifica più approfondita da parte del Giudice sugli eventi del comportamento tenuto:

*«volta ad accertare in quali termini tali condotte "persecutorie" vengano poste in essere e se esse siano o meno maturate in un ambito di litigiosità tra due soggetti che, potrebbe portare a escludere, ove si accerti una posizione di parità tra di loro, la configurabilità del reato che presuppone la sussistenza di un disequilibrio della posizione della vittima rispetto a quella dell'autore dei comportamenti intimidatori o vessatori».*

La reciprocità, in altri termini, non esclude di per sé la penale rilevanza delle condotte persecutorie, ma ne rende più scrupoloso l'accertamento, imponendo al Giudice un onere di motivazione rafforzato sull'individuazione di almeno uno degli eventi individuati dal legislatore, nonché, ed è questo il *quid pluris* richiesto dalla giurisprudenza in tali ipotesi, l'accertamento di una posizione di ingiustificata predominanza di uno dei due contendenti, tale da consentire di qualificare le iniziative minacciose e moleste come atti di natura persecutoria e le reazioni della vittima come esplicitazione di un meccanismo di difesa volto a sopraffare la paura.

### **3. CONCLUSIONI**

Annulla la sentenza impugnata agli effetti civili, con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello.



**LA SUPREMA CORTE RITORNA SUL TEMA DELL'UTILIZZABILITÀ DEI MESSAGGI "WHATSAPP" QUALE PROVA DOCUMENTALE - CASS. CIV., SEZ. II, ORD., UD. 05 DICEMBRE 2024, DEP. 18.01.2025, N. 1254**

A cura di **Giuseppina AVOLIO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*I messaggi "whatsapp" sono utilizzabili quale prova documentale e, dunque, possono essere legittimamente acquisiti mediante la mera riproduzione fotografica, con la conseguente piena utilizzabilità dei messaggi estrapolati da una "chat" di "whatsapp" mediante copia dei relativi "screenshot", tenuto conto del riscontro della provenienza e attendibilità degli stessi.*

**SOMMARIO**

- 1. Il fatto ..... 177**
- 2. La decisione ..... 177**
- 3. Conclusioni ..... 178**

**1. IL FATTO**

Il Tribunale di Pavia, con sentenza n.1126/2021, in accoglimento dell'opposizione presentata dal presunto debitore avverso il decreto ingiuntivo n.1916/2019, revocava detto decreto, escludendo la fondatezza della pretesa creditoria, considerata l'assenza di risultanze istruttorie a supporto del titolo sotteso alla stessa.

La società creditrice proponeva appello avverso la pronuncia di primo grado, lamentando in particolare l'erronea valutazione della documentazione prodotta, nonché delle prove testimoniali assunte in sede di prime cure.

La Corte d'appello di Milano accoglieva l'impugnazione in parola, statuendo la conferma del decreto ingiuntivo.

In particolare, i giudici di secondo grado ritenevano pacifico l'*an debaetur*, in quanto non oggetto di specifica contestazione, e altresì il *quantum*,

valorizzando proprio le risultanze istruttorie tutte depositate dalla società creditrice.

Invero, la Corte d'appello precisava che dalle dichiarazioni rese dalla teste di parte opposta, corroborate dalla comunicazione intercorsa tramite messaggio *whatsapp* tra le parti in causa, si doveva ritenere raggiunta la prova del diritto di credito in esame, anche in relazione al *quantum debeatur*.

Di diverso avviso è stata parte soccombente che, difatti, proponeva ricorso per cassazione denunciando la violazione e/o errata applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 20 e 23 *quater* d.lgs. n.82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), per avere la Corte di merito valutato erroneamente le prove documentali e testimoniali in ordine all'accordo raggiunto per la fornitura e l'installazione dei serramenti, anche con riferimento alla misura del corrispettivo, e per aver utilizzato ai fini probatori la copia fotografica del messaggio *whatsapp* senza alcuna certezza della riconduzione al suo apparente autore.

Dopo aver parte ricorrente presentato opposizione avverso la proposta di definizione anticipata del giudizio *ex art.380 bis*, gli ermellini così decidevano.

**2. LA DECISIONE**

Rigetate le eccezioni preliminari sollevate dalla controricorrente, la Suprema Corte rilevava l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

Invero, secondo i giudici di legittimità la prova della pattuizione del *quantum* preteso in sede monitoria per la fornitura e la posa dei serramenti è stata desunta dalla prova testimoniale da cui emergevano i prezzi pattuiti per la commessa; fatto che risultava corroborato altresì dal contenuto adesivo del messaggio *whatsapp* inviato dal committente, da cui si deduceva l'accordo delle parti per il

\*Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione forense. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

pagamento secondo la fattura inviata all'ultima-  
zione dell'installazione.

Più nel dettaglio, avendo riguardo alla conte-  
stazione del messaggio whatsapp prodotto dalla so-  
cietà creditrice, la Suprema Corte precisava che i  
messaggi *whatsapp* e gli *sms* conservati nella memo-  
ria del telefono cellulare sono utilizzabili quale  
prova documentale e, dunque, possono essere le-  
galmente acquisiti mediante la mera riproduzione  
fotografica.

Ne discende, la piena utilizzabilità dei messaggi  
estrapolati da una chat di whatsapp mediante copia  
dei relativi *screenshot*, tenuto conto della provenienza  
e attendibilità degli stessi.

Del resto, avendo riguardo all'acquisizione de-  
gli *screenshot* di messaggi, deve darsi conto dell'inse-  
gnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassa-  
zione, le quali con sentenza n.11197/2023 hanno  
chiarito che gli *screenshot* di *whatsapp* sono legittima-  
mente acquisibili come prova in quanto non si  
tratta di intercettazioni di comunicazioni in corso,  
ma di mera documentazione di messaggi già esi-  
stenti.

Nel caso di specie, la Suprema Corte, proprio  
richiamando l'orientamento ormai pacifico sul  
punto, ribadiva, in tema di efficacia probatoria dei  
documenti informatici, che il messaggio di posta  
elettronica, nonché i messaggi *whatsapp* costitui-  
scono un documento elettronico che contiene la  
rappresentazione informatica di atti, fatti o dati  
giuridicamente rilevanti che, seppur privo di firma,  
rientra tra le riproduzioni informatiche *ex art.2712*  
c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle  
cose rappresentate, se colui contro il quale viene  
prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o  
alle cose medesime.

Ebbene, preso atto che nel caso in oggetto  
l'odierno ricorrente si limitava a contestare l'utiliz-  
zabilità processuale del documento in sé, man-  
cando di disconoscerne la conformità, gli ermellini  
aggiungevano altresì che, nella fattispecie, il mes-  
saggio utilizzato non ha avuto una rilevanza deci-  
siva al fine di ritenere provato il *quantum* della for-  
nitura e della posa in opera dei serramenti, bensì ha  
costituito elemento indiziario utile a suffragare l'at-  
tendibilità della testimonianza resa dal teste di  
parte creditrice.

Avendo riguardo al secondo motivo, invece, la  
Corte ne ravvisava l'inammissibilità, avendo il ri-  
corrente lamentato l'errata e/o la falsa applica-  
zione dell'art. 2225 c.c. e la violazione dell'art.1657  
c.c. per avere la Corte d'appello di Milano deter-  
minato il prezzo sulla scorta del riferimento al con-  
tratto d'opera anziché all'appalto.

Invero, la Suprema Corte ravvisava l'inammis-  
sibilità del motivo in parola, considerato che la mi-  
sura del corrispettivo risultava provato sulla scorta  
delle prove documentali allegate e depositate dalla  
società creditrice e, ciò, indipendentemente dalla  
qualificazione giuridica attribuita al negozio in  
esame.

Da ultimo, appare doveroso evidenziare che la  
Corte di Cassazione in punto di condanna al paga-  
mento delle spese processuali, tenendo conto del  
comportamento processuale del ricorrente, il  
quale, nonostante la proposta di definizione antici-  
pata del giudizio *ex art.380 bis* c.p.c., proponeva op-  
posizione e, considerando che il giudizio è stato de-  
finito in conformità alla proposta, condannava  
parte debitrice al pagamento di una somma *ex*  
*art.96*, terzo e quarto comma, c.p.c., in favore della  
controparte, nonché della cassa delle ammende.

### 3. CONCLUSIONI

Ciò posto, la Suprema Corte rigettava il ri-  
corso, condannando il ricorrente al pagamento  
delle spese processuali.

In definitiva, per esigenze di completezza, ri-  
sulta interessante dare conto del recente approdo  
giurisprudenziale espresso dagli ermellini in punto  
di corretta acquisizione degli *screenshot* di messaggi  
*whatsapp* e/o *sms* nel processo procedimento penale  
(Cass., pen., sentenza 39548/2024).

In particolare, senza addentrarci troppo nella  
questione specifica, appare interessante evidenziare  
in questa sede quanto ribadito dalla Suprema  
Corte rispetto all'interpretazione della nozione di  
corrispondenza *ex art.15* Cost.

I giudici di legittimità, infatti, richiamando l'in-  
terpretazione espressa dalla Corte Costituzionale  
sulla nozione di "corrispondenza" (C. Cost., sen-  
tenza n.170/2023), nonché dalla Corte europea dei  
diritti dell'uomo, confermano che i messaggi wha-  
tsapp rientrano nella nozione di corrispondenza e,



che, in quanto tali, per la loro acquisizione nel procedimento penale deve essere applicata la normativa prevista per tale ipotesi dal codice di rito, a pena di inutilizzabilità.

La Consulta, invero, precisa che i messaggi whatsapp rientrano nell'amplissima nozione di corrispondenza, che *abbraccia ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) e che prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero.*

Con l'ulteriore precisazione che la garanzia di cui all'art. 15 della Costituzione - che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza della "della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", consentendone la limitazione "soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria" - si estende "a ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini educativi, compresi quelli elettronici e informatici".

Da qui la certa riconducibilità alla nozione di corrispondenza della posta elettronica, dei messaggi *whatsapp* e più in generale della messaggistica istantanea, che -quindi- rientrano nella sfera di protezione dell'art. 15 della Costituzione, "apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi".



**IL DISACCORDO DEI GENITORI IN MERITO ALL'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME AL FIGLIO RIENTRA TRA LE QUESTIONI DI PARTICOLARE RILEVANZA RIGUARDANTI I FIGLI CHE POSSONO ESSERE SOTTOPOSTE AL GIUDICE ORDINARIO EX ARTT. 316, SECONDO E TERZO CO., 337 TER, III CO., 337 QUATER, III CO. E 337-OCTIES C.C. - CASS. CIV., SEZ. II, ORD., 30 MARZO 2025, NR. 8369**

A cura di **Giuseppina Avolio\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*In caso di contrasto o disaccordo tra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale in merito alla modifica del cognome del figlio minore, trattandosi di esercizio di un diritto fondamentale e, come tale, non rientrante tra gli "atti di ordinaria amministrazione", ciascun genitore può ricorrere al giudice ordinario senza formalità indicando i provvedimenti che ritiene più idonei ex art. 316, II, III, c.c., affinché questi decida nell'interesse esclusivo del minore.*

**SOMMARIO**

- 1. Il fatto ..... 180**
- 2. La decisione ..... 181**
- 3. Conclusioni ..... 182**

**1. IL FATTO**

Il Tribunale di Firenze, con decreto n. 76/2023, rigettava il ricorso proposto dalla madre che aveva avanzato, ex art. 316, III, c.c., istanza di modifica del cognome del figlio minore mediante aggiunta del proprio cognome a quello paterno.

La ricorrente, in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 131/2022, con cui era stata dichiarata in contrasto agli artt. 2, 3 e 117 Cost., l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio, manifestava la volontà di far attribuire al minore anche il proprio cognome, ma che si rendeva necessario adire il Tribunale, essendo il minore nato dall'unione coniugale nel 2015.

\*Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione forense. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

La ricorrente sosteneva, altresì, che detta richiesta traeva origine dalla circostanza di essere l'ultima discendente della "stirpe" citata da Dante nel canto 16 del Paradiso della Divina Commedia; con ciò dunque, evidenziando il prestigio del proprio cognome.

Il Tribunale adito, accogliendo, invece, le doglianze e le eccezioni sollevate da parte resistente, rigettava la domanda affermando la competenza del Prefetto a decidere sulla questione sottoposta, ai sensi dell'art. 89 D.P.R. n. 396/2000, come sostituito dall'art. 2 d. P.R. n. 54/2012.

La madre proponeva appello, insistendo per l'accoglimento della domanda, rilevando di aver adito il Prefetto di Firenze che, tuttavia, non accoglieva la domanda in difetto del consenso paterno.

Il padre, di contro, si opponeva, rinnovando tra l'altro l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della P.A.

La Corte d'Appello di Firenze, ritenuta la propria competenza ex art. 316, II, c.c., accoglieva il ricorso.

In particolare, la Corte in parola, in primo luogo, sosteneva l'applicabilità del *dictum* della pronuncia costituzionale (131/2022) anche ai bambini nati prima della decisione, sebbene non in via automatica.

Detta questione, invero, a parere della Corte, doveva rientrare nelle questioni di particolare rilevanza di cui all'art. 316 c.c. che, in caso di disaccordo dei genitori, possono essere risolte dal giudice all'uopo adito.

In secondo luogo, detta Corte, rilevando il parere negativo già espresso dal Prefetto, sosteneva che essa stessa era chiamata a compiere direttamente la valutazione di merito per ragioni di economia processuale, senza nuovamente dover

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



attendere l'esito amministrativo (che in assenza di domanda congiunta non poteva che essere il medesimo).

Il collegio di secondo grado accoglieva l'appello, ritenendo, tra l'altro, il dissenso paterno meramente emulativo e non dirimente a fronte dei valori di pari dignità dei genitori evocati dal Giudice delle Leggi e, per le ragioni esposte, autorizzava l'aggiunta del cognome materno a quello paterno.

Il padre proponeva ricorso avverso il decreto in parola, demandandone la cassazione per due motivi: difetto di giurisdizione, nonché violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

## 2. LA DECISIONE

La Suprema Corte, trattando congiuntamente i motivi di ricorso, dichiarava il secondo meritevole di accoglimento, sebbene nei limiti di seguito precisati.

Innanzitutto, la Corte chiariva che la controversia in esame non concerneva il momento attributivo del cognome e che, pertanto, la fattispecie non ricadeva sotto la diretta applicazione dell'art. 262, I, c.c., quale risultante dalla pronuncia della Consulta del 2022.

Tuttavia, continuano i giudici di legittimità, deve evidenziarsi che la sentenza 131 del 2022 fornisce principi che appaiono imprescindibili e decisivi per la risoluzione del caso in esame.

Invero, secondo l'interpretazione del Giudice delle Leggi, il cognome costituisce il fulcro dell'identità giuridica e sociale dell'individuo e deve radicarsi nell'identità familiare di questo, costituendo lo specchio dell'eguaglianza e della pari dignità dei genitori.

Tanto premesso, i giudici di legittimità rilevano che anche la Consulta, evidenziando la possibilità di disaccordo tra i genitori in merito all'attribuzione del cognome, auspicava la risoluzione del contrasto in parola a mezzo ricorso al giudice ex art. 316, II e III, nonché artt. 337 ter, III, 337 quarter, III, e 337-octies c.c.

La Corte di legittimità ricordava inoltre che sul piano normativo il nome costituisce il principale mezzo di identificazione della persona ed è elemento essenziale dell'identità personale dell'individuo tutelata dall'art. 2 Cost.; trattasi infatti di un

diritto fondamentale e personalissimo, alla cui tutela è legittimato il titolare.

La disciplina di modifica del cognome è dettata all'art. 89 del d.P.R. n. 396/2000 e nel caso in cui detta modifica riguardi un soggetto minorenni, secondo i principi espressi dalla Consulta, spetta ai genitori congiuntamente o a colui che eserciti in via esclusiva la responsabilità genitoriale rappresentare il figlio ex art. 320 c.c., rientrando la modifica del cognome nella nozione di "atti civili".

Dalla premessa normativa in parola, i giudici di legittimità deducono che, l'atto che attiene all'esercizio di un diritto fondamentale non rientra tra gli "atti di ordinaria amministrazione", che possono essere compiuti disgiuntamente dai genitori, essendo qualificabile come questione di particolare importanza ex art. 316, II e III, c.c.

Il quadro normativo così delineato consente dunque, secondo la Suprema Corte, di disattendere l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario dedotta dal ricorrente.

Invero, i Giudici di legittimità ribadiscono che qualora vi sia disaccordo tra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sull'iniziativa volta a conseguire la modifica del cognome del figlio minore innanzi al Prefetto, la questione deve essere sottoposta al giudice ordinario, affinché questi possa apprezzare l'effettivo interesse del minore alla presentazione della domanda e, ove ne ricorrano i presupposti, autorizzare il genitore ritenuto più adeguato ad assumere l'iniziativa a presentare, quale rappresentante *ad acta* del minore, la domanda al Prefetto di modifica del cognome del figlio, se l'altro genitore risulta contrario.

La Corte di Cassazione, pertanto, ribadisce il raggio di cognizione del giudice ordinario tenuto a compiere le sue valutazioni sempre nel miglior interesse del minore, svolgendo un'istruttoria nel pieno rispetto dei principi del contraddittorio, di proporzionalità, di non automatismo della decisione; valutazione diversa da quella che è chiamato a compiere il Prefetto secondo la normativa sullo stato civile.

Così argomentando, i Giudici di legittimità affermavano che la doglianza del ricorrente in ordine al difetto di giurisdizione del giudice ordinario non può essere accolta, meritando invece accoglimento



la denunciata violazione di legge in relazione all'art. 316 c.c., nei limiti di seguito precisati.

Invero, La Suprema Corte deduce che i giudici di secondo grado correttamente valutavano la scelta di chiedere l'aggiunta del cognome materno come quella più confacente all'interesse del minore, avendo condotto un'istruttoria approfondita sul punto e avendo rilevato l'assenza di circostanze pregiudizievoli per l'interesse del minore conformandosi, tra l'altro, ai principi e agli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale sul punto.

Tanto premesso, tuttavia, la decisione emessa dalla Corte d'appello risulta errata e, secondo la Suprema Corte, va cassata nella parte in cui autorizzava direttamente l'aggiunta del cognome materno a quello paterno ordinando all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Firenze di procedere alla modifica dell'atto di nascita.

Concludono i giudici di legittimità, argomentando che la Corte di merito avrebbe dovuto, accertato l'effettivo e concreto interesse del minore, autorizzare la madre a presentare, quale rappresentante *ad acta* del minore, la domanda al Prefetto di modo che il procedimento previsto dall'art. 89 D.P.R. n. 396/2000 si potesse dispiegare secondo la disciplina propria dello stato civile.

### 3. CONCLUSIONI

La Corte di Cassazione concludeva con l'accoglimento del ricorso per i motivi *supra* esposti e cassava il decreto impugnato, con la precisazione che, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa poteva essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384, secondo comma, c.c. e dunque autorizzando la madre, quale rappresentante *ad acta* del minore a rivolgere domanda al Prefetto ex art. 89 D.P.R. 396/2000 di modifica del cognome del figlio minore.

Tanto decidevano i giudici di legittimità, compensando le spese di lite per la novità e la peculiarità della questione trattata.



## RISOLUZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO DEL CONDUTTORE E DETERMINAZIONE (E LIQUIDAZIONE) DEL DANNO CONTRATTUALE RISARCIBILE AL LOCATORE - CASS. CIV., SEZ. UNITE, 25 FEBBRAIO 2025, N. 4892

A cura di **Cristina CECCONI\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Nell'ambito del contratto di locazione, in caso di risoluzione anticipata del rapporto per inadempimento del conduttore in relazione ai casi in cui la restituzione del bene locato intervenga prima della scadenza del contratto, il locatore ha diritto al risarcimento del danno da mancato guadagno per i canoni non percepiti, laddove dimostri di essersi attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, ferma una valutazione in concreto del giudice, da effettuare secondo il principio della buona fede, ed esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 183
2. **La decisione** ..... 185
3. **Conclusioni** ..... 186

#### 1. IL FATTO

La vicenda trae origine dalla decisione con cui la Corte di appello di Roma, confermando la sentenza pronunciata dal Tribunale di Roma, dopo aver ritenuto che la materiale riconsegna dell'immobile locato prima della naturale scadenza del contratto escludeva la sussistenza di un residuo pregiudizio a carico della locatrice, sicché il patrimonio della stessa poteva ritenersi adeguatamente reintegrato attraverso il ripristino del materiale godimento dell'immobile, aveva parzialmente accolto la domanda della società attrice (locatrice), condannando il conduttore, resosi moroso nel pagamento di taluni canoni di locazione, al pagamento, in suo favore, della somma di euro 4.000,00.

Più precisamente, pur avendo la locatrice ottenuto la convalida dello sfratto per morosità e

attivato il procedimento di rilascio, otteneva a distanza di tempo la restituzione spontanea dell'immobile, sicché invocava la condanna del conduttore al risarcimento dei danni dalla stessa subiti in conseguenza del comportamento contrattuale del conduttore, ivi compresi tutti i canoni di locazione non corrisposti fino alla data di naturale scadenza del contratto o, quantomeno, fino alla data dell'eventuale conclusione di una nuova locazione, oltre al pagamento delle spese relative al procedimento di convalida dello sfratto.

La Corte territoriale motivava come la pretesa risarcitoria al "maggior danno" ai sensi dell'art. 1591 c.c. andava ritenuta infondata, anche laddove più ampiamente interpretata ai sensi dell'art. 1453 c.c., in quanto la materiale riconsegna dell'immobile locato prima della scadenza del contratto escludeva la configurabilità di un pregiudizio in capo alla locatrice, essendo il relativo patrimonio adeguatamente reintegrato per mezzo del materiale godimento dell'immobile.

Avverso la pronuncia della Corte d'appello, il difensore del locatore/ricorrente proponeva ricorso per cassazione, articolato in tre motivi d'impugnazione.

Con il primo motivo, il legale della società ricorrente denunciava la violazione degli artt. 1453 e 1223 c.c. per avere la corte negato il risarcimento dei danni relativi all'ottenimento dei canoni di locazione fino alla naturale cessazione del contratto sulla base dell'orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità che riteneva il corrispettivo della locazione, versato dal conduttore in favore del locatore, coincidente con il compenso per il sacrificio della facoltà di godimento del bene sopportato dal medesimo locatore. Sotto detto profilo, il ricorrente contestava detta decisione in quanto non qualificava il contratto di locazione alla stregua di un'operazione economica più complessa, incentrata sullo scambio tra utilità di diversa natura, ove

\* Funzionario Addetto all'Ufficio per il Processo presso la Corte d'Appello di Napoli, IX Sezione Civile.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

la mera riconsegna dell'immobile prima della naturale scadenza non poteva considerarsi idonea a reintegrare il patrimonio del locatore con riguardo a tutti i canoni convenuti.

Quanto al secondo motivo, il difensore della società ricorrente affermava la violazione degli artt. 91 e 664 c.p.c., in combinato disposto con il d.m. n. 127/2004, sostenendo che la corte territoriale aveva ommesso di liquidare, in suo favore, le spese di lite relative alla procedura di sfratto di morosità e di esecuzione per rilascio.

Con il terzo motivo, censurava la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. per avere la corte territoriale erroneamente disposto l'integrale compensazione tra le parti delle spese relative al procedimento di mediazione.

Resisteva con controricorso il convenuto/conduuttore.

Con l'ordinanza di remissione del 9 novembre 2023, n. 231276, la Sezione Terza ha disposto, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la trasmissione del ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, in ragione della rilevanza nomofilattica della questione, in particolare avuto riguardo alla riconoscibilità, in favore del locatore, al quale il conduuttore inadempiente abbia riconsegnato l'immobile prima della naturale scadenza del contratto, del diritto al risarcimento del danno consistente nella mancata percezione dei canoni di locazione eventualmente dovuti per il periodo successivo a detta riconsegna fino alla naturale scadenza del contratto, o all'eventuale precedente data di conclusione di una nuova locazione.

La Suprema Corte registrava in ordine alla suddetta questione, di particolare rilievo nella prassi applicativa e da inquadrarsi nella più ampia problematica della risarcibilità dell'interesse positivo leso dalla risoluzione ex art. 1453 c.c. nei contratti di durata, la sussistenza di due contrapposti orientamenti in seno alla medesima giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento – più risalente e tendenzialmente prevalente (cfr. Cass. N. 194 del 2023; n. 8482 del 2020; n. 2865 del 2015; n. 10677 del 2008; n. 676 del 1980) – il locatore, che abbia chiesto e ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del

conduuttore, aveva diritto al risarcimento del danno per la anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduuttore, e il cui ammontare era riservato alla valutazione del giudice di merito sulla base di tutte le circostanze del caso concreto.

In senso opposto, un secondo orientamento (cfr. Cass. N. 1426 del 2017; n. 27614 del 2013), invece, sosteneva che in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduuttore ex art. 1453 c.c., una volta intervenuto il rilascio del bene locato, il locatore aveva diritto a percepire unicamente i canoni che maturavano fino alla riconsegna dell'immobile ex art. 1591 c.c., in quanto la mancata percezione da parte del locatore di canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configurava di per sé un danno da "perdita subita" o un danno da "mancato guadagno".

Al contrario, un danno correlato alla mancata percezione del canone in seguito al rilascio poteva, tuttavia, configurarsi laddove, per le concrete condizioni in cui si trovava l'immobile, la restituzione del bene non consentiva al locatore di poterne esercitare il godimento, tanto in via diretta quanto indiretta, commisurandosi in tal caso la perdita del tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell'inesatto adempimento dell'obbligazione di rilascio ai sensi dell'art. 1590 c.c.

Ne derivava che, come osservato nell'ordinanza di rimessione, il punto di divergenza fra i due orientamenti stava nelle differenti conseguenze che andavano ricollegate alla valutazione in termini di godimento indiretto del bene locato.

Infatti, in forza del secondo indirizzo – recepito dalla corte territoriale – una volta intervenuto il rilascio del bene da parte del conduuttore, la mancata percezione dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza del contratto non determinava un danno risarcibile, in quanto il canone di locazione integrava un corrispettivo per la privazione del bene da parte del locatore, sicché la re-immisione dell'immobile nella disponibilità del locatore



faceva venire meno il presupposto a fronte del quale si giustificava il pagamento.

Diversamente, secondo il primo indirizzo, ciò che rilevava era l'interesse leso dall'inadempimento del conduttore, cioè lo specifico interesse al godimento indiretto del bene, da identificarsi con la possibilità, per il locatore, di percepire il corrispettivo pattuito a fronte della concessione ad altri della cosa locata. In tal senso, l'inadempimento concretizzava una violazione del programma negoziale previsto per detto godimento indiretto, sicché il "danno risarcibile" coincideva con il canone pattuito fino alla scadenza del contratto o fino alla nuova locazione, ovvero, secondo una interpretazione più recente volta a valorizzare la diversa natura dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di adempimento, al *quantum* determinato dal giudice di merito.

## 2. LA DECISIONE

Le Sezioni Unite, ritenendo fondato il primo motivo di ricorso, hanno aderito al primo indirizzo interpretativo, sia pure con delle precisazioni.

*In primis*, le Sezioni Unite, tenendo conto dell'attuale "realtà contrattuale della locazione", identificano la "causa" del contratto di locazione nello scambio (in sé considerato) tra l'utilità economico-sociale rappresentata dal godimento di un bene immobile e l'importo monetario del canone, prendendo così le distanze dalla tesi sostenuta dall'indirizzo minoritario (e dalla corte territoriale) secondo cui la dimensione causale del contratto in esame risiederebbe nella sola "rinuncia al godimento diretto" del bene da parte del locatore.

Siffatta interpretazione, infatti, terrebbe conto di tutta quella prassi in cui chi loca un bene non si priva semplicemente della possibilità di goderne direttamente ma intende utilizzarlo per trarne rendite o trarne profitti.

In tal senso, il contratto di locazione realizza un nuovo, originale e più avanzato assetto economico-giuridico delle sfere di entrambi i contraenti, ove, da un lato, il locatore soddisfa il suo specifico interesse alla "trasformazione", in una definitiva disponibilità monetaria, della temporanea utilizzabilità del bene e, dall'altro, il conduttore il suo particolare interesse a "trasformare" la sua originaria

disponibilità monetaria nel temporaneo godimento delle specifiche utilità offerte dal bene altrui.

Emerge, dunque, come la restituzione dell'immobile prima della conclusione del contratto da parte del conduttore inadempiente non sia idonea di per sé a ricostituire la condizione economico-giuridica del locatore così come configurata dalla conclusione del contratto di locazione.

Le Sezioni Unite, così, prendono le distanze dall'orientamento minoritario che, ancorando alla restituzione del bene concesso in locazione la neutralizzazione del danno risarcibile, finiva per neutralizzare altresì la rilevanza giuridica dell'inadempimento.

Osservano, infatti, come, anche secondo una prospettiva volta a valutare il fenomeno dell'inadempimento (in sé considerato), la restituzione anticipata dell'immobile da parte del conduttore inadempiente rende non solo impossibile la realizzazione del programma contrattuale originariamente pattuito, ma altresì impedisce alle parti di raggiungere un diverso e più avanzato assetto economico-giuridico della propria sfera patrimoniale, rivisto attraverso il prisma delle proprie prospettive d'interesse.

In breve, si rende necessario valorizzare il rapporto obbligatorio tenendo conto del complessivo assetto di interessi determinato nel regolamento contrattuale, in quanto destinato a rivestire un ruolo decisivo nella ricostruzione della disciplina applicabile al contratto, sia nella sua fase interpretativa che esecutiva, ed eventualmente patologica.

Da tali premesse, le Sezioni Unite confermano la correttezza d'impostazione delle riflessioni avanzate dalla giurisprudenza maggioritaria secondo la quale il locatore, il quale abbia chiesto ed ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto, ai sensi dell'art. 1223 c.c., anche al risarcimento del danno per l'anticipata cessazione del rapporto da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino alla scadenza del contratto o al reperimento di un nuovo conduttore, il cui ammontare costituirà valutazione del giudice di merito che terrà conto di tutte le circostanze del caso concreto, fra cui, ad esempio, l'utile ricavato, o che avrebbe potuto ricavare, dall'immobile nel periodo



intercorso tra la risoluzione prematura e il termine convenzionale del rapporto.

Detto orientamento, tuttavia, viene mitigato dalla pronuncia in commento in punto di determinazione (e liquidazione) del danno contrattuale risarcibile.

Ed invero, le Sezioni Unite, rammentando la distinzione tra azione di adempimento e azione risarcitoria nonché, in punto di liquidazione, tra *danno-evento* e *danno-conseguenza*, sottolineano l'esigenza di escludere ogni automatismo volto a identificare il "danno" del locatore con l'insieme dei canoni non percepiti e pongono, ai sensi dell'art. 2697 c.c., in capo al locatore, l'onere di comprovare che, nonostante la restituzione dell'immobile prima della scadenza del contratto, il "danno" costituito dalla mancata percezione del canone fino alla scadenza o alla stipulazione di una nuova locazione, si sia ugualmente verificato.

Dal che è richiesta al locatore la prova del nesso di causalità giuridica tra l'evento di danno e le relative conseguenze pregiudizievoli immediate e dirette.

Da questa prospettiva egli dovrà dimostrare di essersi tempestivamente attivato, dopo aver ottenuto la disponibilità del bene, per una nuova locazione a terzi, con la conseguenza che un atteggiamento di inerzia ingiustificata e persistente nel riattivarsi potrà costituire un elemento di valutazione della sua correttezza da parte del giudice di merito.

Da ultimo, il Supremo Consesso ha escluso l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 1591 c.c. in quanto istituto riferibile alle sole conseguenze risarcitorie dovute dal ritardo nella restituzione dell'immobile da parte del conduttore costituito in mora.

In conclusione, le Sezioni Unite della Cassazione hanno enunciato il seguente principio di diritto: *"il diritto del locatore a conseguire, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno da mancato guadagno a causa della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore non viene meno, di per sé, in seguito alla restituzione del bene locato prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede, normalmente, la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo l'apprezzamento del giudice delle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona*

*fede e restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art.1591 c.c."*

### 3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, accoglie il primo motivo in applicazione del principio di diritto di cui in motivazione e rimette gli atti alla Terza Sezione civile per la decisione degli ulteriori motivi di ricorso.

## LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL MUTUO SOLUTORIO – CASSAZIONE A SEZIONI UNITE, 5 MARZO 2025 N. 5841

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Le S.U. dissipano i dubbi circa la qualificazione giuridica e la legittimità del c.d. mutuo solutorio, non ritenendolo un contratto atipico, bensì una species del contratto di mutuo con le medesime caratteristiche in termini di traditio rei e di modalità di conclusione del contratto stesso.*

*Le somme di denaro dopo essere state poste correttamente nella disponibilità giuridica del mutuante con l'accredito in conto corrente – e aver costituito così il contratto di mutuo – vengono immediatamente poste a ripianamento delle precedenti posizioni debitorie con la medesima banca, in virtù del suo carattere “solutorio”.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 187
2. **La decisione** ..... 188
3. **Conclusioni** ..... 188

### 1. IL FATTO

La controversia in oggetto prendeva origine da un atto di opposizione avverso un decreto ingiuntivo ad opera del debitore principale e del garante nei confronti di una banca. Essa ingiungeva loro il pagamento di una somma pari ad euro 50.742,86, oltre interessi e spese, quale saldo negativo di conto corrente garantito da ipoteca.

Nello specifico, occorre rilevare che gli opposenti, avevano stipulato ben cinque contratti di mutuo con la medesima banca a partire dal 1990, di essi quattro erano ipotecari e uno chirografario. Gli opposenti inizialmente deducevano l'illegittimità del comportamento della banca per avere solo apparentemente erogato le somme concesse a mutuo, dato che esse erano state utilizzate per estinguere i

mutui e le aperture di credito precedenti, senza – di fatto – mai uscire realmente dalle casse della banca, operando come una sorta di “giroconto” automatico. Inoltre - come conseguenza delle plurime capitalizzazioni di interessi - i due opposenti deducevano anche l'illegittima applicazione degli interessi anatocistici nonché il superamento del tasso soglia per l'usura.

In estrema sintesi, sia il primo che il secondo grado di giudizio respingevano gli argomenti adottati dai due opposenti, al punto che questi ultimi decidevano di proporre ricorso per Cassazione articolando ben 9 motivi di ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello di Bologna che aveva confermato la sentenza di primo grado. La Seconda Sezione Civile della Suprema Corte designata per la decisione in oggetto rimetteva, però, gli atti al Primo Presidente ai fini dell'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, per la definizione delle controverse questioni in materia di mutuo solutorio.

L'ordinanza interlocutoria poneva tre quesiti: la validità del mutuo solutorio sul quale verte in giurisprudenza un contrasto relativamente alla possibilità di configurare una reale *traditio* delle somme mutate quando le stesse siano contestualmente destinate a ripianare debiti pregressi. Il secondo quesito atteneva alla possibilità che il contratto di mutuo costituisse anche titolo esecutivo. La terza questione, subordinata alla risposta affermativa ai primi due quesiti, poneva il dubbio se detta risposta potesse essere valevole anche nel caso in cui il ripianamento delle passività mediante le somme erogate in mutuo, con operazione di giroconto, fosse operata dalla banca autonomamente e immediatamente, cioè in assenza di un effettivo consenso o di relativi atti dispostivi del mutuatario.

La Suprema Corte nella Pronuncia in oggetto dà conto dei principali e opposti orientamenti sul mutuo solutorio, di fatto due. Il primo idoneo a

\* Dottoranda di ricerca in Law and Sustainability presso Università del Salento e cultrice della materia presso Università Cattolica del Sacro Cuore. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.



dare una risposta affermativa alle questioni sopraesposte e dal quale si può ricavare che: il mutuo solutorio, stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo perché non è contrario né alla legge né all'ordine pubblico; l'accredito delle somme erogate sul conto corrente è idoneo e sufficiente ad integrare la *traditio rei*; di conseguenza, il perfezionamento del contratto di mutuo si ha nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo (mediante, appunto, la disposizione all'interno del conto corrente delle somme); l'effettività della *traditio* è, in tal caso, dimostrata dal fatto che l'impiego per l'estinzione del debito già esistente porta in negativo il patrimonio del mutuatario; di fatto, il ripianamento delle passività, essendo una delle modalità di utilizzo delle somme mutate, dimostra che il mutuatario ha potuto realmente disporre della somma. Il mutuo solutorio, secondo questo primo orientamento e alla luce del ragionamento svolto sino ad ora, non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure come *pactum de non petendo*.

Il secondo orientamento, contrario chiaramente al primo, definisce invece il mutuo solutorio come un'operazione meramente contabile di dare e avere sul conto corrente e idonea a dilatare le scadenze dei debiti pregressi con conseguente applicazione dell'art. 1231 c.c., determinando – così - i soli effetti del *pactum de non petendo ad tempus*, poiché viene modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista, mancando peraltro *l'animus novandi*. Il titolo esecutivo, azionabile dall'istituto di credito a fronte di un inadempimento del mutuatario, dovrà, di conseguenza, ritenersi costituito dal mutuo originario e non dalla successiva modificazione di quel rapporto. Secondo questa impostazione dottrinale, sebbene per il perfezionamento del mutuo sia sufficiente la dazione giuridica delle somme, che può avvenire anche mediante accredito in conto corrente, resta necessario che il mutuatario acquisti la disponibilità delle somme, che chiaramente non si ha se la banca già creditrice, con dette somme, realizza il ripianamento del

debito precedente. Senza l'effettivo trasferimento della proprietà delle somme e la loro disponibilità non vi sarebbe neppure l'obbligo di restituzione.

## 2. LA DECISIONE

Le Sezioni Unite statuiscono che il contrasto debba riassumersi asseverando il primo orientamento sopra citato. Il quesito posto in via principale è, infatti, relativo alla natura del c.d. mutuo solutorio, se esso sia atipico o se rientri nei medesimi schemi del contratto di mutuo classico. In tal senso, si è rilevato che sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti qualificano il mutuo come un contratto reale, il quale quindi si perfeziona con la *traditio* della *res* ed il conseguimento della disponibilità giuridica di essa da parte del mutuatario. Il versamento delle somme di denaro sul conto corrente è idoneo di per sé a intendere il contratto come perfettamente concluso, a prescindere dal successivo – ed eventualmente anche contestuale – impiego del medesimo denaro.

La Suprema Corte rileva che l'affiancamento del termine “solutorio” al contratto di mutuo, non è idonea a costituire una tipologia contrattuale atipica, ma ha natura meramente descrittiva poiché la banca mette effettivamente il denaro nella disponibilità del mutuatario accreditandolo sul suo conto corrente, indipendentemente dalla circostanza per cui, essendo essa già creditrice del medesimo soggetto, contestualmente preleva quelle stesse somme di denaro in virtù di un differente e precedente credito, per estinguerlo. Non si può qualificare il mutuo solutorio come *pactum de non petendo* in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, perché tale spostamento non solo sussiste, ma costituisce proprio il presupposto dell'operazione.

## 3. CONCLUSIONI

In conclusione, la Corte di Legittimità con la Sentenza in oggetto ha chiarito le questioni controverse, pronunciando il principio di diritto secondo cui il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica quando la somma mutuata sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario, sul suo conto corrente. Ciò è sufficiente



e idoneo ad integrare la *traditio rei* tipica del contratto di mutuo. Non rileva, quindi, la circostanza per cui dette somme vengono contestualmente destinate a ripianare pregresse esposizioni debitorie nei confronti della medesima banca, poiché, il contratto di mutuo c.d. solutorio, in presenza dei requisiti previsti ex art. 474 c.p.c., costituisce titolo esecutivo valido ed efficace, anche perché l'impiego, in tal senso, delle somme mutate è frutto di atti dispositivi estranei alla fattispecie contrattuale.



## RIPUDIO UNILATERALE DA PARTE DEL MARITO (TALAQ) NON RICONOSCIUTO IN ITALIA PER VIOLAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO - CORTE D'APPELLO DI ANCONA., SEZ. II, ORDINANZA 03 FEBBRAIO 2025, N.189

A cura di **Giuseppina AVOLIO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano la decisione di ripudio (talaq), pronunciata dall'autorità straniera, in seguito alla decisione unilaterale del marito, ravvisandosi una violazione degli artt. 64 ss. L. n. 218/1995, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale e processuale. Le registrazioni anagrafiche nei registri di Stato civile dei provvedimenti stranieri di rito islamico fondati sul talaq, violano l'ordine pubblico sostanziale e processuale, e come tali sono inammissibili nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che, ove effettuate, se ne deve ordinare la cancellazione.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 190
2. **La decisione** ..... 190
3. **Conclusioni** ..... 191

#### 1. IL FATTO

Una donna, di origine bengalese, ma residente in Italia, dopo 10 anni di matrimonio e dopo aver subito abusi e vessazioni dal marito per tutta la durata del rapporto, decideva di avviare la procedura di separazione nei confronti di questo, oltre a sporgere querela per maltrattamenti in famiglia.

Al fine di avviare la procedura di separazione, ella richiedeva all'Ufficio di stato civile del Comune di Ancona la scheda anagrafica in cui era stato annotato l'atto di matrimonio; in tale occasione scopriva che il marito aveva già divorziato da lei a sua insaputa, in data 10.05.2023, secondo il rito islamico che prevede la formula del ripudio (*talaq*).

Non solo, dunque, la donna non era stata informata del ripudio, ma il marito aveva anche

ottenuto l'annotazione nella scheda anagrafica della sentenza di divorzio proveniente da paese d'origine, presso l'Ufficio di stato civile del Comune di Ancona e, conseguentemente, lei risultava anagraficamente di stato civile libero.

Per questo motivo, la donna (di seguito ricorrente) demandava alla Corte d'appello di Ancona, di ordinare la cancellazione dell'annotazione dai registri di stato civile del Comune di Ancona della sentenza di divorzio per ripudio emessa dall'Autorità del Bangladesh, in quanto contraria agli artt. 64, co.1, lett. g) e 65 L. n. 218/1995, all'ordine pubblico interno e internazionale, oltre che alle norme e ai principi della Costituzione italiana, perché priva di ogni disposizione a tutela della prole e del diritto al mantenimento della moglie.

Si costituiva in giudizio il marito, chiedendo il rigetto del ricorso in parola, affermando la legittimità dell'annotazione effettuata dall'Ufficiale di Stato civile del Comune di Ancona.

#### 2. LA DECISIONE

I motivi che hanno spinto la Corte d'appello di Ancona ad accogliere il ricorso in esame sono diversi e meritano puntuale disamina, abbracciando questioni di diritto internazionale a tutela della persona.

I giudici di merito osservano che parte resistente aveva ottenuto l'atto di divorzio per ripudio (*talaq*) in Bangladesh in data 10.05.2023 e che, successivamente, riusciva ad ottenere anche l'annotazione del provvedimento in parola presso il Comune di Ancona, secondo quanto previsto *ex lege*.

Richiamando un orientamento della Suprema Corte (Cass. n.16804/2020), la Corte d'appello precisa che l'istituto del *talaq* («scioglimento da un legame») rappresenta una forma particolare di scioglimento del matrimonio islamico pronunciato in

\* Dottoressa in giurisprudenza ed abilitata all'esercizio della professione forense. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

seguito a decisione unilaterale del marito nei confronti della moglie, attraverso espressioni formali che esprimono in modo inequivocabile la volontà di porre fine all'autorità maritale sulla sposa.

Con il termine *talaq* s'intende proprio la possibilità riservata all'uomo di sciogliere il matrimonio con un atto unilaterale di volontà, non recettizio, che può quindi essere perfezionato anche senza che la moglie ne sia a conoscenza.

Più nel dettaglio, il provvedimento che incorpora il ripudio si limita a recepire il potere unilaterale del marito con funzioni di omologa e di presa d'atto della volontà di quest'ultimo di sciogliersi dal vincolo coniugale.

I giudici di merito affermano che ai fini del riconoscimento di tale atto nell'ordinamento italiano, gli artt. 64 ss. L. n. 218/1995 dispongono che i provvedimenti stranieri in materia personale e familiare devono essere annotati in pubblici registri in Italia e l'autorità preposta all'annotazione deve verificare la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 64 e 65 L. n.218/1995.

In particolare, secondo il disposto dell'art. 65 della legge citata, *i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità*, hanno effetto in Italia quando siano stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della L. n.218/1995 e *purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa*.

Tanto premesso, la Corte d'appello chiariva che la compatibilità con l'ordine pubblico ex artt. 64 ss. L. n. 218/1995 esige una valutazione ampia, comprensiva non solo dei principi fondamentali della Costituzione e dei principi sovranazionali, ma anche delle leggi ordinarie e delle norme codicistiche e che varia da caso a caso.

I giudici di merito, in relazione al riconoscimento in Italia del ripudio islamico, richiamano l'orientamento della Suprema Corte che da tempo nega la possibilità di riconoscere efficacia al ripudio unilaterale dichiarato in contumacia della moglie, rilevandone la contrarietà all'ordine pubblico internazionale; quest'ultimo, ricordano i giudici, è

costituito dai principi fondamentali di uguaglianza e dal divieto di discriminazione tra i sessi, nonché dal diritto di difesa e dal principio del contraddittorio.

Sulla scorta di quanto argomentato, la Corte d'appello di Ancona rilevava che il provvedimento di scioglimento del matrimonio tra le parti in causa risultava del tutto incompatibile con detti principi.

Invero, secondo i giudici, nella fattispecie di cui è causa non era stato rispettato il principio dell'ordine pubblico processuale, non essendo stati garantiti, nell'ambito del procedimento di divorzio per ripudio, il diritto di difesa della ricorrente e la garanzia dell'effettività del contraddittorio.

Dagli atti del giudizio emergeva infatti che il provvedimento di ripudio si fondava sulla mera presa d'atto della volontà del marito e che diveniva definitivo in seguito alla notifica formale dello stesso nei confronti della moglie; a quest'ultima, in realtà, era stato negato il diritto di difesa e la garanzia dell'effettività del contraddittorio, essendo venuta a conoscenza della decisione unilaterale del marito solo per caso fortuito.

Del pari, evidenziano i giudici, manca qualsiasi accertamento da parte dell'Autorità del Bangladesh circa l'effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi.

Ancora, il provvedimento in parola risulta contrario anche all'ordine pubblico sostanziale, essendo l'istituto del *talaq*<sup>2</sup> discriminatorio nei confronti della donna, posto che solo il marito è abilitato a liberarsi dal vincolo matrimoniale con la formula del *talaq*, senza necessità di addurre alcuna motivazione effettiva, quindi in violazione degli artt. 14 CEDU, nonché 3 della Costituzione.

Deve tenersi in conto, inoltre, che il provvedimento di ripudio annotato dal Comune di Ancona non contiene alcuna disposizione in merito alla tutela dei figli minori e, pertanto, anche sotto tale profilo risulta contrario all'ordine pubblico, con particolare riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost.

### 3. CONCLUSIONI

principio di non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione Europea (Corte di giustizia UE, Sez. I, 20 dicembre 2017, C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*).

<sup>2</sup> Per una disamina completa del riconoscimento del *talaq*, si rinvia ex multis alla sentenza *Sahyouni c. Mamisch* della Corte di giustizia UE, utile per riflettere diffusamente sul

La Corte d'appello di Ancona dichiarava meritevole di accoglimento il ricorso ex art. 67 L. 218/1995, proposto dalla moglie ripudiata, non potendo essere riconosciuto, per le ragioni suesposte, nell'ordinamento italiano il provvedimento di ripudio pronunciato dall'autorità bengalese, ravvisandosi la violazione degli artt. 64 ss. L. n.218/1995, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale e processuale.

Di conseguenza, la Corte in parola ordinava la cancellazione dell'annotazione dell'atto di divorzio per ripudio del 10.05.2023 tra le parti in causa, dai registri dello stato civile italiano del Comune di Ancona.

## AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO E MEDIATORE IMMOBILIARE: RICONOSCIUTA LA COMPATIBILITÀ DELL'ESERCIZIO CONGIUNTO – CONS. STATO, SEZ. VI, (UD. 20 FEBBRAIO 2025) DEP. 07 MARZO 2025, N. 1925

A cura di **Cristina CECCONI\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*L'esercizio congiunto delle attività di amministratore di condominio ed agente immobiliare non può considerarsi a priori incompatibile in senso astratto e assoluto, pena la contrarietà al principio di proporzionalità e alla libertà di prestazione di servizi garantita dall'Unione europea, dovendosi piuttosto procedere ad una valutazione caso per caso dei conflitti di interesse potenzialmente verificabili.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 193
2. **La decisione** ..... 194
3. **Conclusioni** ..... 195

### 1. IL FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione seconda, aveva rigettato il ricorso della ditta individuale ricorrente contro una serie di provvedimenti fra cui, in particolare, la determinazione del Dirigente del Settore III della CCIAA di Bologna avente ad oggetto l'inibizione alla prosecuzione dell'attività di mediazione in immobili per la sussistenza di una ipotesi concreta di conflitto di interessi, stante l'incompatibilità tra l'esercizio della professione di amministratore di condominio e quella di mediatore immobiliare, in virtù del disposto di cui all'art. 5, comma 3, della L. 39/1989 (nella versione vigente *ratione temporis* ossia quella recata dalla L. 37/2019).

A fondamento del rigetto, i giudici amministrativi di primo grado ritenevano che l'azione intrapresa dalla CCIAA di Bologna fosse corretta e lineare rispetto a quanto previsto dall'art. 5 della legge cit. che, al fine di scongiurare ogni possibile

conflitto attuale di interessi, richiedeva una verifica caso per caso delle situazioni coinvolte, stigmatizzando ogni valutazione astratta e assoluta nella individuazione delle situazioni di incompatibilità.

Nel caso di specie, infatti, il T.a.r. riteneva che l'incompatibilità poteva desumersi, in forza di un apprezzamento di natura sostanziale ancorato alla logica e all'esperienza comune, dalla natura dell'attività di amministratore di condominio ivi svolta da parte ricorrente in modo prevalente e in forma imprenditoriale, tale per cui sussisteva il rischio che le unità immobiliari amministrate, in particolare quelle rimaste libere e messe in vendita, venissero indebitamente favorite rispetto alla platea di quelle disponibili, in violazione dei requisiti di terzietà e imparzialità propri della figura del mediatore.

Per le ragioni esposte, secondo il giudice di primo grado, non vi era alcuna lesione dei principi comunitari invocati quanto piuttosto un caso concreto di conflitto di interessi.

Avverso il provvedimento *de quo*, parte ricorrente proponeva appello, articolato in due motivi d'impugnazione.

Con il primo motivo, il legale di parte ricorrente denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 3,41,97 e 117 della Cost., dell'art. 5, comma 3, della l. 39/1989, degli artt. 1,3 e 6 della l. 241/1990, dell'art. 4 n. 3 dell'art. 47 del T.F.U.E. e dei principi europei di non discriminazione, di proporzionalità ed adeguatezza dei requisiti di accesso a professioni e servizi come risultanti anche dalle direttive 2005/36/CE e 2006/123/CE, nonché l'eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione in ordine al ritenuto "motivo imperativo di interesse generale" quanto al conflitto di interessi, chiedendo, altresì, la rimessione della questione alla Corte di giustizia UE.

Tra le varie contestazioni, l'appellante lamentava un travisamento del *thema decidendum* del ricorso da parte del giudice amministrativo che

\* Funzionario Addetto all'Ufficio per il Processo presso la Corte d'Appello di Napoli, IX Sezione Civile.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

aveva applicato l'art. 5, comma 3, della legge cit. interpretandolo quale norma di pericolo recante un divieto generalizzato ed assoluto, considerando, peraltro, il solo “caso limite” di immobili contemporaneamente intermediati ed amministrati dallo stesso soggetto, ipotesi invece ritenuta non pertinente alla vicenda in esame e, ad ogni modo, di per sé già vietata dall'art. 1754 c.c.

Lamentava la mancanza di una verifica in concreto da parte della CCIAA sugli immobili intermediati dal ricorrente al fine di constatare l'eventuale congiunto esercizio dell'attività di amministratore su di essi.

Denunciava un'inammissibile integrazione postuma dei provvedimenti impugnati da parte del Tar nell'aver prospettato una interpretazione dell'art. 5 della l. cit. secondo la quale l'incompatibilità tra le due attività derivava dalla mera constatazione del loro svolgimento congiunto in forma imprenditoriale, senza – a dire del ricorrente – aver fornito elementi a dimostrazione della necessità e proporzionalità di detto divieto di esercizio congiunto, a tutela di un potenziale “rischio di conflitto interessi” a danno degli interessati, inteso quale “motivo imperativo di interesse generale”.

In breve, riteneva che il divieto generalizzato ed assoluto recato dalla norma in commento, come interpretato dalla Pubblica amministrazione nonché dal Tar, violasse le Direttive comunitarie citate.

Altresì riteneva che la natura imprenditoriale o meno dell'attività di intermediazione immobiliare non potesse assumere un rilievo giuridico qualificato volto a determinare “un motivo imperativo di interesse generale” tale da giustificare l'introduzione di un divieto generalizzato di svolgimento di un'attività multidisciplinare.

Con il secondo motivo, la società deduceva la violazione e falsa applicazione dei principi generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1176 e 1337 c.c., nonché degli artt. 1,3 e 6 della l. 241/1990, degli artt. 7 e 9 del D.M. MISE del 26.10.2011, nonché carenza assoluta di istruttoria, violazione e falsa applicazione dei principi europei di non discriminazione, di proporzionalità, gradualità e adeguatezza delle sanzioni.

Infine, la società appellante riproponeva domanda di risarcimento del danno.

## 2. LA DECISIONE

Per dirimere la vicenda in esame, la Suprema Corte si è interrogata sulla possibilità o meno, in assenza di una normativa esplicita, di prevedere un'incompatibilità preventiva dell'esercizio congiunto delle attività di amministratore di condominio e agente immobiliare, tenuto conto del fatto che, nel caso concreto, il ricorrente non intermediava gli immobili che, contemporaneamente, lo stesso gestiva e che, ciò nonostante, l'attività di amministratore era stata svolta in forma imprenditoriale dato il maggior reddito da essa derivante.

In tale ottica, evidenziava, sulla scorta di quanto già osservato dal giudice di primo grado, che quando un agente immobiliare svolge contemporaneamente ambo le attività, può nascere il rischio che le unità immobiliari amministrare siano indebitamente favorite rispetto all'intera platea di quelle disponibili, determinando un vulnus alla imparzialità propria del mediatore. Tuttavia, secondo un'analisi economica dal punto di vista del consumatore, rilevava i vantaggi economici di una gestione unica da parte della medesima figura professionale.

Sicché la Sezione, non rilevando ragioni immediate o sufficientemente chiare, precise ed incondizionate tali da giustificare un contrasto con il diritto dell'Unione, escludeva la ricorrenza dei presupposti per procedere alla diretta disapplicazione della normativa nazionale contestata, ravvisando piuttosto la sussistenza di una questione interpretativa relativa all'esatto ambito interpretativo da riconoscere ad atti normativi dell'Unione e alla compatibilità con essi di un provvedimento legislativo nazionale.

Alla luce di quanto sopra, la Sezione del Consiglio di Stato sollevava questione di pregiudizialità, invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi su quanto contestato.

La decisione della Corte di Giustizia, con la sentenza del 4 ottobre 2024, può così essere sintetizzata: l'art. 25, par. 1, della direttiva 2006/123/CE osta a una normativa nazionale che preveda, in via generale, un'incompatibilità tra l'attività di mediazione immobiliare e quella di amministratore di condomini, esercitate

congiuntamente. Infatti, sebbene non si possa escludere che possa verificarsi una situazione di conflitto di interessi, ad esempio quando sono esercitate in relazione allo stesso bene, oppure quando integrano attività imprenditoriale, detto rischio non è assoluto, sicché l'esistenza di un simile conflitto di interessi non si può presumere a priori ma necessita di essere di volta in volta provato.

In conclusione, alla luce di detta pronuncia, i giudici hanno accolto l'appello in relazione al solo quesito sulla compatibilità dell'esercizio congiunto delle due attività di amministratore di condomini ed agente immobiliare, ritenendolo legittimo e compatibile con i principi ed il diritto dell'Unione europea.

Diversamente, fermi i principi in materia di responsabilità dell'Amministrazione per l'annullamento di un provvedimento, riteneva esclusa l'imputazione soggettiva dell'illecito all'Amministrazione, rigettando quindi la domanda risarcitoria di parte appellante, stante l'incertezza della questione sottesa al giudizio, posto che il quadro normativo applicabile al caso concreto non appariva immediatamente chiaro e lineare ben potendosi, invece, prestare a differenti opzioni interpretative.

### **3. CONCLUSIONI**

Il Consiglio di Stato accoglie l'appello nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, annulla gli atti impugnati e respinge la domanda di risarcimento del danno.

## LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN LUOGHI AD USO PUBBLICO E IL VAGLIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 17 GENNAIO 2025, N. 362

A cura di **Martina RECANO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Tra l'esigenza di legalità e il rispetto del diritto alla libera manifestazione di pensiero nel mezzo, si esprime il potere dell'amministrazione volto a vagliare il contenuto del messaggio che deve essere adesivo ai criteri di verità e correttezza.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 196
2. **La decisione** ..... 197
3. **Conclusioni** ..... 198

### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 362/2025 del 17 gennaio 2025, affronta il delicato tema del bilanciamento del diritto alla libertà di manifestazione di pensiero e il dovere dell'amministrazione, di tutelare l'interesse e il benessere della comunità.

La sezione quinta del Consiglio di Stato ha confermato la decisione emessa dal Tar dell'Emilia-Romagna (sezione seconda) con la sentenza n. 845/2022 con cui rigettava la richiesta dell'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus in persona del legale rapp.to p.t. di affiggere manifesti nei luoghi del riminese, nell'ambito della campagna promossa dall'Associazione sull'intero territorio nazionale, per sensibilizzare l'opinione pubblica sul tema della pillola antiabortiva RU486.

Per dare voce alla campagna di sensibilizzazione per la tutela del diritto fondamentale alla vita (art. 2 Cost.) e del diritto alla salute (Art. 32 Cost.) sui rischi della somministrazione della pillola RU486, l'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus

in data 02.12.2020, inoltra richiesta agli uffici di affissione del Comune di Rimini, al fine di tappezzare la città con manifesti raffiguranti una donna apparentemente priva di sensi con accanto una mela rossa (a ripresa della favola di Biancaneve) e brevi scritti secondo cui la pillola abortiva RU486, è un veleno che mette a repentaglio la vita della donna che ne fa utilizzo determinando tra le altre cose, la morte del bambino nel grembo materno.

Nello specifico, il Comune di Rimini, con la Deliberazione della Giunta Comunale intervenuta in data 15 dicembre 2020, negava la richiesta di affissione di n. 100 manifesti nel formato 70x100 commissionati dall'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus, riconoscendo alla stessa il rimborso del diritto versato pari ad euro 67,00.

L'associazione ricorrente ha adito il TAR predetto al fine di ottenere l'annullamento della già menzionata deliberazione della Giunta comunale.

L'associazione ricorrente lamentava di aver subito una vera e propria censura dell'attività di pubblicità in violazione dell'art. 21 Cost co. 1 e 2, ad opera di una amministrazione pubblica priva di poteri e quindi, incompetente.

Con la sentenza n. 845/2022, il Tribunale Amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna respingeva il ricorso proposto dall'Associazione ricorrente.

Avverso tale sentenza l'associazione soccombente in primo grado, l'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus, proponeva appello innanzi il Consiglio di Stato e, articolando la difesa sui tre motivi di censura ossia: 1) Incompetenza assoluta/relativa della Giunta e la carenza di potere rispetto al diniego di autorizzazione; 2) Operazione di censura preventiva illegittima e infondata; 3) Violazione della riserva di legge ex art 97 Cost.

Con memoria di costituzione e difesa, si costituiva il Comune di Rimini per chiedere la reiezione dell'appello.

\* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

Il collegio, visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rimini e visti tutti gli atti di causa, trattiene nella pubblica udienza del 17.10.2024, la causa in decisione.

## **2. LA DECISIONE**

Nel merito, il Consiglio di Stato, in via preliminare inizia un'analisi sulla ferma posizione dell'Associazione circa l'inesistenza in via generale in capo alla amministrazione di un "potere autorizzativo all'affissione" ed in via particolare l'inesistenza del medesimo potere in capo all'organo politico al termine della quale, l'organo decidente ha giudicato la Giunta Riminese non incompetente né in via assoluta né in via relativa, nell'esplicitazione del diniego all'affissione.

Difatti, nel caso di specie, non si può configurare un'incompetenza assoluta perché si è concordi nel ritenere che in occasione di esigenze di pubblico interesse, la legge riconosce all'amministrazione comunale il potere di stabilire limitazioni e divieti a particolari forme pubblicitarie, senza che la mancata puntuale indicazione di tale funzione all'interno del Regolamento comunale disciplinante le pubbliche affissioni, funga da deterrente al potere dell'amministrazione il cui fulcro, viene fornito comunque, da altri testi legislativi precisamente richiamati nella delibera di Giunta (come art. 23 del codice della strada; art. 46 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale).

Dall'altro, non si configura neppure una forma di incompetenza relativa ai danni della Giunta comunale. Questo perché, seppure sia vero che gli organi politici quale è la Giunta, hanno funzioni di programmazione, indirizzo e controllo, privi quindi, di competenze gestionali che invece spettano ai dirigenti è anche vero che a fronte della sensibilità del messaggio pubblicitario da veicolare, la competenza dirigenziale si è rivelata insufficiente determinando in capo alla Giunta in virtù di quel potere residuale di indirizzo e controllo di gestire il servizio di affissione comunale.

Pertanto, i Giudici di Palazzo Spada osservati il Regolamento del Comune di Rimini per la disciplina degli impianti di pubblicità e propaganda e degli altri mezzi pubblicitari sulle strade e sulle aree pubbliche e di uso pubblico, oltre che il Codice di

autodisciplina della comunicazione commerciale che nel titolo VI contiene riferimenti alla comunicazione sociale, nel dare risposta al primo motivo di impugnazione, hanno ritenuto evidente che la diffusione al pubblico con le forme e/o i mezzi di pubblicità commerciale di messaggi a caratteri sociali, non può esulare dall'autorizzazione o quantomeno da un controllo preventivo da parte della pubblica amministrazione.

In merito al secondo punto di censura, il collegio ha attuato una compensazione di tre elementi: il contenuto del messaggio, lo strumento di comunicazione e il pubblico ricettore, tenendo bene a mente che la libertà di manifestazione di pensiero oltre ad essere uno dei principali diritti dell'individuo, è anche un caposaldo dei sistemi democratici. A risultanza di tale bilanciamento, si è giunti alla consapevolezza che la trasmissione quando questa, venga svolta attraverso strumenti di comunicazione - che per loro natura - raggiungono un importante numero di destinatari, il messaggio da veicolare deve essere tale da evitare un turbamento della sensibilità dei fruitori del messaggio ed essere quindi, osservante dei criteri di prudenza e precauzione.

Il campanello d'allarme, in ciò che è stato raffigurato nei manifesti negati, è suonato non per la rappresentazione in sé della donna in terra, quanto piuttosto, il riportato paragone che l'Associazione ha attuato tra un veleno e la pillola abortiva.

Il Consiglio ha sottolineato che paragonare un veleno ad un farmaco regolarmente approvato dagli organi competenti, oltre ad essere foriero di cattiva informazione, è promotore di sentimenti di terrore negli animi delle donne destinatarie. Si è ritenuto talché, che l'associazione con quanto divulgato, abbia valicato il confine di equilibrio tra la corretta informazione, la sensibilità dei destinatari e la libera manifestazione del pensiero.

Per queste ragioni, in accordo con il Tar, il Collegio ha ritenuto che la condotta posta in essere dal Comune di Rimini non risulti violare la libertà di manifestazione del pensiero tutelata dalla Carta costituzionale e dalla Giurisprudenza della CEDU, limitandosi a divenire sentinella di contenuti non veritieri e suscettibile di condizionare in modo fuorviante e ingannevole l'utilizzo di un farmaco

regolarmente approvato dalle competenti autorità sanitarie.

In ultimo, anche il terzo motivo di censura è stato giudicato infondato. Il Consiglio ha ritenuto che il Comune di Rimini non abbia fatto un uso improprio del regolamento per la disciplina degli impianti di pubblicità e propaganda e degli altri mezzi pubblicitari sulle strade, aree pubbliche e di uso pubblico estendendolo anche alle modalità della comunicazione pubblicitaria, non essendo questo, limitato alla sola comunicazione commerciale. Bensì essa, è riferibile ad ogni tipo di comunicazione pubblicitaria, destinata quindi a veicolare messaggi, di contenuto vario, compresi quelli volti a sensibilizzare il pubblico su temi di interesse sociale anche specifici (Arg. Ex art. 46 del Codice di autodisciplina).

Ne deriva che, nel caso di specie, il Collegio ha abbracciato il richiamo contenuto nella delibera della Giunta comunale secondo il quale la pubblicità deve rispondere ai canoni di trasparenza, verità e correttezza, vietando qualsiasi forma di pubblicità ingannevole.

### **3. CONCLUSIONI**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dall'Associazione Pro Vita e Famiglia Onlus rigetta l'appello e compensa le spese del grado per la novità delle questioni trattate.

## CILA IRREGOLARE E SUPERBONUS - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. II - SENT. 25 FEBBRAIO 2025, N.1651

A cura di **Martina RECANO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*La declaratoria di inefficacia di una CILA, pure se è espressione di potere dell'amministrazione non tipizzato, questa deve ritenersi comunque impugnabile per il suo intrinseco carattere di lesività.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 199
2. **La decisione** ..... 200
3. **Conclusioni** ..... 200

### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 1651/2025 del 25 febbraio 2025, affronta l'attuale tema della declaratoria di inefficacia di una CILA da parte dell'amministrazione e la sua eventuale impugnativa nel contesto del superbonus.

La sezione seconda del Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione emessa dal Tar Campania (sezione terza) che con la sentenza breve ha dichiarato inammissibile il ricorso del cittadino appoggiando il filone giurisprudenziale che configura l'atto con cui l'amministrazione comunale respinge la CILA, come un atto che non ha valore provvedimento ma di semplice avviso privo di esecutorietà e di forza inibitoria e in quanto tale non ostativo all'Amministrazione dell'esercizio degli ordinari poteri repressivi e sanzionatori essendo, anzi, prepedeutica agli stessi.

Per dare voce alle proprie ragioni, i ricorrenti adducevano che l'atto amministrativo dichiarativo dell'inefficacia della C.I.L.A rientrava in realtà, nel novero degli atti aventi natura autoritativa incidenti sulla sfera giuridica del privato e per questo,

avverso lo stesso, era possibile esercitare l'azione di annullamento prevista dall'art. 31 c.p.a.

Nello specifico, il Comune di Torre del Greco, con la comunicazione di inefficacia dell'avviso di inizio lavori asseverata (C.I.L.A.) in contesto Superbonus, ha impedito la prosecuzione dei lavori edili, negando ai cittadini la possibilità di usufruire dei benefici fiscali con scadenza 31.12.2024.

I cittadini hanno adito il TAR predetto al fine di ottenere la riforma della sentenza breve emessa dall'organo giudicante

Con la sentenza breve il Tribunale Amministrativo regionale della Campania respingeva il ricorso proposto dal cittadino, ritenendo che la declaratoria di inefficacia di una C.I.L.A., essendo semplice atto informativo circa le motivazioni che hanno fatto scaturire la dichiarazione di inefficacia, l'azione impugnatoria è inconfigurabile sotto il profilo ontologico e strutturale.

Avverso tale sentenza i cittadini soccombenti in primo grado, proponevano appello innanzi il Consiglio di Stato e, articolando la difesa su un unico ampio motivo di censura ossia che la comunicazione d'inefficacia era tardiva rispetto i termini previsti dall'art 19 L. 241/990, impedendo inoltre, l'eventuale integrazione documentale da parte dei cittadini attuando una violazione dell'art. 6 l. n. 241/90 (mancata attivazione soccorso istruttorio);

Con memoria di costituzione e difesa, si costituiva il Comune di Torre del Greco rimarcando il filone seguito dal Tar per chiedere la reiezione dell'appello.

Il collegio, visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco e visti tutti gli atti di causa e le memorie integrative, con ordinanza cautelare n. 2380/2024 accoglie la domanda di sospensione con compensazione delle spese e trattiene nella pubblica udienza del 18.02.2025, la causa in decisione.

\* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

## **2. LA DECISIONE**

Nel merito, il Consiglio di Stato, in via preliminare inizia un'analisi sulla natura dell'istituto della CILA che è stata oggetto di un lungo e controverso dibattito.

Il collegio si trova a dover analizzare le diverse opzioni ermeneutiche che si sono susseguite nel tempo e spesso contrapposte. Difatti, se un filone considerava la C.I.L.A. (acronimo di comunicazione di inizio lavori asseverata) come un istituto libero e non assoggettato al controllo sistematico dell'amministrazione, con l'unico compito per quest'ultima di verificare che l'attività da svolgersi non avesse impatto negativo sul territorio, così che il Comune potesse esercitare un potere meramente sanzionatorio e non di autotutela-repressivo come nel caso della SCIA; dall'altro si era insinuato il pensiero secondo il quale la CILA, dal 2016, era titolo residuale per tutti quegli interventi edilizi per i quali non era previsto l'obbligo di SCIA o il permesso a costruire.

All'esito dell'esame dei due contrapposti pensieri di cui sopra, è emerso che la mancanza di regolamentazione della disciplina della CILA e l'assenza di sistematicità nei controlli da parte dell'ente, si traducevano in un aggravio di responsabilità a carico del privato, lasciandolo in balia della libera volontà dell'amministrazione.

Pertanto, i Giudici di Palazzo Spada hanno appoggiato il più recente filone che giudica impugnabili gli atti degli enti locali che pure se espressivi di poteri non tipizzati (declaratorie di irricevibilità/archiviazione o simili delle comunicazioni di inizio lavori) devono ritenersi dotati del carattere di lesività. A maggior ragione, dice la corte, nel contesto del superbonus il carattere di lesività di tali poteri emerge ancora di più perché la non corrispondenza al vero delle asseverazioni rese dal tecnico abilitato comporta la decadenza dai benefici fiscali, creando nei fatti importanti danni al cittadino.

Asserita la fondatezza nel merito del ricorso, i Giudici hanno anche accertato la lesione del soccorso istruttorio previsto dall'art. 6 L. n. 241/1990, perché le irregolarità che l'ente ha riscontrato nella CILA erano di carattere documentale, discrasie facilmente superabili con una semplice richiesta integrativa documentale non emergendo in atti profili

di accelerazione o di tutela della par condicio con altri ipotetici soggetti tali da giustificare l'esclusione dell'applicazione dell'istituto.

Ne deriva che, nel caso di specie, il Collegio ha ribaltato in via definitiva la decisione del Tar Campania, ritenendo necessario riformare la sentenza impugnata.

## **3. CONCLUSIONI**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dai cittadini accoglie l'appello e condanna parte soccombente al rifacimento delle spese per il doppio grado del giudizio.

## L'APPLICABILITÀ DEL 2 COMMA ART 337 C.P.C.: IL RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO DI COGNIZIONE E QUELLO DI OTTEMPERANZA - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. III - ORDINANZA 9 APRILE 2025, N. 3017

A cura di **Martina RECANO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*L'art. 337, co. 2 c.p.c. è applicabile anche nel processo amministrativo, consentendo al giudice amministrativo di sospendere il giudizio in attesa della definizione di una causa pregiudiziale pendente in altra sede, qualora la decisione di quest'ultima possa influire sull'esito del giudizio principale.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 201
2. **La decisione** ..... 202
3. **Conclusioni** ..... 202

### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 3017/2025 del 9 aprile 2025, affronta l'articolato tema dell'applicabilità degli istituti del processo civile al processo amministrativo, in relazione alla sospensione del processo per pregiudizialità ossia l'applicabilità dell'art 337 co. 2 c.p.c. al giudizio di ottemperanza a seguito di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo ex art 650 c.p.c.

La sezione terza del Consiglio di Stato ha confermato la decisione emessa dal Tar per la Lombardia (sezione seconda) che con l'ordinanza collegiale n. 3054/2024 ha stabilito la diversità dei procedimenti di cognizione e ottemperanza ex art 112 co, 2 lett. C c.p.a, e in quanto tali, il Giudice competente può decidere la sospensione ex art 337 co. 2 c.p.c.

Nello specifico, il TAR che ha provveduto nel senso della sospensione del processo di ottemperanza ex art 112 co. 2, lett. C c.p.a, proposto dalla

Banca al fine di garantirsi l'esecuzione del decreto ingiuntivo e soddisfare un proprio interesse creditorio ha nei fatti impedito alla proponente il soddisfo del credito.

Con l'ordinanza n. 3054/2024 il Tribunale Amministrativo regionale della Lombardia sospendeva ai sensi dell'art 337 co. 2 c.p.c. il processo di ottemperanza avente ad oggetto l'esecuzione di un decreto ingiuntivo che la Banca aveva espresso avverso l'azienda debitrice, la quale nelle more aveva provveduto ad effettuare opposizione tardiva a decreto ingiuntivo. Alla luce dell'opposizione ex art. 650 c.p.c., il Tar sospende il giudizio di ottemperanza.

Avverso tale Ordinanza la Banca soccombente in primo grado, proponeva appello innanzi il Consiglio di Stato e, articolando la difesa su un unico ampio motivo di censura ossia che il Giudice di prime cure ha violato con la sua decisione, l'art 79 c.p.a in combinato disposto con l'art. 337 co. 2 c.p.c. perché se ai sensi di tali norme l'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione della stessa bensì, si sospende solo laddove l'autorità della sentenza è invocata in un procedimento. Ciò detto, la Banca ritiene che il giudizio di cognizione dinanzi il g.o e il giudizio di ottemperanza dinanzi il g.a siano in realtà due fasi della stessa causa e non di certo due giudizi a sé stanti e in quanto tali l'Autorità adita non può scegliere per la sospensione

Con memoria di costituzione e difesa, si costituiva l'Azienda sociosanitaria rimarcando il filone seguito dal Tar per chiedere la reiezione dell'appello.

Il collegio, visto l'atto di costituzione in giudizio e visti tutti gli atti di causa e le memorie integrative, nella pubblica udienza del 20.02.2025, trattiene la causa in decisione.

\* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

## **2. LA DECISIONE**

Nel merito, il Consiglio di Stato, in via preliminare inizia un'analisi dei numerosi provvedimenti richiamati da parte appellante (ordinanza n. 245/2024), ritenendo di non poterle avallare.

Il collegio, infatti, non condivide il pensiero secondo il quale l'esecuzione di una sentenza vada portata a compimento a prescindere da qualsivoglia accertamento giurisdizionale in virtù di una condanna contenuta nell'ordinanza restando però comunque fermi gli effetti restitutori che dovessero conseguire alla riforma della condanna definitiva. Portando poi lo stesso collegio, ad allontanarsi dal filone giurisprudenziale secondo il quale il giudizio di ottemperanza dinanzi al g.a. fosse la mera prosecuzione del medesimo processo e che nei fatti non fosse distaccato dal giudizio di cognizione dinanzi al g.o.

All'esito dell'esame delle numerose sentenze richiamate dall'appellante, il collegio ha ritenuto che il pensiero così in precedenza formulato non potesse configurarsi come un adeguato fondamento normativo e giurisprudenziale ma che si dovesse effettuare un'analisi più ampia degli istituti richiamati.

Pertanto, i Giudici di Palazzo Spada analizzando la natura dei due procedimenti (di cognizione e di ottemperanza ex art 112 co. 2 lett. C, c.p.a.), hanno ritenuto che questi siano sottoposti a poteri diversi (l'uno al g.o e l'altro al g.a); hanno oggetti e presupposti diversi e che pertanto, tale diversità giustifica la sottoponibilità degli stessi all'art 337 c.p.c. Nonostante tale punto fermo, il Consiglio ha poi analizzato l'aspetto dell'esercizio legittimo del potere di sospensione da parte dell'Autorità competente. Quest'ultima, infatti, non deve soffermarsi alla semplice analisi della natura dei procedimenti ma ai fini dell'esercizio del potere di sospensione, deve studiare la formula esecutiva di cui un decreto ingiuntivo è dotato che lo rende esecutivo in sede di ottemperanza; verificare la conoscenza da parte del debitore della richiesta creditoria quindi, analizzare la regolarità della notifica allo stesso del decreto ingiuntivo. In caso contrario, l'opposizione tardiva ex art 650 c.p.c pure se proposta, non consente il giudizio di ottemperanza per irregolarità della notifica.

Tale teoria è stata poi applicata al caso in esame e si è visto che la Banca ha provveduto ad effettuare regolarmente le notifiche alla parte debitoria e non ha provato l'eventuale proposizione di opposizione tardiva da parte del debitore. Ad ogni modo, precisa la corte, che l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo è difficilmente classificabile nella dicotomia impugnazione ordinaria/straordinaria dato che su decreto ingiuntivo non si forma il giudicato in senso tecnico. Sulla base di questo, si è confermato che il giudizio di ottemperanza è comunque proponibile per conseguire l'attuazione di una sentenza passata in giudicato ma anche per l'attuazione di altri provvedimenti ad esse equiparati dal giudice ordinario. Il decreto ingiuntivo rientra proprio nella seconda categoria.

In via definitiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto l'art 337, co. 2 c.p.c. disposizione pacificamente applicabile anche al processo amministrativo, trattandosi di disposizione generale, la cui ampiezza la rende valida anche ai rapporti tra sentenze di diverse giurisdizioni.

## **3. CONCLUSIONI**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dalla Banca rigetta l'appello e compensa le spese.

## IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SUL RICONOSCIMENTO DEI TITOLI PROFESSIONALI CONSEGUITI IN ALTRI STATI DELL'UNIONE EUROPEA. - CONS. DI STATO, SEZ. III, 8 GENNAIO 2025, N. 100

A cura di **Alessio RUOTOLO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*È illegittimo il diniego opposto dal Ministero della salute alla richiesta di mutamento della misura compensativa (nella specie, avendo il soggetto richiedente dapprima optato per la prova attitudinale e, in seguito al mancato superamento, per il tirocinio di adattamento) a cui era stato originariamente condizionato il riconoscimento della qualifica professionale di igienista dentale conseguita all'estero. Difatti, al fine di dare piena e completa attuazione alle libertà assicurate dagli articoli 45 e 49 TFUE, l'amministrazione è tenuta ad interpretare la normativa interna e sovranazionale nel senso di facilitare e non di ostacolare il riconoscimento delle qualifiche, inoltre le direttive relative al reciproco riconoscimento dei diplomi – e, in particolare, la direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005 – non possono avere come obiettivo o come effetto quello di rendere più difficile il riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli nelle situazioni da esse non contemplate.*

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 203
2. **La decisione** ..... 204
3. **Conclusioni** ..... 205

### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 100/2025, si è pronunciato in merito ad una richiesta di mutamento della misura compensativa a cui era stato condizionato il riconoscimento della qualifica professionale di igienista dentale, conseguita in Spagna.

Nello specifico, nel caso di cui trattasi, il Ministero della Salute aveva inizialmente subordinato il riconoscimento del suddetto titolo ad una misura compensativa costituita, alternativamente, da una

prova attitudinale o da un tirocinio di adattamento di 24 mesi presso un'Università italiana, a scelta della parte istante.

È bene precisare che, parte istante, ai fini del riconoscimento in Italia del titolo di igienista dentale, aveva inizialmente optato per lo svolgimento di prova attitudinale, costituita da un esame scritto e orale, sostenuta per due volte con esito negativo.

Di talché, a causa dell'incapacità di superare la suddetta prova, parte istante richiedeva al Ministero di optare per il tirocinio di adattamento.

Di contro, il Ministero, con il provvedimento impugnato dalla ricorrente, negava tale prospettiva adducendo ragioni di ordine organizzativo dell'Amministrazione nonché perché ipotesi non contemplata dalla normativa di riferimento (art. 23 c. 2 del D.lgs. n. 206/2007 e D.M. n. 268/2010).

Di conseguenza, a seguito del procedimento di primo grado, il Tribunale Amministrativo capitolino respingeva il ricorso, ritenendo la possibilità di modificare la scelta già selezionata non prevista dall'art. 23 del d.lgs. n. 206/2007, il cui comma secondo prevede soltanto la possibilità che la prova attitudinale sia ripetuta qualora l'esito sia sfavorevole ed il cui comma terzo stabilisce la possibilità per le amministrazioni di individuare un limite massimo di ripetizioni.

Inoltre, il T.a.r. ha ritenuto non accogliere anche la circostanza addotta da parte ricorrente secondo cui l'Amministrazione avesse, nel recente passato, consentito di procedere in un secondo momento alla modifica della scelta originariamente effettuata dall'interessato.

Dunque, parte appellante, riproponendo le censure già formulate nel primo grado di giudizio, ed in parte non esaminate dal Tribunale Amministrativo Regionale, ha impugnato la decisione lamentando la violazione della Direttiva n. 2005/36/CE e degli artt. 45 e 49 del TFUE (libertà

\* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

di circolazione delle persone e dei servizi e libertà di stabilimento).

Inoltre, sotto diverso e ulteriore profilo, l'appellante deduceva che la normativa nazionale (D.Lgs. n. 206/2007) avrebbe dovuto essere interpretata in senso favorevole alla parte istante, nel senso di favorire il riconoscimento delle qualifiche professionali, senza porre limiti non previsti espressamente dal legislatore.

A sostegno di tale ultima ricostruzione, l'appellante ha evidenziato come l'art. 14, par. 2, della Direttiva n. 2005/36/CE stabilisce in maniera chiara un diritto di scelta tra il tirocinio di adattamento e la prova attitudinale, anche in una fase successiva al momento in cui l'opzione viene esercitata per la prima volta, diritto che non può essere precluso senza una disposizione espressa e motivata da parte dell'Amministrazione.

Peraltro, l'appellante evidenziava che l'espletamento del tirocinio di adattamento da svolgersi presso le Università italiane, concretandosi in un vero e proprio corso universitario integrativo della durata di 2 anni e 3000 ore di studio teorico/pratico, sarebbe stato idoneo a garantire in maniera più efficace il rispetto dei migliori *standard* per l'esercizio della professione di igienista dentale, diversamente da quanto accade, invece, con la prova dalla prova attitudinale, che consente di conseguire immediatamente il riconoscimento definitivo.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio con breve memoria difensiva, chiedendo il rigetto dell'appello proposto e la conferma della decisione impugnata.

Con ordinanza il Collegio accoglieva la domanda cautelare ai fini dell'ammissione con riserva al tirocinio formativo.

L'Amministrazione, di conseguenza, ottemperava al disposto cautelare, risultando l'appellante immatricolata presso il corso di laurea di "Igiene dentale" dell'Università -OMISSIS-.

All'udienza pubblica del 14 novembre 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.

## **2. LA DECISIONE**

Il Consiglio di Stato, all'esito del giudizio in appello, accoglie le doglianze formulate.

Prima di pronunciarsi nel merito della vicenda, il Consiglio di Stato ritiene opportuno richiamare il consolidato orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di riconoscimento delle qualifiche professionali, diretto alla massima armonizzazione delle procedure di riconoscimento, al fine di dare piena e completa attuazione alle libertà assicurate dagli articoli 45 e 49 TFUE.

Ebbene, sulla base di tale orientamento, si presume che il giudice nazionale e l'amministrazione sono tenuti a fornire un'interpretazione elastica delle norme nazionali, al fine di non ostacolare la piena e compiuta attuazione delle suddette libertà.

Infatti, la Corte di Lussemburgo ritiene che, se gli Stati Membri potessero discrezionalmente negare il godimento delle libertà garantite dagli articoli 45 e 49 TFUE a quei cittadini che abbiano fatto uso delle agevolazioni previste dal diritto dell'Unione e che abbiano acquisito, grazie a queste ultime, qualifiche professionali in uno Stato membro diverso da quello di cui essi possiedono la cittadinanza, ne deriverebbe una illegittima negazione del principio comunitario della libera circolazione delle persone.

Ancora, la Corte di Lussemburgo ha poi precisato che le autorità di uno Stato membro - alle quali un cittadino dell'Unione abbia presentato domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso, secondo la legislazione nazionale, è subordinato al possesso di un diploma o di una qualifica professionale, o anche a periodi di esperienza pratica - sono tenute a prendere in considerazione l'insieme dei diplomi, dei certificati e altri titoli, nonché l'esperienza pertinente dell'interessato, procedendo a un confronto tra, da un lato, le competenze attestate da tali titoli e da tale esperienza e, dall'altro, le conoscenze e le qualifiche richieste dalla legislazione nazionale.

In ultimo, appare evidente come la disciplina comunitaria, definita dalle direttive in materia di riconoscimento dei titoli, e in particolare la Direttiva 2005/36, non possano ostacolare o rendere più difficile il riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli nelle situazioni da esse non contemplate.

Il consiglio di Stato, quindi, dopo aver esaustivamente richiamato i principi euro-comunitari e dopo attenta analisi della normativa nazionale applicabile al caso di specie, non ritiene condivisibili le motivazioni addotte dall'Amministrazione a fondamento della scelta di negare alla parte istante la facoltà di modificare la scelta inizialmente effettuata.

Passando in rassegna la seconda motivazione, di ordine formale, incentrata sulla mancata espressa previsione normativa del diritto di ripensamento da parte dell'istante, osserva il Collegio che la facoltà di modificare la scelta inizialmente effettuata è stata ricondotta dall'amministrazione e dal T.a.r. ad una sorta di *jus poenitendi*, non esercitabile perché non previsto dall'art. 23 del D.Lgs. n. 207/2006.

Ma, ad avviso del supremo consesso, la statuizione omette di considerare che, nel caso di specie, la richiesta di modifica non rappresenta l'esercizio di un ripensamento legato a scelte personali od organizzative di parte, quanto piuttosto la presa d'atto dell'incapacità di superare la prova attitudinale, avendo l'istante rappresentato l'esigenza di seguire un più completo e duraturo ciclo di studi universitari, al fine di colmare il differenziale di conoscenze teorico/pratiche necessario ad esercitare la professione di igienista dentale in Italia.

Pertanto, lo svolgimento del tirocinio formativo rappresentava, in concreto, l'unica modalità rimasta a disposizione della parte istante per l'esercizio dell'attività professionale e, come tale, avrebbe dovuto costituire oggetto di valutazione da parte del Ministero, tenuto ad interpretare la normativa interna e sovranazionale nel senso di facilitare e non di ostacolare il riconoscimento delle qualifiche.

Per quanto riguarda, invece, la seconda motivazione posta a fondamento del diniego opposto dal Ministero, attinente all'aggravio procedimentale che un'eventuale ripensamento di parte istante avrebbe potuto ingenerare, tale paventato pericolo, secondo il Consiglio di Stato, non si pone in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa, i quali possono subire eccezioni per consentire la piena attuazione dei principi della libera circolazione e di stabilimento previsti dagli articoli 45 e 49 TFUE, nonché in

ragione della specificità e peculiarità della fattispecie concreta.

Per i motivi sopra enucleati, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello in parola e, in riforma della decisione impugnata, ha disposto l'annullamento del provvedimento impugnato.

### 3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso ed annulla il provvedimento impugnato.

In ultimo, condanna il Ministero della Salute al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida nella somma complessiva di € 4.000,00, oltre accessori di legge.

## IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA IN TEMA DI ESCLUSIONE DALLA GARA PER IRREGOLARITÀ PREVIDENZIALE DEFINITIVAMENTE ACCERTATA E CONNOTATA DAI CARATTERI DI GRAVITÀ - CONS. DI STATO, SEZ. III, 25 MARZO 2025, N. 2464

A cura di **Alessio RUOTOLO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

*Con sentenza n. 2464 del 25 marzo u.s., il Consiglio di Stato si è pronunciato in tema di esclusione dalla gara per irregolarità previdenziale definitivamente accertata e connotata dai caratteri di gravità. Con tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione per soffermarsi sui tratti distintivi che caratterizzano l'irregolarità contributiva grave e definitivamente accertata e quella fiscale avente i medesimi caratteri, relativamente alla quale è pendente la rimessione alla Corte costituzionale adottata dal Consiglio di Stato con l'ord. 11/09/2024, n. 7518.*

*Infatti, sono evidenti le peculiarità procedurali che rendono meno rigida la disciplina delle violazioni contributive e meno stringente il meccanismo che traduce (al superamento della soglia di tolleranza) l'omesso pagamento in un effetto di espulsione automatica dalla gara, poiché tra l'uno e l'altro si aprono diverse possibilità delle quali il datore di lavoro può avvalersi per sanare (tramite rateizzazione, sospensione dei pagamenti, compensazioni con crediti, regolarizzazione nel termine dei 15 gg) la violazione contestatagli prima che questa sortisca l'emissione di un Durc negativo.*

### SOMMARIO

- 1. Il fatto ..... 206**
- 2. La decisione ..... 207**
- 3. Conclusioni ..... 208**

#### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 2464 del 25 marzo u.s., si è pronunciato in tema di esclusione dalla gara per irregolarità previdenziale definitivamente accertata e connotata dai caratteri di gravità.

Nel merito, relativamente ad una gara volta alla stipula di un accordo quadro e suddivisa in cinque lotti indetta dall'ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti, a seguito dell'attivazione dei controlli post-aggiudicazione, l'Amministrazione Appaltante, rilevava nei confronti di ricorrente, la sussistenza di un'irregolarità sul versamento dei contributi INAIL, a seguito della quale ne scaturiva un procedimento in autotutela, all'esito del quale veniva confermata la sussistenza della violazione contestata.

Di conseguenza, l'Amministrazione adottava il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione sul presupposto della perdita da parte dell'aggiudicataria "del requisito ex art. 80 comma 4 del d.lgs. 50/2016".

Di talché la società esclusa adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo mediante ricorso integrato da successivi motivi aggiunti, sostenendo l'illegittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposto nei suoi confronti.

Nello specifico, secondo la tesi di parte appellante, venendo in rilievo una ipotesi di omissione contributiva esigua e non definitivamente accertata, S.A. non avrebbe potuto farne discendere un effetto di espulsione automatica dalla gara, potendo al più configurarsi l'ipotesi di una causa escludente facoltativa, attivabile attraverso una adeguata istruttoria e una compiuta motivazione circa la sussistenza dei presupposti di gravità della violazione contestata e della proporzione dell'effetto espulsivo rispetto sia alla minima entità del mancato versamento, sia all'incidenza che lo stesso assume sull'affidabilità dell'operatore economico.

All'esito del giudizio di primo grado, il TAR Abruzzo ha dichiarato improcedibili il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti, mentre ha respinto come in parte infondati ed in parte inammissibili i secondi motivi aggiunti, affermando, per quel che in tal sede rileva, che:

\* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

i) “la violazione è grave ove superi le soglie richiamate dall’articolo 80 comma 4, così privando la stazione appaltante di discrezionalità in ordine alla determinazione della gravità”;

ii) “solo per le violazioni “non definitivamente accertate” non opera in caso di gravità la esclusione automatica” mentre “(...) una violazione può dirsi definitivamente accertata solo quando, alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, siano trascorsi i tempi per contestare l’infrazione o siano stati respinti i mezzi di gravame contro la stessa”;

Dunque, parte soccombente impugnava la sentenza di primo grado, proponendo rituale appello innanzi al supremo Consiglio di Stato, sostenendo “l’illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per contrasto dell’art. 80, comma 4 del d.lgs. 80/2016 con i principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost.”, oltre alla “contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza” della sentenza impugnata.

Inoltre, la ricorrente affermava la tesi secondo cui sarebbe “incostituzionale una disciplina normativa che preveda un’automatica esclusione per il superamento di una minima soglia di valore ... senza correlarla al valore dell’appalto”.

L’Amministrazione si costituiva in giudizio con breve memoria difensiva, chiedendo il rigetto dell’appello proposto e la conferma della decisione impugnata.

Nel giudizio di appello si sono costituite la Regione Abruzzo e la ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti, contestando quanto *ex adverso* dedotto in fatto e in diritto, chiedendone la reiezione dell’appello proposto.

Respinta l’istanza cautelare, la causa passava in decisione all’udienza del 20 marzo 2025.

## 2. LA DECISIONE

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la censura manifestamente infondata, laddove parte ricorrente pretende di assimilare e sottoporre ad un analogo scrutinio di costituzionalità - sulla traccia segnata dall’ordinanza C. Stato 11/09/2024, n. 7518 - due fattispecie in realtà differenti, sebbene entrambe contemplate dal comma 4 dell’art. 80 del D. Leg.vo 50/2016.

Infatti, la prima consiste in una violazione di natura contributiva, grave in quanto ostativa al rilascio del DURC, di cui all’art. 8 del D. Min. Lavoro e Pol. Soc. 30/01/2015; la seconda (oggetto della controversia portata all’attenzione della Corte Costituzionale con l’ordinanza 7518/2024), attiene invece all’ipotesi delle gravi violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’art. 48-bis, D.P.R. 602/1973, commi 1 e 2-bis.

A questo punto, l’analisi del Consiglio di Stato si sofferma sulle differenze tra le due fattispecie.

Per quanto riguarda le irregolarità di carattere tributario la soglia di gravità è fissata dall’art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, D.p.r. 602/1973; Invece, il criterio di gravità della irregolarità contributiva è individuato dall’art. 3 del DM 30 gennaio 2015, mediante un meccanismo che demanda all’Autorità previdenziale il potere di assumere le relative certificazioni Durc.

Premesso ciò, l’art. 3, comma 2, DM. 30 gennaio 2015 contempla svariate ipotesi (di rateizzazione, sospensione dei pagamenti, compensazioni con crediti, ecc...) in cui “la regolarità sussiste comunque”, pur in presenza del superamento della soglia fissa indicata nel comma 3.

Un’altra differenza, ad avviso del Consiglio di Stato, è ravvisabile nell’art. 4, comma, 1 e 2 del D. Min. Lavoro e Pol. Soc. 30/01/2015, a norma del quale è previsto un termine (di 15 gg.) che, ancorché non faccia immediatamente venir meno la regolarità, tuttavia, comportando l’inibizione delle verifiche durante la sua pendenza, concede all’impresa partecipante una possibilità di regolarizzazione che “in sostanza produce l’effetto - che premia la sollecitudine - di azzerare gli effetti della precedente situazione di irregolarità”.

Alla luce di quanto innanzi, per il Consiglio di Stato sono, quindi, evidenti le caratteristiche procedurali che rendono meno rigida la disciplina delle violazioni contributive e che, inoltre, attenuano le conseguenze gravose derivanti da un’automatica esclusione dalla gara conseguente all’accertamento di siffatta ipotesi

Infatti, come abbiamo visto, il datore di lavoro può avvalersi di svariati rimedi per sanare la

violazione contestatagli prima che questa si tramuti nell'emissione di un DURC negativo, e per la precisione attraverso la rateizzazione, la sospensione dei pagamenti, la compensazione con crediti, la regolarizzazione nel termine dei 15 gg.).

In ultimo, a supporto dell'insussistenza del lamentato vizio di incostituzionalità, il Consiglio di Stato rileva che mentre nella materia fiscale e nelle ricadute conseguenti che se ne traggono ai fini dell'ammissione nelle gare pubbliche, le istanze che entrano in conflitto sono solo due, quella privata dell'impresa inadempiente e quella pubblica (dell'erario e dell'Amministrazione aggiudicatrice), nel diverso caso dell'omissione contributiva sullo sfondo degli interessi implicati si aggiunge la posizione del lavoratore, quale parte indirettamente tutelata dai meccanismi sanzionatori e premiali che hanno l'effetto riflesso di incentivare il datore alla puntuale osservanza degli obblighi contributivi.

In ultimo, il Collegio di Stato osserva come la posizione del lavoratore attinge a beni di rilievo costituzionale (art. 36 Cost.), ma la sua vulnerabilità è tale da rendere oggettivamente appropriata l'esistenza di strumenti incentivanti l'adempimento spontaneo dell'obbligo contributivo. La stessa entità della violazione contributiva, anche laddove irrisoria rispetto alla capacità economica dell'impresa concorrente o al valore della gara, va quindi più compiutamente considerata nella prospettiva dell'incidenza che essa assume nella sfera di interesse della parte debole.

### **3. CONCLUSIONI**

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

## IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SUL TEMA DEL TEMPESTIVO ONERE DI IMPUGNAZIONE IN MATERIA DI APPROVAZIONE DEL PIANO REGOLARE COMUNALE - CONS. DI STATO, SEZ. IV, 1° APRILE 2025, N. 2729

A cura di **Alessio RUOTOLO\***

### MASSIMA<sup>1</sup>

L'approvazione del piano regolatore dà vita ad un atto formalmente e sostanzialmente diverso da quello di adozione del piano (diverso per l'efficacia giuridica, per l'autorità emanante, per l'esercizio di un'autonomia e piena discrezionalità): ciò comporta che contro di esso deve ammettersi piena tutela mediante una facoltà d'impugnazione altrettanto piena, stabilendo l'unico limite nell'eventuale giudicato formatosi sulla precedente delibera di adozione. Di conseguenza, è impugnabile la delibera comunale di adozione di un piano regolatore, in relazione ai vincoli concreti che da esso immediatamente derivano per le proprietà dei singoli. La mancata impugnazione rende inoppugnabile la successiva e consequenziale applicazione di misure di salvaguardia, ma non preclude l'impugnazione del piano regolatore una volta intervenuta l'approvazione regionale.

### SOMMARIO

1. **Il fatto** ..... 209
2. **La decisione** ..... 211
3. **Conclusioni** ..... 212

### 1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 2729/2025, si è pronunciato in merito all'onere riconosciuto in capo alla parte legittimata di tempestiva impugnazione nei confronti degli atti del procedimento di formazione del piano regolatore comunale.

Nello specifico, il Comune di Agropoli ha impugnato la sentenza con la quale il TAR Campania

– sezione staccata di Salerno ha accolto il ricorso di primo grado proposto dal signor Conconi Romolo per l'annullamento dei seguenti atti:

- della deliberazione di G.C. n. 222 del 21 agosto 2017, avente ad oggetto “*Piano Urbanistico Comunale (P.U.C.) – Esame delle osservazioni sul piano adottato con deliberazione n. 102 del 06.04.2017 come rettificata con atto n. 120 del 13.04.2017*”, nella parte in cui sono state rigettate le osservazioni formulate dal signor Conconi sulla proposta di P.U.C. (presentate, ai sensi dell'art. 7 del regolamento regionale n. 5/2011, in data 15 giugno 2017);

- della nota prot. n. 024049 del 16 agosto 2017, recante “*Relazione illustrativa della valutazione delle osservazioni al Piano Urbanistico Comunale di Agropoli*”, nella parte in cui le predette osservazioni sono state ritenute “*non accoglibili*”;

- della delibera di G.C. n. 102 del 6 aprile 2017, avente ad oggetto “*Piano Urbanistico Comunale (P.U.C.) corredato di Rapporto Ambientale, Sintesi non tecnica, Valutazione di Incidenza e Piani Settore – Adozione*”, nella parte in cui l'area di proprietà del signor Conconi Romolo era stata ricompresa in zona agricola “E2”

Di conseguenza, il Comune di Agropoli ha impugnato la sentenza di primo grado, rilevando diversi motivi di appello.

Con il primo motivo di appello, l'Amministrazione appellante contesta la sentenza in rito, avendo il Giudice di prime cure ritenuta ammissibile l'impugnativa di un atto endoprocedimentale, specificamente la deliberazione di G.C. n. 222 del 21 agosto 2017, con la quale erano state esaminate e respinte le osservazioni formulate dal signor Conconi, e ricevibile l'impugnativa di un atto di natura deliberativo impugnato tardivamente, ovvero la deliberazione di G.C. n. 102 del 6 aprile 2017, di adozione del piano urbanistico comunale, contestato dal ricorrente in primo grado nella parte in

\* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

cui un'area di sua proprietà era stata ricompresa in zona agricola "E2.

Al fine di sostenere le proprie ragioni caducatorie, il Comune di Agropoli evidenziava che la delibera di adozione del PUC è stata impugnata unitamente alla deliberazione di G.C. n. 222 del 21 agosto 2017, con la quale sono state esaminate e respinte le osservazioni formulate dal sig. Conconi.

A tal riguardo, l'Amministrazione ha puntualmente rilevato che, trattandosi di atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma portata lesiva degli interessi giuridici della parte nei cui confronti è destinata a produrre effetti non è autonomamente impugnabile.

Pertanto, vi è da aggiungere che la deliberazione di approvazione definitiva del PUC non è stata impugnata dal signor Conconi.

Di conseguenza, denunciava l'inconferenza del richiamo alla giurisprudenza in materia di c.d. "effetti caducanti" dell'annullamento in sede giurisdizionale della deliberazione di adozione del PUC, rispetto alla delibera consiliare di approvazione (del piano), in quanto la giurisprudenza richiamata dal giudice di primo grado si riferisce alle ipotesi di tempestiva impugnazione della delibera di adozione del PUC, il cui annullamento travolge anche la delibera di approvazione del piano (c.d. effetto caducante e non meramente viziante); nel caso di specie, infatti, la deliberazione di adozione del piano è stata impugnata tardivamente.

A tal proposito, inoltre, a nulla rileva che la delibera di adozione del PUC era stata contestata per violazione/elusione del giudicato (in relazione a precedenti decisioni del T.a.r. intervenute sulla proprietà Conconi).

Infatti, non vi è alcun dubbio che, l'azione di nullità per violazione o elusione di giudicato si propone con giudizio di ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 4, lett. b), c.p.a.; la domanda giudiziale proposta nel caso di specie aveva, invece, carattere impugnatorio, avendo riguardato l'annullamento e non la declaratoria di nullità della delibera di G.M. n. 102/2017 di adozione del PUC; detto ricorso non avrebbe avuto nemmeno i requisiti di forma per la proposizione dell'azione di ottemperanza, non essendo stato notificato al comune di Agropoli nel domicilio eletto, di volta in volta, nei giudizi

conclusi con le decisioni del T.a.r., in relazione alle quali si deduce la violazione/elusione del giudicato; in ogni caso, il giudice di primo grado non ha convertito il giudizio impugnatorio in giudizio di ottemperanza, con la conseguenza che sarebbe precluso, in sede di appello, l'esame di profili di nullità della delibera di adozione del PUC per violazione del giudicato;

Con il secondo motivo di appello, l'Amministrazione contesta la fondatezza della censura relativa al dedotto difetto di motivazione della decisione di respingere le osservazioni formulate dal signor Conconi.

A tal riguardo, specifica che le operazioni di zonizzazioni, effettuate nell'ambito del procedimento di pianificazione urbanistica, rientrano nel potere di discrezionalità tecnica (di governo del territorio) e, in quanto tale, censurabile solo per vizi di illogicità manifesta o travisamento.

Inoltre, continua l'Amministrazione, le osservazioni formulate nell'ambito di tale procedimento costituiscono meri apporti collaborativi; di conseguenza, il loro rigetto non necessita di alcuna analitica motivazione, risultando sufficiente che le osservazioni siano state esaminate e prese in considerazione in sede di giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dall'Amministrazione precedente.

Di guida, il comune di Agropoli ha esposto le ragioni di rigetto delle osservazioni, rappresentando nel merito che, la modifica di una zona agricola in zona residenziale avrebbe avuto ricadute significative sulla struttura del piano, stravolgendone l'impostazione e rendendo necessaria una rielaborazione sostanziale del piano.

L'Amministrazione appellante, inoltre, sul presupposto della piena discrezionalità in materia di pianificazione urbanistica, non poteva neppure considerarsi limitata dai piani di lottizzazione precedentemente approvati, essendo essi ormai scaduti.

Inoltre, non si potrebbe arrivare a sostenere il riconoscimento di un legittimo affidamento in capo al privato, neppure nella denegata ipotesi in cui si voglia far riferimento ai provvedimenti del Commissario ad acta di autorizzazione alla lottizzazione in quanto queste ultime risalgono al 1991 e,

dunque, sarebbero irrimediabilmente scadute per decorso del termine decennale di validità; pertanto, tali provvedimenti non sarebbero idonei ad assicurare a provvedimenti vincolanti per le scelte deliberative del Comune, né tanto meno sarebbero idonee a fondare uno specifico obbligo di motivazione rafforzata.

Nel giudizio di appello si sono costituiti in giudizio i signori Conconi Consuelo e Conconi Silvio, in qualità di eredi di Conconi Romolo (ricorrente in primo grado), contestando le deduzioni di parte appellante, in quanto la deliberazione di adozione del PUC è stata impugnata e ne è stata dedotta la nullità per violazione/elusione del giudicato; in aggiunta hanno evidenziato che il piano di lottizzazione non era scaduto per effetto delle ripetute proroghe disposte dal legislatore (art. 30, comma 3 - *bis*, d.l. n. 69/2013; art. 10, comma 4 - *bis*, d.l. n. 76/2020; art. 10 - *septies* d.l. n. 21/2022).

Alla camera di consiglio del 1° giugno 2023, fissata per la deliberazione della istanza cautelare, il difensore della Amministrazione appellante, ha dichiarato di rinunciare alla predetta istanza, sulla base dell'impegno della controparte a non chiedere l'esecuzione della sentenza fino alla definizione nel merito del grado di appello.

Alla udienza pubblica del 7 dicembre 2023, la trattazione della causa è stata rinviata.

Con memoria depositata in data 4 novembre 2024 il comune di Agropoli ha insistito per l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2024, sulle conclusioni delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **2. LA DECISIONE**

Il Consiglio di Stato, all'esito del giudizio in appello, accoglie le doglianze formulate dall'Amministrazione appellante, ritenendo assorbente quanto sostenuto nel primo motivo di appello.

Prima di pronunciarsi nel merito della vicenda, il Consiglio di Stato ritiene prioritario ricostruire le coordinate ermeneutiche fissate nella decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 marzo 1983 n. 1:

In primo luogo vi è da dire che l'approvazione del piano regolatore dà vita ad un atto formalmente

e sostanzialmente diverso da quello di adozione del piano (diverso per l'efficacia giuridica, per l'autorità emanante, per l'esercizio di un'autonomia e piena discrezionalità): ciò comporta che contro di esso deve ammettersi piena tutela mediante una facoltà d'impugnazione altrettanto piena, stabilendo l'unico limite nell'eventuale giudicato formatosi sulla precedente delibera di adozione.

Di conseguenza, è impugnabile la delibera comunale di adozione di un piano regolatore, in relazione ai vincoli concreti che da esso immediatamente derivano per le proprietà dei singoli; di guisa, la mancata impugnazione rende inoppugnabile la successiva e consequenziale applicazione di misure di salvaguardia, ma non preclude l'impugnazione del piano regolatore una volta intervenuta l'approvazione regionale;

Ancora, la delibera comunale di adozione del piano regolatore generale è, contemporaneamente, atto dotato di efficacia esterna lesiva propria e atto interno di un procedimento ancora in corso, il quale si definisce solo con l'emanazione del provvedimento regionale di approvazione. Pertanto essa è immediatamente impugnabile solo in relazione al primo aspetto, mentre deve escludersi che una mancata o comunque non utile impugnazione della parte immediatamente lesiva dal piano adottato sia idonea a limitare le possibilità di tutela in ordine agli effetti lesivi conseguenti al successivo provvedimento di approvazione.

Di talché, il provvedimento di adozione del piano regolatore generale, nella misura in cui è suscettibile di applicazione (mediante le misure di salvaguardia o negli altri modi consentiti dalla legge) è immediatamente lesivo e dunque suscettibile di diretta e autonoma impugnazione nello stesso modo e alle stesse condizioni in cui ciò è tradizionalmente ammesso per il provvedimento di approvazione: sono dunque direttamente impugnabili, del piano adottato, tutte le prescrizioni che tali sarebbero ritenute nel piano approvato, secondo i principi comunemente accettati; mentre saranno impugnabili solo congiuntamente agli atti applicativi quelle altre prescrizioni che, anche se appartenenti ad un piano approvato, non sarebbero ritenute direttamente impugnabili.

Anche la successiva evoluzione giurisprudenziale che si è formata sull'argomento, ha stabilito che l'atto di adozione del piano regolatore può essere autonomamente impugnato, ove immediatamente lesivo della posizione giudica soggettiva del ricorrente, e che l'omessa impugnazione della deliberazione approvativa della variante di un piano regolatore generale non determina l'improcedibilità del ricorso proposto contro la delibera comunale di adozione, in quanto l'eventuale annullamento di quest'ultima esplica effetti automaticamente caducanti, e non meramente vizianti, sul successivo provvedimento di approvazione, per la parte in cui la delibera di approvazione abbia confermato le previsioni già contenute nel piano adottato e oggetto di impugnativa (Consiglio di Stato, sez. IV, 24 aprile 2023 n. 4130; sez. II, 20 gennaio 2020 n. 456; sez. IV, 14 luglio 2014 n. 3654; 15 febbraio 2013 n. 921).

Ebbene, nel caso di specie, con il ricorso di primo grado, notificato al comune di Agropoli in data 15 – 17 novembre 2017, il signor Conconi Romolo ha proposto la domanda giudiziale di annullamento della deliberazione della Giunta comunale n. 222 del 21 agosto 2017, con la quale erano state respinte le osservazioni formulate dal signor Conconi in ordine al piano adottato e “*ove e per quanto occorra*” della deliberazione di G.C. n. 102 del 6 aprile 2017 di adozione del PUC.

Sul punto vi è da dire che, alla luce della giurisprudenza amministrativa in materia e sulla base della legislazione urbanistica statale e regionale, *gli atti del procedimento di formazione del p.r.g. dotati di rilevanza esterna, e in quanto tali autonomamente impugnabili, sono la deliberazione comunale di adozione del piano e il provvedimento regionale di approvazione e non, invece, l'atto, con cui il Comune controdeduce alle osservazioni, in quanto trattandosi di atto privo di contenuto provvedimentale, assolve ad una mera funzione endoprocedimentale, ad un tempo consultiva e propositiva nei confronti della Regione, cui compete la pronunzia definitiva sulle osservazioni in sede di approvazione del piano, essendo le stesse idonee ad acquisire contenuto precettivo solo all'esito della loro assunzione nel piano definitivamente approvato dalla Regione* (Consiglio di Stato, sez. IV, 8 agosto 2008, n. 3925).

Dunque, facendo corretta applicazione dei summenzionati principi, il Consiglio di Stato dichiara inammissibile per difetto di interesse la domanda di annullamento della deliberazione di Giunta comunale n. 222 del 21 agosto 2017 (avente ad oggetto l'esame delle osservazioni formulate sul

piano urbanistico adottato), concernendo un atto di natura endoprocedimentale, privo di rilevanza esterna e non autonomamente impugnabile.

Inoltre dichiara irricevibile, per tardività, l'impugnazione della deliberazione di G.C. n. 102 del 6 aprile 2017 di adozione del PUC, perché proposta oltre il termine decadenziale previsto per la domanda di annullamento.

Inoltre, il collegio specifica che anche volendo riqualificare l'impugnativa della deliberazione di G.C. n. 102/2017 come domanda di nullità, per violazione/elusione del giudicato, essa sarebbe comunque inammissibile, non ricorrendone sul piano sostanziale i presupposti.

In ultimo, il Consiglio di Stato osserva che la deliberazione di adozione del PUC non può considerarsi violativa del giudicato, sul presupposto del significativo lasso di tempo intercorso dalle determinazioni del Commissario ad Acta in materia di lottizzazione e del fatto che il piano urbanistico comunale (oggetto del presente contenzioso) è stato adottato sulla base di un quadro normativo modificato (per effetto del regolamento regionale del 4 agosto 2011 n. 5, approvato in attuazione dell'art. 43 – bis della l.r. della Campania n. 16/2004 e s.m.i.).

Ne consegue che le censure relative al difetto di motivazione e all'eccesso di potere avrebbero dovuto essere proposte negli ordinari termini decadenziali nei confronti dell'atto deliberativo di adozione del piano urbanistico comunale (che è stato impugnato tardivamente) o nei confronti dell'atto deliberativo di approvazione definitiva del predetto piano (che invece non è stato impugnato).

### 3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile, per difetto di interesse, la domanda di annullamento della deliberazione G.C. n. 222/2017 e irricevibile, per tardività, la domanda di annullamento della deliberazione di G.C. n. 102/2017.



**DE IUSTITIA**

**DE IUSTITIA - N°2 - Aprile 2025**

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