

3/2025

INDICE DEGLI ARGOMENTI

Alcuni degli articoli presenti in questo numero

DIRITTO CIVILE

- A. LA SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA: I RAPPRESENTANTI DELL'IMPRENDITORE.

DIRITTO PENALE

- A. APPROPRIAZIONE INDEBITA DI UN TITOLO SCOPERTO: LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO PER CUI È CONFIGURABILE IL TENTATIVO.
- B. TENTATA RAPINA IMPROPRIA E ATTENUANTE SPECIALE DI LIEVE ENTITÀ SECONDO LA RECENTE PROSPETTIVA GIURISPRUDENZIALE.

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

- A. GLI AMBIGUI RAPPORTI FRA PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCESSO PENALE ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI EUROPEI.

DIRITTO PUBBLICO

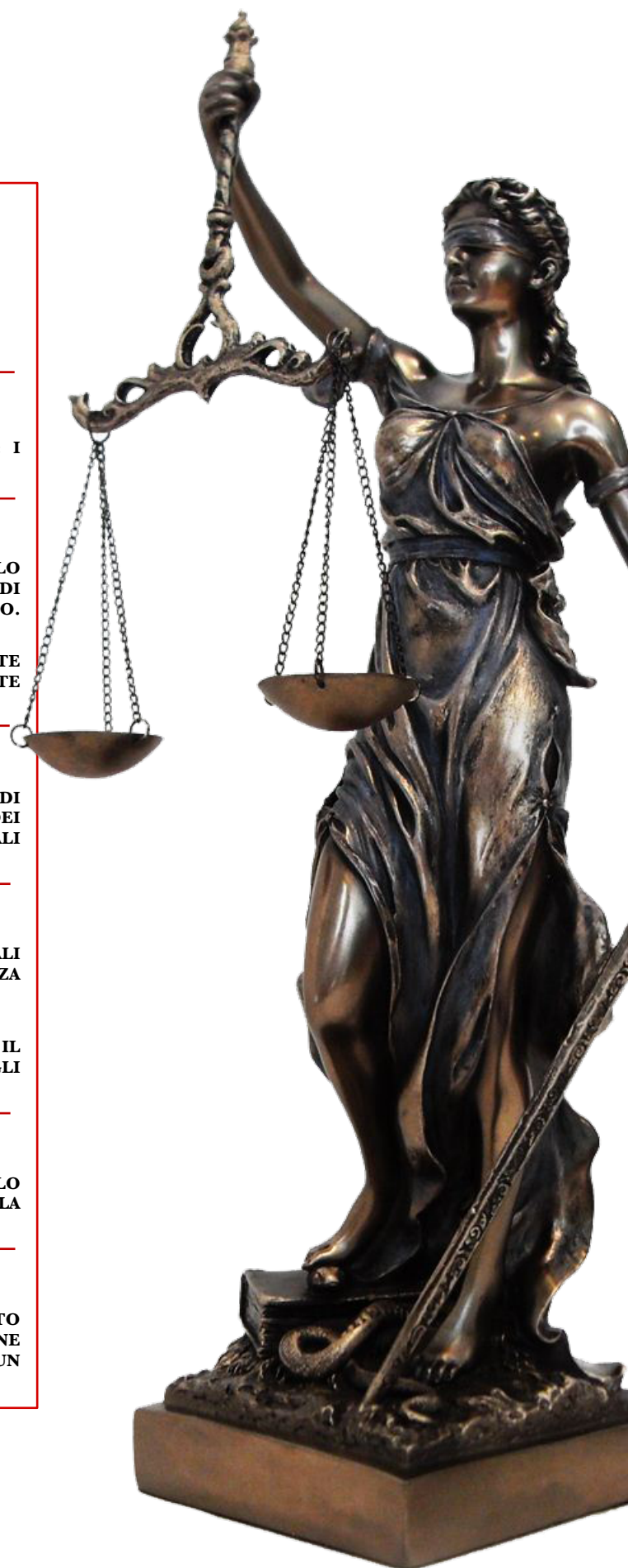
- A. L'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME AI FIGLI: QUALI PROSPETTIVE DOPO LA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE?
- B. NUOVE REALTÀ DIGITALI E NUOVE REGOLE: IL RUOLO DELL'AGCOM NEL MONDO DEGLI INFLUENCERS

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- A. CONSIGLIARE LO STATO: L'AVVOCATURA DELLO STATO COME GARANTE SILENZIONE DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA.

DIRITTO EUROPEO

- A. L'INTERVENTO DI TERZI NEL PROCEDIMENTO CIVILE SOSPESO IN SEGUITO ALLA PROPOSIZIONE DI UN RINVIO PREGIUDIZIALE: VERSO UN DEFINITIVO CAMBIO DI APPROCCIO.



Pubblicazione periodica trimestrale

DIRETTORE SCIENTIFICO: Ludovica Marano

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. Andrea Napolitano, 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 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: Dott. Federico Aloisio, Avv. Diletta Aliprandi, Dott.ssa Anna Bettoni, Prof. contr. Filippo Marco Maria Bisanti, Dott.ssa Valentina Calabrese, Dott.ssa Emanuela De Falco, Dott. Antonino Di Maio, Dott.ssa Marina Federico Avv. Francesco Martin, Avv. Eugenio Maria Mastropaolo, Avv. Luciano Persico, Dott. Andrea Provenzano, Prof.ssa Annamaria Siniscalchi, Avv. Francesca Zagaria, Dott.ssa Arianna Zurzolo.

MODALITÀ DI CITAZIONE: Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di De Iustitia, si consiglia l'utilizzo della forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in De Iustitia, 3/2025, 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 SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA: I RAPPRESENTANTI DELL'IMPREDITORE COMMERCIALE di Francesco Maria MAFFEZZONI..... 10

ABSTRACT	10
1. MODALITÀ, FORMA E PUBBLICITÀ.....	10
2. BREVI CENNI: LA FIGURA DELL'INSTITORE.....	11
3. SEGUE: PROCURATORI E COMMESSI.....	15
4. I LIMITI LEGALI.....	16
5. I LIMITI PATTIZI	19

DIRITTO PENALE

APPROPRIAZIONE INDEBITA DI UN TITOLO SCOPERTO: LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO PER CUI È CONFIGURABILE IL TENTATIVO di Ludovica MARANO 22

ABSTRACT	22
1. IL FATTO	22
2. L'APPROPRIAZIONE INDEBITA TENTATA	23
3. SULLA NOZIONE DI IDONEITÀ DEL TENTATIVO (O NEL REATO IMPOSSIBILE)..	26
4. SULL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO DI APPROPRIAZIONE INDEBITA....	27
5. CONCLUSIONI.....	29

TENTATA RAPINA IMPROPRIA E ATTENUANTE SPECIALE DI LIEVE ENTITÀ SECONDO LA RECENTE PROSPETTIVA GIURISPRUDENZIALE di Antonino DI MAIO..... 30

ABSTRACT	30
1. IL FATTO	30
2. PROFILI CRITICI DELLA DECISIONE.....	30
2.1. BREVI RIFLESSIONI SULL'ELEMENTO OGGETTIVO DEL DELITTO DI TENTATA RAPINA IMPROPRIA.....	31
2.2. L'ATTENUANTE SPECIALE DI LIEVE ENTITÀ DEL FATTO.....	32
3. CONCLUSIONI.....	34

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

GLI AMBIGUI RAPPORTI FRA PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCESSO PENALE ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI EUROPEI di Simone PETRALIA..... 36

ABSTRACT	36
1. INTRODUZIONE: UNO SGUARDO D'INSIEME SUI LEGAMI FRA PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCESSO PENALE.....	36
2. IL CONCRETO ESPLICARSI DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA DEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE.....	39
3. LA PROVA NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE	42
4. I RAPPORTI FRA REVOCAZIONE DELLA CONFISCA E REVISIONE PENALE.....	44
5. I RAPPORTI CON LE MISURE PATRIMONIALI PENALI.....	46



6. RICUSABILITÀ DEL GIUDIZIO E GIUSTO PROCESSO DI PREVENZIONE	48
7. STATUIZIONI PENALI, MISURE INTERDITTIVE PREFETTIZIE E CONTROLLO GIUDIZIARIO: UN RAPPORTO COMPLESSO	51
8. IL RAPPORTO FRA MISURE DI PREVENZIONE, MISURE DI SICUREZZA E PENA..	53
9. RIFLESSIONI FINALI.....	55

DIRITTO PUBBLICO

L'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME AI FIGLI: QUALI PROSPETTIVE DOPO LA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE? di Pietro Maria FELEPPA 58

ABSTRACT	58
1. LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL COGNOME NELLE NORME VIGENTI	58
2. LE ORDINANZE DEL 1988 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.....	60
3. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 61 DEL 2006.....	61
4. LA POSIZIONE DELLA CORTE EDU.....	61
5. LE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 286 DEL 2016 E N. 131 DEL 2022: INTRODUZIONE DELLA REGOLA DEL DOPPIO COGNOME	62
6. LA PERDURANTE INERZIA DEL LEGISLATORE	65

NUOVE REALTÀ DIGITALI E NUOVE REGOLE: IL RUOLO DELL'AGCOM NEL MONDO DEGLI INFLUENCERS di Martina MAGGIOLINI..... 66

ABSTRACT	66
1. PREMESSA E PERIMETRAZIONE DEL TEMA	66
2. L'AGCOM AL CENTRO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI	66
3. LINEE GUIDA PER LA REALTÀ DIGITALE	69
4. TUTTO È IN EVOLUZIONE. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....	71

DIRITTO AMMINISTRATIVO

CONSIGLIARE LO STATO: L'AVVOCATURA DELLO STATO COME GARANTE SILENZIOSA DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA di Gianmarco FALDUTI..... 72

ABSTRACT	72
1. BREVI CENNI STORICI.....	72
2. IL VOLTO ATTUALE DELL'AVVOCATURA DELLO STATO.....	73
3. LA FUNZIONE CONSULTIVA: QUESTIONI E PRASSI.....	75
4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	79

DIRITTO EUROPEO

L'INTERVENTO DI TERZI NEL PROCEDIMENTO CIVILE SOSPESO IN SEGUITO ALLA PROPOSIZIONE DI UN RINVIO PREGIUDIZIALE: VERSO UN DEFINITIVO CAMBIO DI APPROCCIO? di Maria Giovanna DI GIOVANNI 81

ABSTRACT	81
1. PREMESSA.....	81
2. LE RAGIONI DELL'ESCLUSIONE DI UN GENERALE POTERE DI INTERVENTO NEI PROCEDIMENTI PREGIUDIZIALI.....	82



3. LE REGOLE PROCESSUALI NAZIONALI RELATIVE ALLA GESTIONE DEL PROCEDIMENTO SOSPESO E L'INTERPRETAZIONE RISULTANTE DA UNA CERTA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE	83
4. IL DIFFERENTE ORIENTAMENTO RISULTANTE DALLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.....	84
5. I NUOVI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE DI MERITO	85
6. CONCLUSIONI.....	86

RASSEGNA

DIRITTO EUROPEO

CORTE DI GIUSTIZIA 24 GIUGNO 2025 NELLA CAUSA C-351/23, GR REAL, ECLI:EU:C:2025:474 a cura di Emanuela DE FALCO

MASSIMA.....	87
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA	87
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	88

CORTE DI GIUSTIZIA 3 LUGLIO 2025 NELLA CAUSA C-610/23, AL NASIRIA, ECLI:EU:C:2025:514 a cura di Emanuela DE FALCO

MASSIMA.....	90
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA	90
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	91

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.....	93
1. ANTEFATTO DELLA CAUSA	93
2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.....	93

DIRITTO PENALE

L'ART. 56, COMMA 3, C.P. (DESISTENZA) OPERA ESCLUSIVAMENTE SE L'INTERRUZIONE DELL'AZIONE È VOLONTARIA - CASS. PEN. SEZ. I 3 APRILE 2025, N. 13104 a cura di Fabrizio REGA

MASSIMA.....	95
1. IL FATTO	95
2. LA DECISIONE	95
3. CONCLUSIONI.....	97

IL DELITTO DI CUI ALL'ART. 612 TER COD. PEN. È INTEGRATO ANCHE NELL'IPOTESI IN CUI LA PERSONA OFFESA NON SIA RICONOSCIBILE DALLE PARTI INTIME OGGETTO DI ILLECITA DIFFUSIONE NÉ DA ULTERIORI ELEMENTI - CASS. PEN. SEZ. V, 25 MARZO 2025 N. 11743 a cura di Fabrizio REGA

MASSIMA.....	98
1. IL FATTO	98
2. LA DECISIONE	98
3. CONCLUSIONI.....	100



IL DIVIETO DI RAPPRESENTANZA DELL'ENTE EX ART. 39 D. LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231, NON SI ESTENDE AL RAPPRESENTANTE LEGALE DESTINATARIO DI UNA SENTENZA IRREVOCABILE DI PROSCIoglimento PER INTERVENUTA PRESCRIZIONE DEL REATO PRESUPPOSTO – CASS. PEN., SEZ. II, 6 MAGGIO 2025, N. 16932 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO	101
MASSIMA.....	101
1. IL FATTO	101
2. LA DECISIONE	102
3. CONCLUSIONI.....	103
DOLO ALTERNATIVO COMPATIBILE CON TENTATIVO, IN QUANTO LA CONDOTTA EQUIVOCA È DIRETTA A PERSEGUIRE OBIETTIVI CHIARI DELL'AGENTE - CASS. PEN. SEZ. V, 11 MARZO 2025, N. 9907 a cura di Valentina CALABRESE	104
MASSIMA.....	104
1. IL FATTO	104
2. LA DECISIONE	105
3. CONCLUSIONI.....	106
IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE, LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA PER ESSERE LEGITTIMAMENTE UTILIZZATA COME FONTE RICOSTRUTTIVA DEL FATTO NON NECESSITA DI ALTRI ELEMENTI DI PROVA CHE NE CONFERMINO L'ATTENDIBILITÀ - CASS. PEN. SEZ. III, 16 APRILE 2025, N. 15128 a cura di Fabrizio REGA.....	107
MASSIMA.....	107
1. IL FATTO	107
2. LA DECISIONE	107
3. CONCLUSIONI.....	109
INVASIONE DI TERRENI ED EDIFICI ED ELEMENTI STRUTTURALI DEL REATO - CASS. PEN., SEZ. II, 9 GIUGNO 2025, N. 2181 a cura di Antonino DI MAIO	110
1. IL FATTO	110
2. LA DECISIONE	110
3. CONCLUSIONI.....	111
LA GENITORIALITÀ CONDIVISA, AL DI FUORI DI UN RAPPORTO DI CONIUGIO O DI CONVIVENZA, NON PUÒ COSTITUIRE, DA SOLA, IL PRESUPPOSTO PER RITENERE SUSSISTENTE UN RAPPORTO “FAMILIARE” RILEVANTE AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI CUI ALL'ART. 572 COD. PEN. - CASS. PEN. SEZ. III, 12 MAGGIO 2025, N. 17852 a cura di Fabrizio REGA	112
MASSIMA.....	112
1. IL FATTO	112
2. LA DECISIONE	112
3. CONCLUSIONI.....	113
ART. 131 BIS C.P. E COMPORTAMENTO ABITUALE - CASS. PEN. SEZ. VI, 17 APRILE 2025, N. 15268 a cura di Valentina CALABRESE	114
MASSIMA.....	114



1. IL FATTO	114
2. LA DECISIONE	114
3. CONCLUSIONI.....	115
COMMETTE IL DELITTO DI ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO IL CONIUGE CHE ESTRAPOLA I MESSAGGI WHATSAPP DEL PARTNER - CASS. PEN., SEZ. V, 23 MAGGIO 2025, N. 19421 a cura di Francesco MARTIN.....	116
MASSIMA.....	116
1. IL FATTO	116
2. LA DECISIONE	117
3. CONCLUSIONI.....	118
SUL CALCOLO DELLA PENA RESIDUA IN CASO DI REVOCA DEL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ - CASS. PEN., SEZ. I, 3 LUGLIO 2025, N. 24510 a cura di Francesco MARTIN	119
MASSIMA.....	119
1. IL FATTO	119
2. LA DECISIONE	119
3. CONCLUSIONI.....	121
REVENGE PORN IN CASO DI RICEZIONE (O ACQUISTO) DI MATERIALI DA SITI LIMITATI AI SOLI ISCRITTI - CASS. PEN., SEZ. V, 10 LUGLIO 2025, N. 25516 a cura di Andrea PROVENZANO.....	122
MASSIMA.....	122
1. IL FATTO	122
2. LA DECISIONE	122
3. CONCLUSIONI.....	123
ART. 13 COMMA 3-BIS D.LGS. 74/2000 TRA RETROATTIVITÀ E ONERE PROBATORIO: LA CASSAZIONE DETTA I LIMITI DELL'OPERATIVITÀ DELLA NUOVA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ – CASS. PEN., SEZ. V, 2 MAGGIO 2025, N. 16526 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO	124
MASSIME.....	124
1. IL FATTO	124
2. LA DECISIONE	125
3. CONCLUSIONI.....	127
PARCHEGGIO IN VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI SOSTA E RESPONSABILITÀ A TITOLO DI COLPA IN IPOTESI DI INCIDENTE - CASS. PEN., SEZ. IV, 21 LUGLIO 2025, N. 26491 a cura di Andrea PROVENZANO	128
MASSIMA.....	128
1. IL FATTO	128
2. LA DECISIONE	128
3. CONCLUSIONI.....	129
PROFILI GIURIDICI DELLA FIGURA DELLO STEWARD: ESCLUSIONE DELLA QUALIFICA DI INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO - CASS. PEN., SEZ. VI 12 MARZO 2025, 29089 N. 1908 a cura di Francesca Maria FRASSANITO.....	130
MASSIMA.....	130



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

I CONFINI OPERATIVI DELL’OVERRULING: QUANDO IL MUTAMENTO INTERPRETATIVO PUÒ GIUSTIFICARE LA PROPOSIZIONE DI UN MOTIVO NUOVO DI APPELLO? – CASS. PEN., SEZ. III, 20 GIUGNO 2025, N. 23110 a cura di Maria Chiara MASTRANTONIO

MASSIMA.....	132
1. IL FATTO	132
2. LA DECISIONE	132
3. CONCLUSIONI.....	134

POSIZIONE DI GARANZIA E INFORTUNI SUL LAVORO: LA RESPONSABILITÀ DEL LEGALE RAPPRESENTANTE DELLA SOCIETÀ PER LE LESIONI RIPORTATE DAL LAVORATORE - CASS. PEN. SEZ. IV, 22 APRILE 2025, N. 15697 a cura di Valentina CALABRESE

MASSIMA.....	136
1. IL FATTO	136
2. LA DECISIONE	137
3. CONCLUSIONI.....	138

IN TEMA DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA DEVE PORSI LA DISTINZIONE TRA CONVIVENZA E CONDIVISIONE DELLA ABITAZIONE - CASS. PEN. SEZ. VI (UD. 18 MARZO 2025 - DEP. IL 12.05.2025), N. 17857 a cura di Fabrizio REGA

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

DIRITTO CIVILE

DEFINIZIONE DELLA GIURISDIZIONE COMPETENTE IN TEMA DI COMPENSAZIONE PECUNIARIA AI SENSI DEL C.D. REGOLAMENTO BRUXELLES 1 BIS - CASS. CIV. SS.UU., 3 APRILE 2025, N. 30907 a cura di Francesca Maria FRASSANITO

MASSIMA.....	141
1. IL FATTO	141
2. LA DECISIONE	142
3. CONCLUSIONI.....	142

ILLEGITTIMO IL RIFIUTO DEI GENITORI ALL’EMOTRASFUSIONE DEL FIGLIO IN CASO DI SANGUE PROVENIENTE DA DONATORI VACCINATI CONTRO IL COVID-19 - CASS. CIV., SEZ. I, ORD., 30.03.2025, N. 2549 a cura di Giuseppina AVOLIO

MASSIMA.....	143
1. IL FATTO	143
2. LA DECISIONE	144
3. CONCLUSIONI.....	146



OBLIO DIGITALE, DIRITTO DI CRONACA GIUDIZIARIA E DEINDICIZZAZIONE: LA CASSAZIONE RIBADISCE I PRINCIPI SU CUI SI DEVE BASARE LA COMPLESSA ATTIVITÀ DI BILANCIAMENTO - CASS. CIV., 30 MAGGIO 2025, N. 14488 a cura di Cristina CECCONI

MASSIMA.....	147
1. IL FATTO	147
2. LA DECISIONE	148
3. CONCLUSIONI.....	150

STATUS FILIATIONIS E GENITORIALITÀ INTENZIONALE: LA SVOLTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORREZIONE IN DIRITTO DELLA CASSAZIONE - CASS., I SEZ. CIVILE - SENTENZA 5 GIUGNO 2025, N. 15075 a cura di Martina RECANO

MASSIMA.....	151
1. IL FATTO	151
2. LA DECISIONE	151
3. CONCLUSIONI.....	152

I GIUDICI DI LEGITTIMITÀ RITENGONO NON MANIFESTAMENTE INFONDATA LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 230-BIS COD. CIV. NELLA PARTE IN CUI NON INCLUDE NEL NOVERO DEI FAMILIARI ANCHE IL “CONVIVENTE DI FATTO” E COME IMPRESA FAMILIARE QUELLA CUI COLLABORA ANCHE IL “CONVIVENTE DI FATTO” - CASS., SS. UU CIVILI, ORD., N. 1161/2025 a cura di Giuseppina AVOLIO

MASSIMA.....	153
1. IL FATTO	153
2. LA DECISIONE	154
3. CONCLUSIONI.....	154

DIRITTO AMMINISTRATIVO

CUMULO DELLE INDENNITÀ E RISARCIMENTO DANNI NELLE MISSIONI MILITARI: DIVIETO DI ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. II - SENTENZA 23 APRILE 2025, N. 3500 a cura di Martina RECANO

1. IL FATTO	156
2. LA DECISIONE	156
3. CONCLUSIONI.....	157

FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO IN CASO DI OPERE EDILIZIE NON SANABILI MEDIANTE CONDONO EDILIZIO – CONS. DI STATO, SEZ. VII, 9 APRILE 2025, N. 3051 a cura di Alessio RUOTOLO

MASSIMA.....	158
1. IL FATTO	158
2. LA DECISIONE	159
3. CONCLUSIONI.....	160

IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO – CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 16 MAGGIO 2025, N. 4204 a cura di Alessio RUOTOLO



MASSIMA.....	161
1. IL FATTO	161
2. LA DECISIONE	161
3. CONCLUSIONI.....	162
IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA CORRETTA PORTATA DEL SUBENTRO NEL CONTRATTO DISPOSTO DAL GIUDICE A SEGUITO DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE. – CONS. DI STATO, AD. PLENARIA, 15 LUGLIO 2025, N. 9 a cura di Alessio RUOTOLO	
MASSIMA.....	163
1. IL FATTO	163
2. LA DECISIONE	164
3. CONCLUSIONI.....	165

LA SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA: I RAPPRESENTANTI DELL'IMPRESARIO COMMERCIALE*

di **Francesco Maria MAFFEZZONI****

ABSTRACT

Il contributo esamina il ruolo e la disciplina dei rappresentanti dell'imprenditore commerciale (institore, procuratore e commesso) nel contesto dell'impresa organizzata, secondo gli artt. 2203 ss. c.c. L'analisi si concentra sulla natura giuridica della rappresentanza commerciale, distinta da quella volontaria, evidenziando come il potere rappresentativo derivi dalla preposizione ex lege più che da una procura in senso tecnico. Particolare attenzione è dedicata alla figura dell'institore, collaboratore apicale dotato di ampi poteri gestori e rappresentativi, e ai limiti legali e pattizi del suo operato, con rilievi su responsabilità, pubblicità e opponibilità ai terzi. Viene inoltre discussa l'estensione della disciplina a piccole imprese, imprese agricole e società, evidenziando criticità e orientamenti dottrinali e proponendo, altresì, una lettura sistematica della rappresentanza commerciale quale strumento funzionale all'efficienza dell'impresa, nel rispetto dei principi di certezza e tutela dell'affidamento dei terzi.

SOMMARIO

1. **Modalità, forma e pubblicità 10**
2. **Brevi cenni: la figura dell'institore. 11**
3. **Segue: procuratori e commessi 15**

4. **I limiti legali 16**
5. **I limiti pattizi 19**

1. MODALITÀ, FORMA E PUBBLICITÀ

L'esercizio di un'attività economica, in particolare quella imprenditoriale¹, quando supera i profili dimensionali della piccola impresa, introduce il tema dei rappresentanti dell'imprenditore commerciale che vanno ad inserirsi nell'organizzazione complessa e strutturata di persone e mezzi dell'impresa agendo per essa sia nei rapporti interni sia esterni².

La complessità dell'organizzazione legittima e qualifica i cd. ausiliari dell'imprenditore commerciale³ che, collaborando all'attività giuridica e contrattuale dell'imprenditore⁴, si possono distinguere in autonomi ed esterni⁵ (soggetti che cooperano con l'imprenditore in modo occasionale o stabile attraverso rapporti contrattuali di varia natura quali il mandato, l'agenzia, la mediazione e la prestazione d'opera intellettuale) e in interni e subordinati⁶.

* 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.

¹ «La complessità dell'attività imprenditoriale rende del resto normale, se non necessario, che l'imprenditore operi avvalendosi dell'opera di altri soggetti, come emerge dalla disciplina delle obbligazioni in generale (artt. 1228, 1229, secondo comma, c.c.), nonché dalle disposizioni sull'appalto, tipo contrattuale elettivo dell'impresa (art. 1676)», cfr. F. NIEDDU ARRICA, *Gli ausiliari dell'impresa con attribuzioni contabili e di vigilanza. doveri, responsabilità, rappresentanza*, in *Riv. dir. comm.*, 4, 2018, p. 689.

² «L'impresa intesa come comunità di lavoro è costituita dall'imprenditore e dall'insieme dei soggetti, variamente qualificati, a lui legati da un contratto di lavoro. Mentre la qualifica di ausiliario dell'imprenditore compete anche a coloro che, pur non facendo stabilmente parte della struttura dell'impresa e pur non essendo quindi assoggettati ad un vero e proprio vincolo di subordinazione nei confronti del «capo dell'impresa», tuttavia svolgono, professionalmente o meno, una qualche attività nell'interesse dell'imprenditore», cfr. G. FANELLI, *Ausiliari dell'imprenditore*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 314.

³ Sul punto G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2022, p. 60.

⁴ Cfr. F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, p. 86.

⁵ «Vi sono [...] rapporti di collaborazione caratterizzati da stabilità, ma non da subordinazione in senso tecnico (tale soprattutto il rapporto di agenzia): essi danno luogo a figure di ausiliari che, pur non facendo parte della struttura essenziale dell'impresa, non possono tuttavia neppure considerarsi al di fuori dell'ambito della stessa. In realtà questi rapporti, data la loro stabilità e continuità, che si traducono normalmente in termini di professionalità per il soggetto ausiliario, danno luogo ordinariamente alla creazione di vere e proprie imprese ausiliarie», cfr. G. FANELLI, *Ausiliari dell'imprenditore*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, cit., p. 316.

⁶ «Vi sono anzitutto rapporti di collaborazione qualificati da stabilità e da subordinazione, e cioè rapporti di lavoro (di dirigenza, di impiego o di lavoro in senso stretto; ma si vedano, tuttavia, i rapporti parziali dell'impresa agricola i quali, come si è rilevato poco fa, pur essendo fra l'altro qualificati da stabilità e da subordinazione, non costituiscono rapporti di lavoro in senso tecnico): questi rapporti danno luogo a figure di ausiliari che costituiscono la struttura essenziale e fondamentale dell'impresa in senso economico in quanto fanno parte integrante della organizzazione di lavoro creata e diretta dall'imprenditore o da altri nel suo nome e nel suo interesse (la cosiddetta comunità di lavoro)», cfr. G. FANELLI, *Ausiliari dell'imprenditore*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, cit., p. 316.

(lavoratori subordinati con incarico stabile e continuativo nel tempo)⁷, legittimati a svolgere mansioni per conto dell'imprenditore⁸ di relazione con i terzi, finalizzate allo sviluppo dell'attività imprenditoriale – a titolo semplificativo contrattazione, gestione clienti, fornitori, banche etc. – in modo strutturato, sistematico e operativo⁹.

I riferimenti normativi delle figure ausiliarie dell'imprenditore sono gli articoli dal 2203 al 2213 del codice civile che delineano tre figure tipiche investite, a seconda delle mansioni affidate, del potere di rappresentanza, cioè del potere di concludere affari in nome e per conto dell'imprenditore con effetti diretti nei confronti dei terzi.

Il potere di rappresentanza e i relativi poteri organizzativi e direttivi dell'istitutore, procuratore e commesso, sono commisurati alla posizione dell'ausiliario nell'organigramma imprenditoriale, effetto del naturale incardinamento all'interno dell'impresa¹⁰ e della scelta del legislatore di introdurre una disciplina generale della rappresentanza

commerciale atta ad agevolare la contrattazione dell'impresa e le relazioni con i terzi con le eventuali limitazioni espressamente contenute nella procura depositata ed iscritta nel registro delle imprese.

2. BREVI CENNI: LA FIGURA DELL'INSTITUTORE

Tra le figure ausiliarie previste dal Codice l'istitutore risulta posizionato, ai sensi dell'art. 2203 c.c., al grado più elevato dell'organigramma d'impresa e viene preposto dall'imprenditore all'esercizio dell'impresa generale o limitata ad una secondaria o ad un ramo di essa¹¹. Da tempo dottrina¹² e giurisprudenza¹³ lo hanno definito *alter ego* dell'imprenditore - nella realtà commerciale l'istitutore assume qualifica sotto il nome di direttore generale o procuratore generale -, dotato di poteri "delegati" di gestione (quasi) del tutto coincidenti con quelli dell'imprenditore¹⁴ nella cui sfera giuridica

⁷ «La circostanza che il preposto sia lavoratore subordinato del preponente non è di ostacolo al realizzarsi di una fattispecie di preposizione istitutoria, riflettendo, al contrario, una tipica situazione legittimante a tal fine», cfr. Corte App. Ancona Sez. Lav. 11 gennaio 2021, n. 3, in *Redazione Giuffrè 2021*, in senso conforme Trib. Torino 14 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1012.

⁸ «In tema di distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, il conferimento, da parte di un amministratore di società, di una procura ad un soggetto, il quale in forza della stessa, opera in posizione istitutoria, non implica necessariamente l'insorgenza di un rapporto di lavoro subordinato, atteso che la procura può essere conferita in base ad un rapporto di varia natura (mandato, lavoro subordinato, agenzia) e che il controllo sull'attività del procuratore stesso da parte della società non rivela di per sé la sussistenza del vincolo della subordinazione, che invece va ricercato specificamente in un rapporto di supremazia gerarchica estrinsecantesi, non già nel semplice controllo, ma in sistematiche direttive dell'imprenditore», cfr. Cass. Sez. Lav., 07 aprile 1987, n. 3402, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 4 e «la qualità di istitutore è da porre in correlazione con la preposizione, operata dall'imprenditore, all'esercizio dell'impresa commerciale, indipendentemente dall'inquadramento professionale del preposto dal punto di vista della carriera, dal conferimento di procura o comunque dall'utilizzo di forme solenni, sicché il preposto ad una sede secondaria dell'impresa (nella specie, la succursale di una banca) è per ciò stesso istitutore, salva prova contraria, acquisendone automaticamente i relativi poteri rappresentativi e divenendo, pertanto, destinatario della notificazione di atti processuali indirizzati al preponente», Cass. 05 agosto 2016, n. 16532, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016.

⁹ A titolo esemplificativo si veda l'esempio del modello bancario in G. LAURINI, *La rappresentanza nelle società e nel settore bancario*, in *Riv. soc.*, 1999, 5, p. 1059.

¹⁰ «Determinati ausiliari dell'imprenditore, e precisamente gli istitutori, i procuratori e i commessi, sono investiti in quanto tali, indipendentemente da uno specifico conferimento di procura, di un potere di rappresentanza commisurato, quanto alla sua ampiezza, alle mansioni loro affidate dall'imprenditore, salvo il potere di quest'ultimo di limitare (ma non escludere) detta sfera rappresentativa, con le modalità e con gli effetti, per quanto riguarda gli istitutori e i procuratori, di cui agli art. 2206, 2207 e 2209 c.c.», cfr. Cass. Sez. Lav. 13 settembre 1997, n. 9131, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1710.

¹¹ Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, I commercianti*, Vol. 1, Milano, 1906, p. 415 ss.

¹² Sul punto M. CAVANNA, *Art. 2203 – Preposizione istitutoria*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2014, p. 102.

¹³ Cass. 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, p. 336, dove si legge che «La preposizione istitutoria, essendo caratterizzata dall'ampiezza dei poteri rappresentativi che fanno dell'istitutore l'alter ego dell'imprenditore, postula la volontà di quest'ultimo di delegare al preposto poteri di gestione del tutto coincidenti con i propri, e, pertanto, mentre è insita, a norma dell'art. 2203 c.c., nella preposizione ad una sede o ad un ramo dell'attività dell'impresa, non è di per sé evincibile dalla preposizione a singoli uffici (nella specie: ufficio-vendite), ancorché dotati di una certa autonomia operativa nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale».

¹⁴ «La preposizione istitutoria, essendo caratterizzata dall'ampiezza dei poteri rappresentativi che fanno dell'istitutore l'alter ego dell'imprenditore, postula la volontà di quest'ultimo di delegare al preposto poteri di gestione del tutto coincidenti con i

producono gli effetti¹⁵ per implicita od esplicita *contemplatio domini*.

L'elemento qualificante, ai sensi dell'art. 2203 c.c., della figura dell'istitutore è la funzione di direzione dell'impresa, relativa all'intera attività o ad una sola parte, infatti spesso può essere chiamato a rappresentare una sede secondaria o un ramo particolare della stessa agendo individualmente o tramite una pluralità di soggetti¹⁶, che a loro volta possono operare disgiuntamente, cioè ognuno con i poteri di gestione nel settore dell'attività affidatagli, salvo che la procura disponga un'azione congiunta.

L'investitura ad istitutore necessita del conferimento di una procura c.d. institoria rilasciata dall'imprenditore con sottoscrizione autentica e iscritta presso il registro delle imprese o attraverso la semplice preposizione, cioè l'incarico conferito dall'imprenditore. Ai sensi degli artt. 2204 c.c. e 2205 c.c. l'istitutore è legittimato a compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'attività d'impresa seguendo le disposizioni relative all'iscrizione nel registro delle imprese, alla tenuta delle scritture

contabili¹⁷ e alla rappresentanza processuale attiva e passiva¹⁸, salvo l'esplicita riserva dell'imprenditore di escludere o limitare l'esercizio di alcuni poteri¹⁹ attraverso la c.d. procura institoria²⁰ da iscriversi nel registro delle imprese ex art. 2206 c.c.. Certamente l'istitutore non può porre in essere atti c.d. "extra-imprenditoriali", ma solo atti giuridici e materiali che per loro natura (la dottrina non è univoca sul punto) sono ricollegabili al concreto ambito applicativo dell'attività svolta o in astratto rientranti nella definizione dell'attività indicata al registro delle imprese o nei patti sociali²¹.

I poteri dell'istitutore e la relativa intensità incontrano i limiti, stabilito dall'art. 2204 c.c., di alienare, ipotecare i beni immobili dell'imprenditore preponente senza espressa autorizzazione, ben inteso che tale divieto non opera quando l'oggetto dell'impresa è costituito dall'attività di compravendita e alienazione di immobili, essendo in questo caso intrinseco nell'attività specifica dell'impresa.

Oltre al divieto disposto ex art. 2204 c.c., l'istitutore non può compiere atti che esorbitano dai

propri», cfr. Cass. 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, p. 2088, con nota di TRANIELLO.

¹⁵ Sul punto inoltre è stato sostenuto che l'elemento qualificante della fattispecie deve indicarsi nelle funzioni di direzione, «diversamente modulate a seconda che vadano riferite all'intera attività d'impresa ovvero siano limitate a un ramo o una sede secondaria, senza una formale o definitiva sostituzione dell'istitutore all'imprenditore, che anzi è sempre coinvolto nell'attività di impresa e ne assume le connesse responsabilità», cfr. M. CAVANNA, *Art. 2203 – Preposizione institoria*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, cit., p. 103.

¹⁶ Per una pluralità di istitutori cfr. M. REMUSCHI, *Soggetti dedoli e impresa individuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, pp. 716 ss.

¹⁷ Sul tema degli strumenti di allerta e degli obblighi di segnalazione si segnala M. SPIOTTA, *L'istitutore può far suonare l'allarme interno?*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, pp. 544 ss.: «la nomina dell'istitutore potrebbe forse rappresentare una delle «misure idonee» (o uno degli «assetti adeguati») «a rilevare tempestivamente lo stato di crisi» (la cui adozione è ora imposta dagli artt. 3 c.c.i. e 2086, comma 2, c.c.) ed essere fatta rientrare tra i «provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa» che il tribunale può emettere in sede d'istruttoria prefallimentare (*rectius*, pre-liquidazione giudiziale) ai sensi dell'art. 15, comma 8, l. fall. (ripreso dall'art. 54, comma 1, c.c.i.), anche se la giurisprudenza penale ha escluso che sia un correttivo idoneo a scongiurare il pericolo di recidiva ai fini del d.lgs. n. 231/2001».

¹⁸ Cfr. C. RUPERTO, V. SGROI, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, V, 1, Milano, 2001, p. 439.

¹⁹ A conferma: «l'istitutore ha sia poteri di natura sostanziale - potendo egli compiere gli atti di disposizione derivanti dall'esercizio dell'impresa -, sia poteri sul piano processuale - potendo egli esercitare tutte le facoltà riservate alla parte, quale

quella di deferire il giuramento decisorio -. Ciò comporta che in simile situazione non è necessario un esplicito conferimento di poteri nella procura institoria, ma piuttosto occorre un'esplicita riserva al fine di escludere il potere dell'istitutore di esercitare i poteri processuali», cfr. Corte App. Roma Sez. Lav. 02 febbraio 2023, n. 382, in *Redazione Giuffrè 2023*.

²⁰ L'istitutore «quale alter ego dell'imprenditore, può compiere validamente nei confronti dei terzi tutti gli atti che rientrano nell'oggetto dell'attività imprenditoriale, senza distinzioni di sorta. Gli unici limiti che non può valicare sono quelli posti ai suoi poteri dallo stesso ordinamento o dall'esplicita volontà dell'imprenditore che abbia ritenuto di modificare il modello legale avente carattere generale, o ampliando i predetti poteri con l'estensione alla facoltà di alienazione dei beni immobili, ovvero, come per lo più accade, introducendo ulteriori limitazioni, mediante apposita procura. Unica eccezione a siffatta disciplina è data dalla possibilità di un'espressa autorizzazione dello stesso preponente, secondo i principi generali, redatta in forma scritta ad substantiam se si tratti di vendere o ipotecare immobili (art. 1392 c.c.). Sotto l'ulteriore profilo dell'eventuale intervento della volontà dell'imprenditore, l'istitutore non può compiere quegli atti oggetto di esplicite limitazioni contenute nella procura sottoscritta dal proponente, con firma autenticata. Limitazioni che hanno efficacia erga omnes, cioè nei confronti di tutti i terzi, se la procura è iscritta nel registro delle imprese, ovvero soltanto di quei terzi nei confronti dei quali l'imprenditore provi l'effettiva conoscenza», cfr. P. L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1-2, 1996, pp. 53 ss..

²¹ Cfr. M. CAVANNA, *Art. 2204 – Poteri dell'istitutore*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, cit., p. 109.

poteri di gestione a cui è stato preposto (atti *ultra vires*), non potendo sostituirsi all'imprenditore nelle decisioni della c.d. *alta gestione*, cioè a strategie fondamentali e relative all'esistenza stessa dell'impresa, ad esempio cessazione, alienazione dell'azienda o mutamento dell'oggetto dell'attività d'impresa²².

L'istitutore non risponde personalmente, salvo eccezioni, per le obbligazioni contratte, non partecipa agli utili e ai rischi per le perdite, perché per il suo incarico di collaborazione sono previsti una retribuzione²³ specifica e un inquadramento da dirigente nella compagine aziendale. La regola generale dell'irresponsabilità dell'istitutore trova conferma nell'art. 2208 c.c. che stabilisce la responsabilità personale dell'istitutore per le obbligazioni contratte senza la spendita del nome dell'imprenditore, ossia celando al terzo la circostanza che egli trattava per il preponente, con la garanzia al terzo di agire anche nei confronti dell'imprenditore, quando l'atto compiuto era astrattamente pertinente all'attività dell'impresa, in forza della responsabilità solidale per l'obbligazione assunta tra

l'imprenditore e l'istitutore a differenza di quanto disposto in tema di rappresentanza ex art. 1398 c.c.²⁴ per il soggetto rappresentato dal *falsus procurator* che rimane il solo responsabile ai sensi dell'art. 1398 c.c..

Per le operazioni poste in essere dall'istitutore è stato sottolineato²⁵ che, qualora sussista pertinenza dell'atto all'attività di impresa, si realizza una «rispondenza contenutistica»²⁶ tra atto e attività, entrando in funzione una sorta di presunzione della *contemplatio domini* caratterizzata dall'apparenza giuridica e dall'affidamento che tale operazione è riferibile all'attività imprenditoriale²⁷ e che l'istitutore ha agito, in assenza di una esplicita dichiarazione, per il preponente conformemente alle indicazioni ricevute²⁸.

Sono emersi dubbi circa la possibilità di nomina dell'istitutore per la gestione di impresa agricola, piccola impresa commerciale e società commerciale e la dottrina, esaminando la pratica

²² «Costituisce un principio generale del diritto societario, valido a prescindere dal tipo di società prescelto, quello secondo cui le c.d. "operazioni di interesse primordiale" esorbitano dai poteri di gestione degli amministratori e rientrano nella competenza implicita dell'assemblea. Tale principio generale si trae, oltre che dall'art. 2361 c.c. in materia di acquisto di partecipazioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale, anche dall'art. 2204 c.c., in materia di poteri dell'istitutore, il quale implica che all'istitutore, come agli amministratori, non compete di decidere di non esercitare l'impresa o di esercitare un'altra impresa rispetto a quella che l'imprenditore gli ha affidato in gestione, ovvero di svolgere la medesima attività d'impresa con una diversa azienda», cfr. Trib. Roma Sez. Spec. Impresa, 01 aprile 2019, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2019, 6, p. 757.

²³ «A differenza del codice civile del 1865, che, all'art. 1570, definiva la locazione delle opere come il contratto con cui "una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede", il codice civile vigente ha soggettivizzato le definizioni dei nuovi istituti giuridici del libro del lavoro (prestatore di lavoro, imprenditore, istitutore, lavoratore autonomo), ha sostituito al termine "mercede" quello di "retribuzione", stabilendo che questa, in mancanza di accordo tra le parti, sia determinata dal giudice, e ha dettato la particolare disciplina di cui all'art. 2126 in tema di prestazioni di fatto con violazione di legge. Pertanto, il codice del 1942 non considera la previa determinazione della retribuzione come un elemento essenziale per la validità del contratto di lavoro, tutelando la prestazione di lavoro (con il riconoscimento del diritto al corrispettivo) anche nel caso in cui la sua esecuzione, rivelatasi in qualche modo giovevole all'imprenditore, sia avvenuta in forma "contrattualistica", cfr. Cass. Sez. Lav. 18 luglio 1983, n. 4958, in *Giust. civ.*, 1983, 1, p. 3193.

²⁴ Ex multis si veda: «il negozio concluso dal *falsus procurator* costituisce una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, la quale si perfeziona con la ratifica del dominus, e, come negozio in itinere o in stato di pendenza (però suscettibile di perfezionamento attraverso detta ratifica), non è nullo, e neppure annullabile, bensì inefficace nei confronti del dominus sino alla ratifica di questi; tale (temporanea) inefficacia non è rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte e la relativa legittimazione spetta esclusivamente allo «pseudo-rappresentato», e non già all'altro contraente, il quale, ai sensi dell'art. 1398 c.c., può unicamente chiedere al *falsus procurator* il risarcimento dei danni sofferti per aver confidato senza propria colpa nella operatività del contratto», cfr. Cass. 17 giugno 2010, n. 14618, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 6, p. 923.

²⁵ Cfr. F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 91.

²⁶ Per la citazione cfr. M. CAVANNA, *Art. 2208 – Responsabilità personale dell'istitutore*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, cit., p. 103.

²⁷ «La nomina di un istitutore non esclude la responsabilità del titolare dell'impresa per gli atti dallo stesso compiuti, evincendosi dal sistema, ed in particolare dall'art. 2208 c.c., che l'imprenditore risponde in via presuntiva di tutti gli atti compiuti in suo nome nella sede dell'impresa stessa, per essere a lui riferibili, secondo i principi fondamentali dell'apparenza giuridica e dell'affidamento, le attività svolte da coloro i quali, a qualsiasi titolo, agiscano nella suddetta sede quali suoi incaricati o che, ragionevolmente, possano essere considerati tali», cfr. Cass. 16 aprile 2013, n. 9130, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3 e in senso conforme Trib. Milano 05 maggio 2016, n. 5560, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

²⁸ Cfr. F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 90.

commerciale²⁹, considerando l'oggetto dell'attività esercitata e la struttura semplificata della piccola impresa, inizialmente ha ritenuto non applicabili le norme in tema di rappresentanza commerciale alla stessa escludendola al pari dell'impresa agricola³⁰.

Questa posizione è stata progressivamente oggetto di critiche che sembrano aver raggiunto una composizione sul riconoscimento per l'imprenditore agricolo di avvalersi di ausiliari, secondo un'astratta compatibilità della disciplina degli artt. 2203 e ss. alla figura dell'imprenditore agricolo³¹. Sul punto è stato osservato che il D.Lgs. 18.5.2001, n. 228, all'art. 2 prescrivendo l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c. e ss. (e che tale iscrizione oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle

previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'art. 2193 c.c.) determina l'applicazione della disciplina della rappresentanza commerciale anche all'impresa agricola³².

Per il piccolo imprenditore si sostiene in linea di principio l'astratta applicabilità della disciplina della rappresentanza richiamando le argomentazioni formulate per l'imprenditore agricolo, considerando però come condizione sine qua non la registrazione, per cui la dottrina³³ ha reputato superata la dicotomia piccolo imprenditore / imprenditore medio grande sostenendo che la disciplina degli ausiliari dell'imprenditore è di fatto applicabile e riferibile a tutte le imprese oggetto di registrazione³⁴.

Per le società di persone o di capitali³⁵ è ammissibile l'instaurazione di un rapporto institorio quando l'amministrazione complessa è affidata a

²⁹ Cfr. M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, p. 273, nella parte in cui ripercorre le teorie di Franceschelli e Bigiavi.

³⁰ «Non sembra che, per determinare l'applicabilità di alcune regole in materia di rappresentanza in ordine alle imprese diverse dalle commerciali o alle società di tipo commerciale esercenti attività non commerciali, sia necessario forzare il tenore letterale della disciplina di cui agli artt. 2203 sgg. mediante una interpretazione estensiva, da ritenersi inammissibile [...] Nonostante qualche dissenso, pur autorevole, sia il tenore letterale delle norme, sia la ratio prima enunciata inducono ad affermare che le norme stesse non si applicano né e agli imprenditori agricoli né, se del caso, ad imprenditori diversi dai commerciali, proprio avendo riguardo alla sostanza dell'attività esercitata; cos'ì come esse non vengono in applicazione per i piccoli imprenditori avendo riguardo alle dimensioni (minime) della organizzazione imprenditoriale e alla (inesistente) complessità dei rapporti instaurati. Il che porta a concludere che anche queste norme fanno parte dello statuto speciale dell'imprenditore commerciale. Inoltre, atteso che non v'è dubbio che il legislatore si sia ispirato al criterio del rischio, nel dettare, in tema di capacità, condizioni particolari per l'esercizio dell'impresa commerciale, si deve riconoscere che l'entità del rischio non si modifica (nel senso di aggravarsi) allorché l'attività agricola, invece di essere svolta da un imprenditore individuale, è esercitata da una società di tipo commerciale. Se si riconosce che non è possibile ravvisare nell'esercizio in forma commerciale un rischio più grave che nell'esercizio in forma non commerciale (quando si tratti di attività agricola o diversa dalla commerciale), si viene con ciò stesso ad ammettere che la disciplina sulla capacità è dettata in vista del contenuto sostanziale - commercialità - dell'attività svolta ad impresa», cfr. M. FOSCHINI, *In tema di "statuto speciale" dell'imprenditore commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 331 ss.

³¹ Cfr. A. NIGRO, *Imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 15, I, parte II, Torino, 2001, p. 705, dove si afferma che le disposizioni dell'art. 2203 c.c. si applicano espressamente all'imprenditore commerciale, ma tuttavia non è preclusa la

possibilità di una possibile estensione anche ad imprese diverse da quelle commerciali.

³² Cfr. U. BELVISO, *Il regime pubblicitario dell'imprenditore agricolo (la riforma d'inizio secolo)*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, p. 26

³³ A. NIGRO, *Imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, cit., p. 708 e F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 116, secondo cui le norme degli artt. 2203 ss. si applicherebbero anche agli ausiliari del piccolo imprenditore dal momento che le forme di pubblicità previste per la procura costituirebbero un mero "completamento" della disciplina in materia di rappresentanza commerciale, e non condizione di applicabilità.

³⁴ «L'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese di una procura commerciale prescinde dalla valutazione del contenuto della stessa, in quanto esclusivamente finalizzato a garantire ai terzi la pubblicità in ordine ai poteri del rappresentante dell'imprenditore. Tale obbligo di iscrizione grava altresì sul piccolo imprenditore che, in base alla disciplina attuativa del registro delle imprese, va soggetto al regime pubblicitario delle sezioni speciali del medesimo registro, con conseguente applicazione estensiva di tutte le norme del codice civile inerenti l'attuazione della pubblicità», cfr. Trib. Varese 15 ottobre 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 1684.

³⁵ Di particolare interesse è il caso della società in accomandita semplice nella quale il socio accomandante «può svolgere attività lavorativa subordinata in favore della società (ex art. 2320 comma 2 c.c., in virtù del quale i soci accomandanti possono prestare la loro opera sotto la direzione degli amministratori), anche in veste di dirigente, ma non può mai assumere la qualifica di institore, stante l'ampio potere di amministrazione derivante dalla procura institoria», cfr. Corte App. Milano sez. lav. 07 aprile 2023, n. 260, in *Redazione Giuffrè 2023*, con la conseguenza che «il socio accomandante cui sia stata conferita una procura institoria e che abbia compiuto atti di gestione nell'esercizio della stessa assume responsabilità illimitata, ai sensi dell'art. 2320 c.c., per tutte le obbligazioni sociali, e, pertanto, in caso di fallimento della società, fallisce anch'egli in estensione ai sensi dell'art. 147 l.fall.», cfr. Cass. 28 febbraio 2017, n. 5069, in *Mass. Giust. Civ.*, 2017.

più persone, ma sono più che intuibili le problematiche conseguenti alla preposizione institoria a soggetti non amministratori³⁶ in quanto i poteri rappresentativi e gestori di fatto risulterebbero uguali a quelli dell'organo amministrativo³⁷. Per evitare possibili censure è necessario analizzare la preposizione che non deve essere totalmente coincidente con la competenza esclusiva degli amministratori alla cd. "direzione dell'impresa"³⁸, specialmente nelle società di capitali ed in particolare nelle s.p.a., per le quali l'amministrazione della società e il raggiungimento del relativo oggetto sociale sono di competenza esclusiva, ex art. 2380 bis c.c., degli amministratori³⁹.

Gli amministratori⁴⁰ potranno validamente conferire a terzi una procura limitatamente a funzioni non amministrative in senso stretto, delegabili ai sensi dell'art. 2381 c.c., e che per indeterminazione dell'oggetto, entità economica, mancanza di

precise prescrizioni preventive e di procedure di verifica in costanza di mandato, non comportino per il delegato l'assunzione della gestione dell'impresa e/o il potere di espletare operazioni attinenti all'oggetto sociale, attività di esclusiva spettanza degli amministratori⁴¹.

3. *SEGUE: PROCURATORI E COMMESSI*

Nell'organigramma aziendale si inserisce anche la figura intermedia del procuratore come ausiliario dell'imprenditore, soggetto detentore di poteri gestionali di "secondo livello"; l'art. 2209 c.c. lo definisce collaboratore dell'imprenditore che, in forza di un rapporto continuativo, svolge atti pertinenti all'esercizio dell'impresa pur senza esservi preposto. A differenza dell'istitutore il procuratore risulta sprovvisto di potere di determinazione e di amministrazione⁴², non è infatti possibile

³⁶ «L'istitutore, preposto all'esercizio dell'impresa sociale, resta pur sempre un collaboratore dell'organo amministrativo, del quale coadiuva l'attività; l'istitutore costituisce cioè un organo ausiliario e non un organo in concorrenza con quello amministrativo. La nomina di un istitutore in una s.p.a. o in una s.r.l. non integra quindi violazione del principio della competenza esclusiva degli amministratori a gestire la società. Neppure ci sembra violato il correlativo principio della tipizzazione legale della struttura organizzativa delle società di capitali. Infatti l'istitutore è un organo ausiliario tipico dell'impresa commerciale in genere e non della sola impresa individuale», cfr. D. PODETTI, voce *Istitutore*, in *Digesto*, IV ed., VII Commerciale, 2008, Milano, p. 429.

³⁷ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Della rappresentanza*, in *Il codice civile commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Milano, 2021, p. 84 ss.

³⁸ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Della rappresentanza*, in *Il codice civile commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F. BUSNELLI e G. PONZANELLI, cit., p. 88 ss.

³⁹ «L'istitutore preposto all'esercizio di un'impresa organizzata in forma di società azionaria deve inquadrarsi come figura di ausilio, supporto e collaborazione dell'organo amministrativo operante in una posizione subordinata rispetto a quest'ultimo (ancorché, come detto, la presenza di un rapporto di lavoro subordinato non sia requisito essenziale della fattispecie), né l'amministratore unico o gli organi delegati potrebbero mai assumere la qualifica di istitutore ostando a ciò sia l'incompatibilità tra le regole sull'opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri di rappresentanza dettate dall'art. 2384, sia la necessaria sussistenza di un rapporto di subordinazione tra preposto e organo amministrativo, da assimilarsi all'imprenditore (arg. dagli artt. 2421, secondo comma, e 146 l. fall.)», cfr. F. NIEDDU ARRICA, *Gli ausiliari dell'impresa con attribuzioni contabili e di vigilanza, doveri, responsabilità, rappresentanza*, cit., p. 689.

⁴⁰ «Per quanto riguarda la sfera attinente propriamente all'esercizio dell'impresa, che forma tipicamente oggetto della preposizione institoria, gli amministratori non potrebbero comunque abdicare alla funzione (posta sotto la loro solidale

responsabilità) di vigilanza sul generale andamento della gestione», cfr. D. PODETTI, voce *Istitutore*, in *Digesto*, cit., p. 429.

⁴¹ Cfr. Cass. 03 agosto 2022, n.24068, in *Diritto & Giustizia*, 2022, e P. FELICIANI, F. SCIO, *I limiti del potere di delega di funzioni gestorie al terzo nelle società per azioni*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, secondo cui i giudici supremi ritengono che il motivo fondante l'esclusività del potere gestorio risieda (anche) nel fatto che gli amministratori sono promanazione diretta dei soggetti detentori del potere decisionale e che pertanto non possano (ri)trasferire il potere gestorio loro conferito a soggetti terzi che non abbiano alcuna investitura diretta da parte dell'assemblea. Si tratta del noto orientamento giurisprudenziale che già in passato negava la legittimità di procure o mandati generali riconducendo il divieto al dovere di esecuzione personale dell'incarico gestorio e/o al rapporto fiduciario intercorrente fra assemblea e amministratori. [...] A ben vedere, infatti, l'art. 2381 c.c., limitando la possibilità di delegare i poteri gestori nel ristretto ambito dei componenti dello stesso organo amministrativo, nega *ab origine* ogni eventuale scissione fra potere gestorio e carica di amministratore ed enfatizza *apertis verbis* l'esclusiva ed inderogabile competenza degli amministratori nella gestione dell'impresa sociale. Ad avviso dei giudici, la *ratio* di tali previsioni consiste nel costituire un ordinamento predefinito ed inderogabile, la cui funzione è quella di evitare che gli amministratori si privino dei propri poteri delegando a terzi il compito di amministrare la società, finendo in tal modo per modificare lo stesso profilo tipologico della società azionaria. [A ciò si deve aggiungere che] nell'espletamento dei poteri attinenti alla gestione sociale, gli amministratori possono stipulare con soggetti terzi un mandato con rappresentanza limitato a determinate operazioni, rimanendo esclusa soltanto la possibilità di affidare mandati o procure generali *ad negotia*. Invero, la Corte chiarisce che anche prima della riforma del diritto societario, nonostante l'assenza di una espressa previsione di legge (oggi l'art. 2380-bis c.c.), vigeva nelle società azionarie il principio di esclusività delle competenze gestorie degli amministratori».

⁴² G. FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, in *Commentario del codice civile – Libro quinto Del Lavoro*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA,

conferirgli poteri generali rispetto all'impresa o ad un ramo d'impresa, ma solo quelli limitati e circoscritti ad un'attività o a un determinato settore operativo, a titolo esemplificativo l'area acquisti o le vendite. La differenza tra institore e procuratore sta nel fatto che il potere di rappresentanza non si estende alla generalità degli atti dell'impresa, ma è limitato al compimento degli atti indicati nella delega circoscritta. A differenza dell'institore, disciplinato da un *corpus* normativo più diffuso, il procuratore, al di là della norma definitoria l'art. 2209 c.c. che impone l'obbligatorietà del rapporto continuativo, disciplina ex art. 2210 c.c. non solo i poteri esecutivi, ma anche i poteri decisori autonomi limitati al settore di competenza, quali ad esempio l'autonomia relativa alla fissazione di prezzi e le modalità di acquisto, salvo ulteriori limitazioni specifiche⁴³.

La corretta qualificazione dell'ausiliario con il conseguente ruolo comporta rilevanti ricadute pratiche in tema di disciplina applicabile così il procuratore non ha la rappresentanza processuale attiva o passiva dell'imprenditore, non è tenuto a redigere le scritture contabili e ad adempiere agli obblighi di iscrizione presso il registro delle imprese.

Il terzo ausiliario previsto dal codice civile è il commesso⁴⁴, soggetto subordinato, incaricato di mansioni tecniche ben definite, meramente esecutive e materiali⁴⁵; la dottrina ha evidenziato che la

figura del commesso è caratterizzata da tre elementi qualificanti: «il vincolo di subordinazione all'imprenditore, l'attribuzione di attività gestionali limitate e determinate e l'attribuzione di poteri di rappresentanza circoscritti alle corrispondenti funzioni»⁴⁶.

Al pari degli institori e procuratori la legge riconosce ai commessi il potere di rappresentanza conseguente all'inserimento nell'organigramma dell'impresa così non sono necessaria né la procura né la *contemplatio domini* essendo quest'ultima insita nell'atto compiuto in esecuzione delle indicazioni e delle mansioni assegnate dall'imprenditore. L'art. 2210 c.c. stabilisce che il commesso è legittimato a compiere gli atti collegati ordinariamente alla natura della mansione a cui è preposto, atti meramente esecutivi privi di autonomia decisionale, ad esempio non può esigere il prezzo di merci non consegnate, concedere dilazioni di pagamento o sconti, salvo quelli d'uso, non può derogare alle condizioni generali di contratto ed infine esigere il prezzo fuori dai locali di vendita.

4. I LIMITI LEGALI

Gli ausiliari dell'imprenditore, esercitando il potere di rappresentanza loro spettante, pongono in essere atti pertinenti all'attività dell'impresa, creando affidamento (tutelabile⁴⁷) nei confronti dei terzi con cui vengono a contatto.

Bologna – Roma, 1963, p. 116, ricorda che la prestazione di un procuratore non è la estrinsecazione dell'attività di impresa, bensì il compimento di atti.

⁴³ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, 1, 3, Padova, 1990, p. 141 ss. E G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 63.

⁴⁴ Dall'esame dell'art. 2210 comma 1, sarebbe possibile individuare «la figura del commesso nell'ausiliario a) subordinato all'imprenditore ed ai suoi institori, b) incaricato, senza o con assai scarsa discrezionalità, del compimento di un determinato e limitato genere o tipo di operazioni relative all'impresa, e) tali comunque da comportare lo svolgimento di attività giuridica nei confronti dei terzi e cioè l'esercizio di potere rappresentativo. Il carattere *sub a)* sottolinea l'assenza di preposizione e distingue quindi i commessi dagli institori. Il carattere *sub b)* li distingue dai procuratori, il cui potere rappresentativo non soltanto, come si è accennato, è indipendente dall'affidamento di qualificate funzioni gestorie, ma, come prescrive l'art. 2209, concerne se non tutti, come per gli institori (art. 2204 comma r), quanto meno la generalità degli «atti pertinenti all'esercizio dell'impresa» (art. 2209, 2206 comma 2) e cioè l'ordinaria attività necessaria all'esercizio medesimo (II). Il carattere *sub e)* costituisce infine la nota comune a tutti gli ausiliari dell'imprenditore commerciale disciplinati, sotto il riflesso appunto

dell'esercizio della rappresentanza, dagli art. 2203 – 2213», cfr. G. FANELLI, voce *Commesso*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, Milano, p. 835

⁴⁵ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 63.

⁴⁶ Per la citazione cfr. M. CAVANNA, *Art. 2210 – Poteri dei commessi dell'imprenditore*, in *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, cit., p. 134.

⁴⁷ Cfr. C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, in *Riv. not.*, 1991, 3, p. 410, in giurisprudenza invece cfr. Cass. 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Riv. dir. comm.* 1993, 2, p. 423, dove si legge che «la qualifica di institore ed il conseguente ampio potere rappresentativo mentre sono insiti, a norma dell'art. 2203 c.c. nella preposizione ad una sede o ad un ramo dell'attività dell'impresa, non sono di per sé evincibili dalla preposizione a singoli uffici (nella specie ufficio-vendite), ancorché dotati di una certa autonomia operativa nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale. In caso di svolgimento di attività negoziale da parte di un ausiliario dell'imprenditore privo di potere rappresentativo affinché il terzo contraente possa invocare il principio dell'"apparentia iuris" è sufficiente che questi abbia ragionevolmente confidato sull'esistenza della situazione apparente, non

L'affidamento è giustificato dell'introduzione di «norme speciali sulla rappresentanza nell'impresa in deroga ai principi generali, in tema di rappresentanza, sanciti nel libro quarto del codice»⁴⁸. L'istituto della rappresentanza ex art. art. 1388 c.c. richiede per l'esercizio di atti giuridici in nome e per conto di un altro soggetto il conferimento del potere di rappresentanza mediante specifica dichiarazione di volontà, la c.d. *procura* (art. 1392 c.c.)⁴⁹; nella rappresentanza commerciale, gli institori, i procuratori ed i commessi sono invece investiti automaticamente (e generalmente in forza dell'indeterminatezza dell'attività che andranno a svolgere⁵⁰) di un potere di rappresentanza dell'imprenditore⁵¹ commisurato alle mansioni che la qualifica comporta⁵² e l'espressa dichiarazione dell'imprenditore, mediante iscrizione della procura nel registro delle imprese, è necessaria solo quando

sono introdotte limitazioni o modifiche al potere generalmente conferito la pubblicità è obbligatoria ai fini dell'opponibilità ai terzi.

La rappresentanza, la fonte e la natura giuridica della preposizione sono sempre state oggetto di dibattito⁵³, si discute sulla qualifica volontaria o legale, in considerazione del fatto che è dalla nomina dell'istitutore che si attivano le funzioni la posizione nell'organizzazione dell'impresa mentre il contenuto del potere e la relativa rappresentanza sono predeterminati dalla legge. Sul punto sembra essere meno convincente la tesi che considera la preposizione institoria alla stregua di un negozio di procura institoria. La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che proprio la preposizione⁵⁴ sia il fondamento della rappresentanza institoria, escludendo conseguentemente la necessità di un apposito atto di procura⁵⁵ o, in ogni caso, di forme solenni⁵⁶ salvo

occorrendo, invece, che sussista l'ulteriore elemento dell'imputabilità dell'apparenza al comportamento colposo dell'imprenditore».

⁴⁸ Per la citazione si veda P. L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, cit., p. 53.

⁴⁹ «Il termine «procura ricorre nel vigente codice civile agli art. 96, 287, 311 comma 2, 1392, 1396, 1402, 1403, 2206, 2207, ma, come si vedrà, non sempre in senso proprio. Esso sta ad indicare, tecnicamente, un atto e più precisamente un negozio giuridico - la cui struttura e la cui funzione sono tuttora oggetto di controversia -, col quale, secondo la più generale indicazione offerta dall'art. 1387, un soggetto conferisce ad un altro il «potere» di rappresentanza. La procura appare così subito come un momento costitutivo di quel rapporto che si denomina rappresentanza e, in particolare, di quella Specie che viene qualificata come volontaria, perché trovante la sua fonte nella volontà dell'interessato, cioè del *dominus* dell'affare che dovrà essere compiuto dal rappresentante ed unico punto di riferimento delle conseguenze dello stesso, se messo naturalmente in essere nei limiti prestabiliti con il relativo atto di conferimento di «potere», cfr. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Procura (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, 1987, Milano, p. 995.

⁵⁰ Cfr. C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, cit., p. 409

⁵¹ Cfr. F. BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e responsabilità dell'impresa*, Milano 1965, pp. 9 ss.

⁵² «Si deve [...] osservare (e da parte di chi scrive non per la prima volta) che tutta la normativa degli ausiliari dell'imprenditore commerciale caratterizzati non soltanto da stabilità nell'impresa e da un rapporto di tipica subordinazione nei confronti dell'imprenditore, ma anche e soprattutto dall'esercizio di poteri rappresentativi», cfr. G. FANELLI, voce *Commesso*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, cit., p. 833

⁵³ Cfr. V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, I, 2.1, Torino, 2002, p. 500, dove si ricorda che con riguardo alla fonte del potere institorio il dibattito non appare sopito, ma che anzi presenta posizioni particolarmente articolate; in modo conforme cfr. anche D. PODETTI, voce *Institutore*, in *Digesto*, cit., p. 427.

⁵⁴ Secondo simile ricostruzione la rappresentanza dell'istitutore sarebbe una rappresentanza legale, in quanto ricollegata direttamente dalla legge al rapporto di gestione ed avente un contenuto prestabilito dalla legge. «Si osserva, infatti, che il potere di rappresentanza dell'istitutore non si configura come effetto di un autonomo atto di conferimento di poteri, ma come effetto necessario delle funzioni tecniche a lui attribuite con l'inserimento nell'impresa, della posizione assegnatagli nell'organizzazione imprenditoriale e che il contenuto di tale potere è predeterminato dalla legge ed è derogabile solo entro certi limiti dalla volontà del preponente», cfr. D. PODETTI, voce *Institutore*, in *Digesto*, cit., p. 427.

⁵⁵ «La costituzione di un rapporto di natura institoria ex art. 2203 c.c., pur potendo desumersi da elementi presuntivi anche in assenza di un formale atto di conferimento di qualifica e procura da parte dell'imprenditore, deve tuttavia essere accertata con specifico riferimento alla fattispecie concreta e mediante applicazione degli ordinari criteri di ripartizione dell'onere probatorio. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto non potersi desumere la qualità di institutore in capo ad una società dalla sua autonoma personalità giuridica, né dalla qualità di agente generale dell'imprenditore e neppure dal rapporto di controllo o collegamento tra la società e quella asseritamente preponente, trattandosi di elementi inconferenti ai fini della prova circa la sussistenza di una preposizione institoria, solitamente riferibile alla persona fisica legata all'imprenditore da un rapporto di subordinazione organica, sebbene al massimo livello di autonomia gestionale)», cfr. Cass., 27 ottobre 2015, n. 21811, in *Mass. Giust. Civ.*, 2015

⁵⁶ Ex multis: Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, p. 411; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11039, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1064, secondo cui «l'ausiliare dipendente dell'imprenditore che, per la posizione assegnatagli nell'ambito dell'impresa, sia destinato a concludere affari per l'imprenditore, con implicita «contemplatio domini», impegna la responsabilità dell'impresa per gli atti che rientrano nell'esercizio delle sue funzioni, indipendentemente dallo specifico conferimento di procure, in quanto il potere di rappresentanza costituisce effetto naturale della sua collocazione nell'organizzazione

quella necessaria a fini pubblicitari. A tal proposito è stato osservato che all'istitutore è rimesso il potere di determinare e di compiere gli atti che rientrano nell'ambito dell'impresa a cui è preposto, per cui al potere di rappresentanza si affiancherebbe il potere di gestione e il primo non sarebbe altro che una integrazione seppur necessaria del secondo, determinandosi come riflesso proprio all'impresa o al ramo per i quali l'ausiliario è stato nominato⁵⁷. Ancora illustre dottrina⁵⁸ ha osservato che il codice civile nella disciplina dei rappresentanti commerciali avrebbe utilizzato in modo improprio il termine procura, dal momento che i poteri di rappresentanza tipici dell'istitutore non deriverebbero

dell'impresa» e Cass. 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, p. 336.

⁵⁷ Cfr. G. FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, in *Commentario del codice civile – Libro quinto Del Lavoro*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, cit., p. 96.

⁵⁸ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, cit., pp. 136 ss.

⁵⁹ Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina sul dibattito si veda G. FAUCEGLIA, *Della rappresentanza*, in *Il codice civile commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F. BUSNELLI e G. PONZANELLI, cit., p. 111 ss.

⁶⁰ Cfr. C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, cit., p. 413.

⁶¹ Cfr. Cass. 9 aprile 1969, n. 1120 dove si legge che «nell'ipotesi prevista dall'art. 2787, terzo comma, cod.civ., il quale stabilisce che la prelazione del creditore pignoratizio titolare di un credito eccedente la somma di lire cinquemila non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, contenente sufficiente indicazione del credito e della cosa, la scrittura deve ritenersi richiesta ad substantiam, dipendendo dall'esistenza della scrittura l'efficacia sostanziale del pegno, sia pur limitatamente ai rapporti del creditore pignoratizio con i terzi, per ciò che concerne il proprio diritto di farsi pagare con prelazione. In detta ipotesi, per conseguenza, la Costituzione del pegno, ai fini della completezza dei suoi effetti quale causa di prelazione, comporta l'applicabilità al contratto costitutivo della disposizione dell'art. 1392 cod.civ., secondo cui la procura non ha effetto se non è conferita nelle forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere, procura che, pertanto, in tal caso, va conferita per iscritto. Peraltro, ai predetti fini, tale procura non occorre qualora si tratti di rappresentanza institoria, costituita col semplice fatto che l'istitutore è preposto dal titolare all'Esercizio di un'impresa commerciale (art. 2203 cod.civ.), giacché in tal caso fra gli Atti pertinenti all'Esercizio dell'impresa che l'istitutore può compiere con effetti direttamente riferibili al preponente rientrano - salve le limitazioni poste dall'art. 2204 cod.civ. quanto all'alienazione ed all'ipoteca di beni immobili - anche quelli per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam».

⁶² Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Cuneo, Alba, Mondovì e Saluzzo, Studio n. 3 approvato il 3 luglio 2003, Massima secondo cui «per la rappresentanza dei dirigenti, funzionari, quadri, trattandosi di rappresentanza legale, non occorre il conferimento di procura. È pertanto sufficiente e necessario accertare la preposizione del soggetto all'ufficio

dall'apposita dichiarazione di volontà dell'interessato, bensì sarebbero ricollegati alla stessa preposizione all'esercizio dell'impresa stessa⁵⁹ in una sorta di cooperazione giuridica che si estrinseca nei fatti in una rappresentanza gestoria⁶⁰. Questa ricostruzione troverebbe conferma non solo nella giurisprudenza di legittimità che con una sentenza risalente nel tempo ha negato l'applicabilità dell'art. 1392 c.c. alla procura institoria⁶¹, ma nello stesso dettato dell'art. 2204 c.c.⁶² che dispone in maniera inequivoca il contenuto dei poteri dell'ausiliario da cui deriverebbe anche la legittimazione alla sfera processuale⁶³.

aziendale ed i limiti eventualmente posti alle funzioni e, qualora si tratti di atti di alienazione o di concessione in ipoteca di immobili, la occorrente espressa autorizzazione» e che «ad institori, procuratori commerciali, commessi ed in generale a tutti gli ausiliari dell'imprenditore, nell'esercizio delle mansioni loro affidate, competono per legge i poteri di rappresentanza commisurati alla funzione da loro svolta, per assicurare la funzionalità dell'impresa e per tutelare la posizione del terzo contraente. Non occorre quindi alcuna procura che giustifichi i loro poteri rappresentativi, in quanto la giustificazione del loro potere di vincolare la società deriva dalla loro preposizione ad un determinato ufficio. Le norme statutarie o le deliberazioni degli organi societari non sono la fonte del potere di rappresentanza, ma sono volte esclusivamente a delimitare il potere di rappresentanza (legale) connesso all'ufficio, fatta eccezione per la alienazione o la concessione in ipoteca di immobili, per cui occorre una espressa autorizzazione (cfr. art. 2204 codice civile), diretta a superare un limite legale al potere rappresentativo, a meno che la vendita di immobili costituisca l'ordinaria attività oggetto dell'impresa, nel qual caso si ritiene non necessaria una autorizzazione espressa».

⁶³ Per completezza del dibattito sulla fonte legale o volontaria della rappresentanza occorre dare conto anche di una terza soluzione di carattere intermedia o della doppia natura che secondo alcuni potrebbe essere la più persuasiva ed anche la più aderente alla realtà. In particolare è stato affermato che i poteri rappresentativi sarebbero espressamente attribuiti dall'imprenditore ai propri «institori», anche ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, ma questo non escluderebbe necessariamente l'unico modo attraverso il quale può avvenire l'attribuzione dei poteri di rappresentanza, i quali competono comunque ex lege per il fatto stesso della preposizione. «Senonché, al di là delle categorie formali, appare comunque necessario distinguere tra *ordinaria rappresentanza volontaria*, fondata esclusivamente sulla autorizzazione del rappresentato, e *rappresentanza nelle imprese*, connessa all'esercizio da parte dell'ausiliario di un'organica attività di impresa ed evidenziare che all'istitutore non si possono e non si debbono applicare i principi generali in materia di rappresentanza, che riguardano il compimento di singoli atti e non di una attività, come nel caso di una preposizione institoria. Sotto tale aspetto la figura dell'istitutore, pur differenziandosene per la sua posizione subordinata ed ausiliaria (oltre che per la diversa disciplina delle limitazioni della rappresentanza), è sembrata assimilabile più a quella dell'amministratore di società che non a quella del rappresentante in forza di procura

Seguendo il dibattito dottrinale sarebbe preferibile aderire alla tesi in base alla quale l'attribuzione dei poteri rappresentativi operi *ex lege* grazie alla preposizione, mentre la procura (seppur passaggio non necessario) costituirebbe lo strumento per la manifestazione e pubblicità giacché è proprio la procura lo strumento, che l'imprenditore utilizza quando intende realizzare un'organizzazione caratterizzata dall'attribuzione di poteri diversi a seconda del ruolo e delle funzioni attribuite.

5. I LIMITI PATTIZI

Nel paragrafo precedente è stato trattato il modello cd. "legale" di investitura dell'ausiliario⁶⁴ che trova la legittimazione nel compimento degli atti non nella autorizzazione per ogni singolo tipo di atto (come nella rappresentanza ex art. 1387 c.c.), ma sulla base del conferimento della generalità dei poteri attribuiti⁶⁵ con l'inserimento in modo permanente⁶⁶ nell'organizzazione dell'impresa⁶⁷, tanto

prevista dal capo VI, titolo II del libro IV del codice civile. Il rinvio che l'art. 1400 c.c. fa al libro V per le «speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali» conferma del resto la specialità della cosiddetta rappresentanza nell'impresa, la cui disciplina ed i cui principi devono essere anzitutto ricercati nel libro V del codice civile. La rappresentanza dell'istitutore è, come si è detto, funzionale alla posizione che lo stesso riveste nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa, posizione che trova la sua legittimazione in un atto di investitura nell'ambito di uno degli apparati organizzativi, con le funzioni e con le competenze prestabilite dall'imprenditore. Tale atto di investitura o di preposizione si configurerebbe secondo una parte della dottrina come atto unilaterale dell'imprenditore, autonomo dal contratto di impiego che ne costituisce il naturale presupposto; atto unilaterale rispetto al quale l'accettazione del preposto avrebbe il valore di una condizione di efficacia. Secondo altra parte della dottrina, invece, la preposizione si configurerebbe come effetto di un contratto avente da un lato un'efficacia reale (investitura dell'organo), d'altro lato effetti obbligatori a carico delle parti», cfr. D. PODETTI, voce *Istituto*, in *Digesto*, cit., p. 428.

⁶⁴ «L'ausiliare dell'imprenditore, senza che si richieda apposito mandato, è munito del potere di rappresentanza occorrente per l'assolvimento dei compiti di gestione affidatigli. Pertanto, il liquidatore ufficiale di una compagnia di assicurazioni, cui sia dato l'incarico di liquidare il risarcimento dovuto al danneggiato, deve ritenersi abilitato alla stipulazione, in nome e per conto della compagnia, degli atti all'uopo necessari, anche di natura transattiva», cfr. Cass. 18 gennaio 1988, n. 314, in *Giust. civ.*, 1988, 1, p. 1542.

⁶⁵ «In deroga alla disciplina generale in tema di rappresentanza, i poteri dell'istitutore gli sono attribuiti automaticamente a seguito della sola preposizione, senza quindi la necessità del conferimento di alcuna procura o comunque dell'utilizzo di forme solenni. A fronte di ciò, nulla può rilevare la circostanza che il preposto ricopra nella gerarchia delle carriere la

che è stato coniato il brocardo «non si è istitutori in quanto rappresentanti ma rappresentanti in quanto istitutori»⁶⁸. La preposizione, non necessitando di forme solenni, viene regolata dal sistema della pubblicità legale/commerciale che determina una presunzione assoluta di conoscenza dei poteri iscritti e della relativa inopponibilità ai terzi e anche quando ci si trovasse in una situazione di incertezza⁶⁹ mancando validi supporti, sarà necessario verificare l'effettività dell'inserimento nell'organizzazione

posizione di funzionario, e non di dirigente, tanto più che preposto sta appunto a indicare chi ricopre una carica di preminenza sugli altri, o una funzione direttiva», cfr. Cass. 05 agosto 2016, n. 16532, in *Guida al dir.*, 2016, 47, p. 66.

⁶⁶ «L'istitutore è quel rappresentante permanente che un commerciante ha preposto all'esercizio del commercio in un luogo determinato», cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, I commercianti*, cit., p. 415.

⁶⁷ «L'ausiliare dipendente dell'imprenditore che, per la posizione assegnatagli nell'ambito dell'impresa, sia destinato a concludere affari per l'imprenditore, con implicita "contemplatio domini", impegna la responsabilità dell'impresa per gli atti che rientrano nell'esercizio delle sue funzioni, indipendentemente dallo specifico conferimento di procure, in quanto il potere di rappresentanza costituisce effetto naturale della sua collocazione nell'organizzazione dell'impresa», cfr. Cass. 18 ottobre 1991, n. 11039, in *Giur. it.*, 1992, 1, 1, p. 1064.

⁶⁸ Cfr. G.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 61 e C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, cit., 3, p. 413.

⁶⁹ Cfr. P. L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, cit., p. 53, secondo cui «la preposizione istitutoria effettuata dall'imprenditore, con l'affidamento dell'incarico all'istitutore ha pertanto il contenuto tipico delineato dall'ordinamento, nel senso che nell'ipotesi che ci sia una procura redatta per iscritto e regolarmente pubblicata, la prova della preposizione istitutoria è indubbiamente facilitata, rimanendo a carico del terzo l'onere di procurarsi la procura o di prenderne visione, al fine di avere la certezza che l'interlocutore sia un rappresentante generale dell'imprenditore. In mancanza il terzo contraente è agevolato perché, non essendo la procura richiesta come fonte della rappresentanza istitutoria, ma solo come limite della stessa, la mancanza della procura provocherà solo la presunzione della generalità della rappresentanza con l'unico divieto di alienare o ipotecare i beni immobili dell'imprenditore (art. 2204)».

aziendale⁷⁰ con indici rilevatori⁷¹ (oggetto di puntuale dimostrazione⁷²) quali a titolo esemplificativo lettere di accreditamento o altri documenti come gli elenchi dei funzionari dotati di firma⁷³. L'imprenditore può sempre decidere di limitare il potere di rappresentanza riservandosi la trattazione di affari (rischiosi) stabilendo la necessità di una specifica dichiarazione, da effettuarsi ai sensi dell'art. 2206 c.c. (e da collegarsi all'art. 2193 c.c.⁷⁴), in mancanza di tale atto che il potere dell'ausiliario comprende tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa con efficacia vincolante per l'imprenditore⁷⁵. La pubblicazione degli atti, limitativi dei poteri dell'ausiliario, al pari della procura institoria rende opponibile ai terzi dette limitazioni e in mancanza non saranno opponibili se non si provi che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare⁷⁶.

L'art. 2193 c.c. collegato all'art. 2207 c.c. stabilisce che la procura con sottoscrizione del preponente autenticata debba essere depositata per

l'iscrizione unitamente ai documenti che la limitano o revocano, anche se la stessa non era stata inizialmente pubblicata. Nel registro devono essere iscritti ai sensi dell'art. 2196 c.c. il cognome e il nome degli institori e procuratori con la firma autografa, ed ogni successiva relativa modifica. Nella prassi l'accertamento della documentazione relativa a limitazioni o restrizioni della rappresentanza dell'institore, può risultare complesso, in quanto è necessario verificare la qualifica risultante dai registri della Cancelleria del Tribunale che dovrà avere la forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata del legale rappresentante dell'impresa. L'atto di predisposizione per l'esercizio dell'attività d'impresa senza espressa previsione di poteri di rappresentanza può essere contenuto nell'atto costitutivo, in una delibera sociale della società, nell'organigramma contenuto nello statuto e nelle delibere sociali che prevedono ed individuano gli uffici ausiliari o la nomina di una determinata persona per tale ufficio⁷⁷.

⁷⁰ «L'astratta e preventiva attribuzione della qualifica di dirigente non vale, di per sé, a conferire alla qualifica medesima la rilevanza giuridica che le è propria se le mansioni di fatto esercitate manchino dei requisiti che oggettivamente caratterizzano la detta qualifica. L'accertamento in concreto della sussistenza o meno di tali requisiti è rimesso al giudice del merito e il controllo di legittimità non può investire il convincimento del giudice di merito sulla rilevanza probatoria degli elementi considerati, ma solo la congruenza del giudizio, dal punto di vista dei principi di diritto che regolano la prova. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in presenza di una disposizione di contratto collettivo contenente la declaratoria della qualifica di dirigente, riferita anche al procuratore quale ausiliario dell'imprenditore, aveva ritenuto, con motivazione immune da vizi logico-giuridici, che il lavoratore non avesse fornito la prova dei requisiti caratterizzanti la posizione del dirigente)», cfr. Cass. sez. lav. 05 luglio 2003, n. 10635, in *Dir. e giust.*, 2003, 31, p. 99.

⁷¹ In dottrina C. RUPERTO, *Libro V – Del Lavoro*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di S. BIELLI, R. FOGLIA, F. MIANI CANEVARI, E. ROMAGNOLI e I. ROMAGNOLI, 3, Milano, 2005, p. 1719, si è affermato che la forma scritta non è necessaria per la preposizione institoria, ma che può essere provata con ogni mezzo, comprese le presunzioni. «Per la preposizione institoria di cui all'art. 2209 c.c. non è necessaria la forma scritta per gli atti tipicamente pertinenti all'impresa, e, conseguentemente, l'esercizio dei poteri negoziali compresi gli acquisti e vendite (nella specie, risultati da prova per testi) determina l'assunzione della veste di preposto all'esercizio dell'impresa», cfr. Corte App. Milano 26 settembre 1978, in *Foro Pad.*, 1979, 1, p. 40.

⁷² «Pur ammettendosi che un rapporto di natura sostanzialmente institoria ex articolo 2203 del Cc possa individuarsi anche in assenza di un formale conferimento di qualifica e procura da parte dell'imprenditore e anche sulla scorta di elementi

presuntivi ex articolo 2729 del Cc, resta tuttavia fermo che esso deve venire puntualmente accertato e riscontrato, nella concretezza della fattispecie e nella applicazione dell'ordinario criterio di ripartizione dell'onere della prova ex articolo 2697 del Cc, in ragione della comprovata esistenza di un vero e proprio ruolo di preposizione gestoria», cfr. Cass. 27 ottobre 2015, n. 21811, in *Guida al dir.*, 2016, 1, p. 79.

⁷³ «In materia di preposizione institoria, l'estratto autentico del Libro delle decisioni dei soci allegato alla richiesta di iscrizione presso il Registro delle imprese va ritenuta forma sostanzialmente equipollente a quella prescritta dall'art. 2206 c.c., rispettando le esigenze di certezza dei rapporti giuridici relative alla provenienza dell'atto di nomina, all'individuazione del soggetto chiamato a ricoprire la carica di institore, all'estensione dei poteri conferiti dall'institore», cfr. Tribunale Milano, 11/10/2019, in *Redazione Giuffrè 2020* e C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, cit., p. 418.

⁷⁴ Cfr. P. L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, cit., p. 53, dove si legge che nel caso di mancata iscrizione, sussiste la presunzione di ignoranza da parte dei terzi, salvo prova contraria da parte di chi è obbligato a chiedere l'iscrizione (principio negativo), mentre ricorre la presunzione *iuris et de iure* di conoscenza da parte dei terzi dei fatti iscritti (cd. principio positivo).

⁷⁵ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, cit., p. 138.

⁷⁶ Cfr. F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 89.

⁷⁷ In tema si veda a titolo esemplificativo «qualora la preposizione del rappresentante di società di capitali avvenga con delibera consiliare, la regolare tenuta del libro delle adunanze e la relativa certificazione notarile sopperiscono, ai fini dell'opponibilità ai terzi, alla mancata autenticazione della

L'esame della normativa porta a sostenere l'impossibilità per l'ausiliario di delegare dei poteri ad un terzo, infatti le peculiarità dell'istituto della rappresentanza commerciale fanno ritenere non configurabile il rilascio di una delega a terzi relativa alla rappresentanza commerciale per gli atti ad essa connessi dato che la nomina ad ausiliare⁷⁸ è un potere assegnato solo ed esclusivamente all'imprenditore ex art. 2203 c.c., in analogia e sulla scorta di quanto previsto nella procedura fallimentare per il curatore o il commissario⁷⁹.

sottoscrizione della procura o delle sue limitazioni», cfr. Corte App. Milano 25 giugno 1993, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, 2, p. 35.

⁷⁸ Si parla di ausiliari in generale in quanto si applicano le regole dell'istituto anche al procuratore ricadendo la fonte del potere rappresentativo del procuratore commerciale «sotto l'egida dei principi speciali della rappresentanza commerciale, in cui il conferimento dei poteri esterni è sganciato dall'atto volontario specifico, per derivare come effetto legale, dall'inserimento nell'organizzazione dell'impresa», Cfr. C. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, cit., p. 420.

⁷⁹ «La rappresentanza commerciale costituisce una precisa opzione dell'ordinamento, un modello legale che fa scaturire effetti giuridici dal fatto della preposizione institoria e dal rapporto di lavoro con il preponente. In proposito giova rilevare che, di regola, preponente è l'imprenditore individuale, cioè il

titolare dell'impresa. Ma titolare del rapporto institorio può essere anche un altro soggetto, quale un imprenditore collettivo come nel caso delle società, delle associazioni, fondazioni, o enti pubblici, oppure il legale rappresentante del titolare, dichiarato incapace, come nella già ricordata ipotesi dell'art. 425 c.c. Non può invece considerarsi preponente un istitore [...] perché questi non è il titolare o il legale rappresentante dell'impresa e neppure il curatore o il commissario di una delle varie procedura fallimentare in cui è incappato l'imprenditore. In queste ipotesi, infatti, il curatore fallimentare deve esercitare personalmente le attribuzioni del proprio ufficio e non può delegarle ad altri (anche se può avvalersi di ausiliari) e quindi neanche ad un alter ego come l'istitore», cfr. P. L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, cit., pp. 53 ss.

APPROPRIAZIONE INDEBITA DI UN TITOLO SCOPERTO: LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO PER CUI È CONFIGURABILE IL TENTATIVO*

di **Ludovica MARANO****

ABSTRACT

La presente nota analizza la sentenza n. 2138/24 del Tribunale di Torre Annunziata, emessa il 16 dicembre 2024 e depositata il 17 marzo 2025, che ha condannato l'imputato per il reato di tentata appropriazione indebita ai sensi degli artt. 56 e 646 c.p. La sentenza offre spunti di riflessione significativi in merito all'elemento oggettivo e soggettivo del reato, con particolare riferimento alla messa all'incasso di un assegno posto a garanzia e alla rilevanza del mancato perfezionamento dell'appropriazione per cause indipendenti dalla volontà dell'agente. Si esamineranno, dunque, i principi giurisprudenziali consolidati in materia di appropriazione indebita di titoli di credito e le implicazioni della recente pronuncia della Corte Costituzionale sull'art. 646 c.p.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 22
2. **L'appropriazione indebita tentata** . 23
3. **Sulla nozione di idoneità del tentativo (o nel reato impossibile)** 26
4. **Sull'elemento soggettivo del reato di appropriazione indebita** 27
5. **Conclusioni** 29

1. IL FATTO

La sentenza in commento fornisce un'occasione preziosa per approfondire la complessa disciplina dell'appropriazione indebita - art. 646 c.p. - e la sua configurabilità nella forma del tentativo di cui all'art. 56 c.p., in un contesto peculiare come quello della gestione di titoli di credito rilasciati a scopo di garanzia.

Nella specie, il denunciante, socio di una squadra di calcio militante nel campionato nazionale di Lega Pro, aveva consegnato all'imputato – Presidente della medesima società sportiva – un assegno

dell'importo di € 200.000,00, quale garanzia per la fideiussione prestata da quest'ultimo al fine di consentire l'iscrizione della squadra al campionato di calcio per la stagione 2018/2019.

Come noto, ai fini dell'ammissione al campionato di Lega Pro, le società sono tenute a depositare una fideiussione a prima richiesta per garantire gli obblighi economici nei confronti dei tesserati e della Lega stessa. Tale misura mira a tutelare la stabilità economico-finanziaria delle società partecipanti, prevenendo il rischio di insolvenze durante la stagione. La mancata presentazione della fideiussione comporta, non solo l'impossibilità di iscrizione al campionato, con inevitabili ricadute anche sotto il profilo dell'ordine pubblico, ma può integrare anche illeciti di natura disciplinare. Nel caso in esame, la fideiussione era stata effettivamente prestata dall'imputato con garanzie personali proprie, mentre l'assegno in contestazione veniva successivamente consegnato allo stesso dalla persona offesa – anch'essa socio di maggioranza della società – nell'ambito di accordi interni tra i soci. Risulta documentalmente provato agli atti che la consegna dell'assegno da parte del denunciante all'imputato sia avvenuta a titolo di garanzia, come confermato dalla dicitura apposta sulla copia del titolo, dalla quale si evince che il rilascio dell'assegno è avvenuto “a garanzia della fideiussione” precedentemente prestata.

Ciò detto, il fatto di reato si verifica quando, una volta scaduto il termine di validità del patto di garanzia, senza che fosse pervenuta alcuna formale richiesta di escussione della fideiussione, l'imputato presentava all'incasso il medesimo titolo, che poi risultava scoperto. Nel corso delle indagini preliminari, l'imputato ha sostenuto di aver agito in perfetta buona fede e di essere stato costretto a incassarlo al fine di reperire la liquidità necessaria per una ricapitalizzazione societaria, ritenuta

* Tribunale di Torre Annunziata 16 dicembre 2024 nr. 2138/24 Reg. Sent.

** Avvocato

essenziale per il rafforzamento dell'organico della squadra in vista della partecipazione al campionato di categoria superiore. Secondo la prospettazione difensiva, la somma oggetto dell'assegno avrebbe dovuto corrispondere a quella attesa dal riscatto della fideiussione, e la decisione di procedere all'incasso sarebbe stata dettata dall'intento di accelerare i tempi di recupero della liquidità necessaria alla gestione societaria. L'imputato ha, tuttavia, precisato di non essere a conoscenza del fatto che l'assegno fosse privo di copertura, aggiungendo che – successivamente ai fatti di causa – avrebbe scelto di non insistere nella riscossione della somma, rinunciando a proseguire qualsiasi azione volta al recupero del credito asseritamente vantato. Secondo la tesi difensiva, tale comportamento costituirebbe indice sintomatico di buona fede, poiché incompatibile con la volontà fraudolenta richiesta ai fini della configurabilità del reato di appropriazione indebita.

Per il Tribunale di Torre Annunziata, invece, l'imputato è responsabile del delitto di appropriazione indebita tentata. Il giudice, in particolare, ha ritenuto che, nel presentare l'assegno all'incasso, l'imputato abbia posto in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco al conseguimento di un ingiusto profitto. Il fatto che l'assegno sia risultato non coperto per mancanza di provvista è il motivo per cui – secondo il Tribunale – nella fattispecie manchi il perfezionamento dell'evento tipico del reato, con conseguente riconducibilità della condotta alla forma del tentativo.

2. L'APPROPRIAZIONE INDEBITA TENTATA

Come prima visto, nella sentenza annotata, il Tribunale di Torre Annunziata ha ammesso la configurabilità del reato di appropriazione indebita nella forma tentata. A sostegno di tale decisione, viene richiamato il principio secondo cui l'appropriazione indebita è un «reato istantaneo che si consuma con la condotta appropriativa, nel momento in cui l'agente compie un atto di dominio sulla cosa, con la volontà – espressa o implicita – di tenerla come propria». Viene inoltre sottolineato come l'appropriazione presupponga, oltre all'elemento soggettivo, anche un atto concreto di disposizione del bene. In tal senso, si

chiarisce che «tale condizione si realizza con il porre in circolazione i titoli stessi, poiché solo in tal modo e in quel momento si manifesta la volontà del possessore di invertire il titolo del possesso, al fine di trarne un ingiustificato profitto». Si precisa inoltre che l'evento tipico dell'appropriazione indebita consisterebbe nella «nascita di una nuova relazione tra la cosa mobile altrui e l'agente, il quale la fa entrare nel proprio dominio, disponendone come se ne fosse il proprietario». Da ciò deriva che il reato si considera consumato nel momento in cui si verifica l'interversione del possesso. Sulla base di tale impostazione, il Tribunale conclude sostenendo che «la fattispecie in esame è un delitto istantaneo che ammette – come nel caso di specie – il tentativo, in relazione alle particolari modalità del fatto, alla frazionabilità della condotta e alla natura di danno della fattispecie incriminatrice».

La decisione presenta molti profili di criticità.

Il Tribunale fonda la propria conclusione su tre argomenti: a) la natura istantanea del reato b) la frazionabilità della condotta, desunta dalle particolari modalità del fatto; c) la natura di danno della fattispecie incriminatrice. In realtà, pur apprezzando l'enorme sforzo ricostruttivo dell'Estensore, ad un attento esame, nessuno di tali elementi risulta idoneo a sostenere la tesi affermata. Anzi, come si preciserà nei paragrafi seguenti, ciascuno di essi, correttamente interpretato alla luce della dottrina e della giurisprudenza prevalente, depone in senso esattamente contrario rispetto alla tesi sostenuta dal giudice.

Si parta dalla natura istantanea della condotta.

Sin da subito deve precisarsi che la natura istantanea o meno di un illecito non sembra assumere alcun rilievo ai fini della ammissibilità o meno del tentativo. Come noto, sono reati istantanei quelli che realizzano ed esauriscono immediatamente l'offesa del bene protetto, indipendentemente dalla circostanza che, in concreto, il fatto che li costituisce si verifichi in un solo istante ovvero si sviluppi lungo un maggiore arco di tempo. Un esempio tipico di delitto istantaneo è il delitto di omicidio. Ebbene, se l'omicidio volontario prevede il tentativo non può dirsi lo stesso per l'omicidio preterintenzionale, che, pure essendo un reato istantaneo, non è compatibile con il tentativo e con la desistenza volontaria che presuppongono, invece, un evento voluto e non verificatosi per

circostanze indipendenti o, nella desistenza, per resipiscenza dell'agente¹.

Inoltre, come noto, l'antitesi del reato istantaneo è l'illecito permanente, caratterizzato dal protrarsi nel tempo dell'offesa al bene giuridico protetto, in quanto la relativa fattispecie incriminatrice presuppone una condotta che si sviluppa e si mantiene per un lasso temporale apprezzabile. Se, come sostiene il Tribunale, la ragione per cui sarebbe ammissibile il tentativo risiede proprio nella natura istantanea del reato, allora, per coerenza logica, dovrebbe concludersi che nei reati non istantanei – e quindi permanenti – il tentativo non sia configurabile. Tuttavia, tale impostazione si scontra frontalmente con un orientamento giurisprudenziale consolidato, secondo cui il tentativo è pienamente compatibile anche con fattispecie di reato permanente. Emblematica, in tal senso, è Cass. pen., 3 ottobre 2013, n. 259480, la quale ha riconosciuto la configurabilità del tentativo con riguardo al delitto associativo, affermando che esso è ravvisabile quando la condotta si arresta prima della realizzazione delle condizioni necessarie al consolidamento della partecipazione stabile al sodalizio criminale. La Corte, inoltre, ha chiarito che, una volta perfezionatasi la permanenza, eventuali condotte di distacco volontario dall'associazione non integrano desistenza ex art. 56, comma 3, c.p., ma rilevano unicamente come espressione di ravvedimento post delittuoso.

Alla luce di ciò, appare evidente che il vero nodo concettuale non consiste nel domandarsi se ci si trovi di fronte a una fattispecie istantanea o permanente. Tale distinzione, sebbene rilevante sotto altri profili, non è dirimente ai fini della configurabilità del tentativo.

Altro argomento evocato dal Tribunale a sostegno della presunta ammissibilità del tentativo nel reato di appropriazione indebita è la frazionabilità della condotta. Tale affermazione, tuttavia, risulta palesemente smentita da una consolidata e autorevole tradizione dottrinale, secondo cui il reato in esame, per struttura e modalità realizzative, rappresenta una tipica ipotesi di reato unisussistente.

La fattispecie, infatti, si perfeziona con un unico atto di interversione del possesso, sufficiente a integrare l'elemento materiale del delitto.

In questa prospettiva, la possibilità di configurare un tentativo si porrebbe solo nei rari casi in cui l'appropriazione indebita, nella concreta modalità esecutiva, richieda una pluralità di atti, come ad esempio accade nelle ipotesi in cui l'interversione si realizzi attraverso atti ulteriori di consumo o alienazione del bene. Ma non è questo il caso oggetto del presente giudizio, in cui la condotta contestata appare unitaria, istantanea e priva di qualunque sviluppo progressivo.

In termini espliciti si è espresso il Pedrazzi, sottolineando come la fattispecie si esaurisca, nella generalità dei casi, in un solo atto non frazionabile². Sulla stessa linea si collocano anche il Petrocelli³ e il noto manuale di Fiandaca – Musco⁴, i quali escludono la compatibilità del tentativo nei casi in cui non sia riscontrabile una progressione criminosa articolata in più fasi.

L'argomentazione richiama una nota distinzione di parte generale: quella tra reati unisussistenti e reati plurisussistenti. Sul punto, è stato più volte chiarito che si definiscono unisussistenti (*uno actu perficiuntur*) quei reati che, nella loro concreta modalità di realizzazione, si esauriscono in un'unica e istantanea azione. Al contrario, si qualificano come plurisussistenti quei reati che, sempre nella forma concreta di attuazione, richiedono lo svolgimento di una pluralità di atti, tali da protrarre l'azione criminosa nel tempo. È fondamentale, tuttavia, non confondere tale distinzione con quella – già analizzata – tra reati istantanei e reati permanenti. Quest'ultima, infatti, attiene non alla durata dell'azione, ma alla persistenza dell'evento antigiusuridico nel tempo. Ne consegue che essa implica, già sul piano astratto, l'incriminazione non solo della condotta che origina l'offesa, ma anche di quella diretta a mantenerla. Di conseguenza: a) il reato permanente deve necessariamente avere natura plurisussistente, poiché alla condotta iniziale deve seguire almeno un atto (o un'omissione) volto a mantenere lo stato antigiusuridico; b) il reato

¹ ex pluris, Cass. pen. 21.9.2004, Scavo, CED.

² Pedrazzi, nella voce Appropriazione indebita, in Enciclopedia del Diritto (p. 485)

³ Petrocelli (L'appropriazione indebita, Albero Morano Editore, p. 421)

⁴ Fiandaca – Musco (Diritto penale, Parte speciale, p. 114),

istantaneo, invece, può realizzarsi sia in forma unisussistente che plurisussistente, a seconda delle modalità concrete di esecuzione. Ebbene, ricondotto correttamente il tema alla natura unisussistente o plurisussistente della condotta, emerge con chiarezza che per i reati unisussistenti non è ammissibile la configurazione del tentativo. Ciò in quanto tali reati, perfezionandosi con il compimento di un solo atto tipico, non consentono alcuna frazionabilità dell'iter criminis. Una volta compiuta l'unica azione rilevante, il reato è già consumato, e manca una soglia penalmente apprezzabile antecedente alla consumazione.

Tale impostazione è condivisa da autorevoli esponenti della dottrina maggioritaria, i quali concordano nel ritenere che nei reati unisussistenti non vi sia spazio logico né giuridico per l'applicazione dell'art. 56 c.p.⁵ A sostegno di tale impostazione si segnala, altresì, una risalente ma significativa pronuncia della giurisprudenza, nella quale si afferma chiaramente che *«quando l'azione punibile è unica ed esaustiva, non si dà spazio per la punibilità del tentativo»*⁶.

Infine, occorre affrontare il tema della natura di danno della fattispecie in questione. Per il Tribunale questo giustificerebbe il riconoscimento della appropriazione tentata.

Anche questa tesi non è condivisibile.

Innanzitutto, deve richiamarsi quanto già sostenuto in precedenza ovvero che il fatto che un reato sia di danno non significa che il tentativo è sempre ammesso. Si pensi al reato prima citato dell'omicidio preterintenzionale, che è un reato di danno ma non prevede il tentativo.

Inoltre, l'assunto secondo cui sarebbe ammissibile il tentativo nel reato di appropriazione indebita, in quanto fattispecie di danno, non tiene conto di un elemento strutturale essenziale della fattispecie: la presenza del dolo specifico. L'art. 646 c.p., infatti, come noto, richiede che l'agente agisca *«per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto»*, delineando dunque una finalità che eccede la mera

interversione del possesso e che incide direttamente sulla qualificazione della condotta. Quanto al concetto di profitto, si è autorevolmente osservato che, trattandosi di un delitto collocato sistematicamente tra i reati contro il patrimonio, esso debba essere inteso in termini almeno mediatamente patrimoniali. In tal senso si esprimono il Pisapia⁷ e il De Marsico⁸, i quali rilevano come l'arricchimento indebito costituisca il nucleo teleologico della condotta incriminata. In dottrina si è inoltre affermato che il fine di profitto coincide con l'elemento dell'«impropriazione», intesa come instaurazione di un rapporto di fatto con la cosa, il quale, unitamente all'espropriazione, cioè la sottrazione della cosa al legittimo titolare, concorre a definire il concetto di appropriazione⁹.

Ebbene, proprio la sussistenza del dolo specifico contribuisce a escludere l'ammissibilità del tentativo. È stato infatti osservato che il tentativo non è configurabile nei reati a dolo specifico caratterizzati dal perseguimento di un evento offensivo ulteriore rispetto alla condotta¹⁰. Ciò, soprattutto, perché il dolo specifico incide non solo sotto il profilo soggettivo, ma anche su quello oggettivo, partecipando della tipicità del fatto e anticipando, per certi versi, la soglia di tutela del bene giuridico.

In altre parole, ci si trova di fronte a figure di reato che, in sé, già presuppongono una componente anticipatoria, tale da rendere concettualmente incompatibile un'ulteriore configurazione del tentativo. Emblematico, in tal senso, è il caso del sequestro di persona a scopo di estorsione, che si presenta come somma di un sequestro consumato e di un tentativo di estorsione. Riconoscere, in simili fattispecie, anche il tentativo porterebbe all'assurda conseguenza di ammettere il tentativo di un tentativo.

Alla luce di questa disamina sembra, quindi, più corretto ritenersi, in accordo con la migliore dottrina che non risulta giuridicamente configurabile il tentativo di appropriazione indebita.

⁵ Beltrani (Il delitto tentato, 2003, p. 74), Petrocelli (Il delitto tentato. Studi, 1966, p. 47) e Vannini (Il problema giuridico del tentativo, 1950, p. 34).

⁶ : Cass. pen., 26 novembre 1954, Giancaglieri, in Giurisprudenza penale, 1955, II, p. 97.

⁷ Pisapia (voce Appropriazione indebita, in Novissimo Digesto italiano, Torino, 1981, p. 802).

⁸ De Marsico (Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951, p. 205).

⁹ Così Pagliaro, nella voce Appropriazione indebita, in Digesto penale, I, Torino, 1987, pp. 226–235.

¹⁰ Marinucci – Dolcini, Corso di Diritto Penale, Milano, 2001, p. 579.

3. SULLA NOZIONE DI IDONEITÀ DEL TENTATIVO (O NEL REATO IMPOSSIBILE)

Pure ammettendo la configurabilità del tentativo nel reato di appropriazione indebita, il Tribunale di Torre Annunziata avrebbe forse potuto approfondire il concetto di idoneità nel tentativo o nel reato impossibile.

Come sembra dalla sentenza annotata, l'imputato non è riuscito ad appropriarsi della somma oggetto della presunta condotta appropriativa in quanto l'assegno versato risultava privo di provvista. Ebbene, il fatto che il titolo fosse scoperto *ab origine*, ossia già al momento della presentazione per l'incasso, sembra denotare con chiarezza la radicale inidoneità della condotta a realizzare l'evento lesivo tipico dell'art. 646 c.p.

Come noto, l'art. 56 c.p. richiede quale elemento strutturale-oggettivo del tentativo, l'idoneità degli atti, da intendersi come attitudine degli atti ad offendere il bene tutelato dalla norma incriminatrice. E' stato più volte evidenziato che il requisito dell'idoneità degli atti si concretizza nella possibilità di collocare, anche solo ipoteticamente, la sequenza degli atti (o la singola azione, nel caso di tentativo compiuto) all'interno del contesto del reato nella sua interezza, immaginando che quegli atti possano realisticamente portare alla completa realizzazione dell'evento criminoso. Tale valutazione presuppone un'indagine volta ad accertare una loro potenziale efficacia *lato sensu* causale rispetto alla lesione del bene giuridico tutelato¹¹. Si spiega, inoltre, che l'idoneità non si riferisce ai mezzi impiegati, quanto piuttosto agli atti nel loro complesso, intesi come espressione dell'intera condotta realizzata dal soggetto nel perseguire il proprio intento. Il termine "atti" ha infatti un'estensione maggiore rispetto ai soli "mezzi", includendo l'interazione concreta tra azione, strumenti utilizzati e oggetto materiale dell'aggressione.

Definito così il concetto di idoneità, resta da chiarirne l'ambito applicativo, che può essere delineato secondo due approcci: uno "astratto", l'altro

"concreto", ciascuno con implicazioni profondamente diverse. La dottrina ha sottolineato come un concetto di idoneità inteso in astratto rischi di produrre risultati incoerenti: ad esempio, l'utilizzo di una sostanza innocua potrebbe far apparire inidonea una condotta che, in base alle concrete circostanze, sarebbe stata invece pienamente capace di provocare l'evento lesivo. D'altra parte, una concezione meramente concreta dell'idoneità rischierebbe di annullare la punibilità del tentativo, poiché il mancato verificarsi dell'evento apparirebbe come prova dell'inidoneità della condotta. Un'altra impostazione dottrinale, più tradizionale, distingue tra "inidoneità assoluta" e "inidoneità relativa": la prima si verifica quando i mezzi sono completamente inefficaci (come una pistola giocattolo, pratiche magiche, grimaldelli di cartone), la seconda quando i mezzi o le circostanze rendono solo parzialmente inefficace l'azione (es. colpire con una pistola un soggetto che indossa un giubbotto anti-proiettile, tentare una rapina senza sapere della presenza della polizia). In questo senso, se parte della dottrina ha ritenuto che solo l'inidoneità assoluta escluderebbe la punibilità del tentativo, deve rilevarsi che la formulazione dell'art. 56 c.p. sposta il focus dagli strumenti utilizzati all'intera condotta.

Nell'attuale assetto normativo, l'idoneità della condotta va valutata in base alla sua capacità ipotetica di giungere alla realizzazione dell'evento tipico descritto dalla norma penale, tenendo conto anche di elementi esterni come le circostanze ambientali, il mezzo impiegato e l'oggetto dell'azione. Questa valutazione consente una lettura concreta dell'idoneità, coerente con la nuova formulazione normativa, secondo cui l'attenzione si concentra sugli "atti" nel loro insieme, e non soltanto sui "mezzi".

Ne consegue che l'idoneità degli atti va sempre verificata in concreto, e con un giudizio *ex ante*, ossia proiettandosi nel momento in cui l'agente ha posto in essere l'azione, valutandone la possibile efficacia sulla base delle informazioni e delle conoscenze allora disponibili, anche quelle specificamente possedute dal soggetto agente. Solo se, in quel contesto, l'evento appariva realizzabile, si potrà parlare di

¹¹ (MARINI - LA MONICA - MAZZA, Commentario al codice penale, I, Torino, 2002, p. 706).

tentativo punibile; in caso contrario, si escluderà tale qualificazione.

La giurisprudenza conferma che tale valutazione va condotta *ex ante*, ma *post factum*, cioè dopo che la condotta è stata compiuta, sulla base delle condizioni esistenti al momento iniziale dell'azione¹². Ne consegue che l'accertamento dell'idoneità deve essere effettuato secondo un giudizio di prognosi postuma *ex ante* e in concreto, dovendo il giudice collocarsi idealmente nel momento in cui l'azione è stata compiuta ed accertare se un osservatore imparziale, che si fosse trovato nella stessa situazione concreta in cui si è trovato l'agente, avrebbe giudicato possibile il verificarsi dell'evento.

Il giudizio di idoneità richiede quindi una "prognosi postuma" basata su ciò che l'imputato poteva realisticamente prevedere nel momento in cui ha agito, senza che il mancato risultato possa automaticamente tradursi in una valutazione di inidoneità.

Ebbene, tornando al caso di specie, una volta ammesso che l'assegno in questione era scoperto già prima che l'imputato lo versasse, sembra lecito ipotizzare che la condotta non era idonea ad integrare la fattispecie di reato in questione, attraverso una prognosi postuma *ex ante*. Che l'imputato potesse appropriarsi del reato in questione era praticamente impossibile. Ne consegue l'inidoneità della condotta ad integrare un tentativo di appropriazione indebita.

Ma vi è altro.

Laddove si dovesse ritenere che la condotta risulti idonea ex art 56 c.p., analogo ragionamento non pare porsi con riferimento all'idoneità dell'azione ex art 49 c.p.

Quando si parla di inidoneità dell'azione ex art 49 c.p., il riferimento va fatto all'intero comportamento realizzato dall'agente, considerato nella sua interezza e non soltanto nei singoli atti che compongono il tentativo. Proprio perché il reato impossibile è concettualmente distinto dal tentativo – e si fonda su una condotta che, pur formalmente rientrando nel tipo legale, è priva di capacità lesiva – la

verifica dell'inidoneità deve basarsi su una valutazione concreta e successiva ai fatti. Si tratta quindi di un'analisi a posteriori, fondata su elementi reali, e non su una previsione ipotetica. Ciò che conta non è «il quadro che ipoteticamente si potrebbe ritenere essersi presentato al soggetto al momento della condotta, ma la concreta ed effettiva situazione di vita che ci si trova a dover accertare e analizzare ai fini della qualificazione a svolgimento concluso¹³.

Secondo la giurisprudenza, affinché un'azione possa definirsi inidonea, è necessario che la sua inefficacia nel produrre l'evento sia assoluta, intrinseca e originaria, e che tale carattere emerga da una valutazione oggettiva riferita al momento iniziale della condotta. L'idoneità degli atti, rilevante ai fini della configurabilità del delitto tentato, va infatti considerata in termini potenziali, ossia in relazione alla loro capacità causale di determinare il risultato voluto, a prescindere da qualsiasi fattore esterno che, in concreto, abbia impedito la realizzazione dell'evento. Perché si possa parlare di reato impossibile, l'inidoneità rispetto all'evento deve essere assoluta, e ciò va accertato in via astratta, valutando l'inefficacia strutturale e funzionale del mezzo impiegato, tale da non consentire neppure in via eccezionale la realizzazione del proposito criminoso¹⁴. La verifica dell'evento deve, perciò, profilarsi come impossibile e non soltanto come improbabile, poiché in questo secondo caso il bene tutelato resta ugualmente esposto al pericolo di offesa.

In questo contesto, quindi, se l'assegno risultava scoperto già prima che l'imputato lo presentasse all'incasso, è possibile ritenere che la sua condotta non fosse idonea a integrare la fattispecie di reato in esame. La possibilità per l'imputato di realizzare il reato ipotizzato era, di fatto, nulla.

4. SULL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO DI APPROPRIAZIONE INDEBITA

¹² (Cass., Sez. I, 2024, n. 26835; Cass., Sez. I, 2023, n. 50834; Cass., Sez. II, 2019, n. 36311; Cass., Sez. V, 2011, n. 36422)

¹³ (MARINI - LA MONICA - MAZZA, Commentario al codice penale, I, Torino, 2002, p. 585.

¹⁴ Cass., Sez. I, 16.7.2021 – 3.1.2022, n. 6; Cass., Sez. V, 15.10.2014 – 3.3.2015, n. 9254; Cass., Sez. I, 21.1.1989.

Altro tema che avrebbe meritato un maggior approfondimento dal Tribunale di Torre Annunziata è quello che ha ad oggetto l'elemento soggettivo del reato di appropriazione indebita.

Come noto, l'art. 646 c.p. richiede, per la configurazione del reato di appropriazione indebita, la sussistenza del dolo specifico, consistente nell'intento dell'agente di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto.

Per "profitto ingiusto" si intende un vantaggio che non trova alcuna giustificazione in una pretesa giuridicamente riconosciuta, neppure implicitamente, dall'ordinamento. La dottrina sottolinea come tale ingiustizia debba essere rappresentata e voluta dal soggetto attivo, costituendo il fulcro del dolo specifico richiesto dalla norma.

La vera criticità di questo requisito risiede nel rischio di sovrapposizione con il concetto di anti-giuridicità della condotta. Mentre, infatti, l'antigiuridicità riguarda l'assenza di cause di giustificazione che rendano lecito l'atto, l'ingiustizia del profitto si riferisce alla mancanza di un riconoscimento giuridico dell'interesse perseguito dall'autore.

In tale ottica, una parte della dottrina ha chiarito che l'ingiustizia del profitto si identifica con l'assenza di corrispondenza tra il vantaggio perseguito e un diritto soggettivo, o comunque una causa giustificativa riconosciuta dall'ordinamento¹⁵.

Un diverso orientamento, tuttavia, ha evidenziato come il riferimento espresso al "profitto ingiusto" contenuto nell'art. 646 c.p. non sia meramente ridondante, ma al contrario essenziale: possono sussistere situazioni in cui una condotta oggettivamente illecita sia mossa da uno scopo soggettivamente legittimo. Proprio per evitare confusioni tra ingiustizia del profitto e antigiuridicità del fatto, si è proposto di individuare il primo elemento nella mancanza di tutela giuridica dell'interesse concretamente perseguito¹⁶.

A conferma di ciò, la dottrina rileva come, in ambito civilistico, vi siano situazioni prive di tutela azionabile ma comunque riconosciute dall'ordinamento, quali, ad esempio, le obbligazioni naturali o i diritti prescritti. Tali ipotesi dimostrano come

non sempre l'assenza di una diretta azione giuridica implichi la totale ingiustizia del profitto.

Ne deriva che, una volta operata la distinzione tra l'ingiustizia del profitto e l'ingiustizia dei mezzi (ossia l'antigiuridicità della condotta), non può configurarsi il reato di appropriazione indebita nei casi in cui l'agente persegua un profitto che, pur realizzato con modalità illecite, non sia di per sé ingiusto. In tali circostanze, la condotta potrà eventualmente rilevare sotto il diverso profilo dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, sempreché sia posta in essere mediante violenza o minaccia.

Nella specie, occorre ricordare che l'imputato, fin dalle indagini preliminari, ha sostenuto di essere stato costretto a corrispondere il denaro per una ricapitalizzazione societaria necessaria per il futuro della società di calcio da lui presieduta. Questo dopo aver sostenuto personalmente il pagamento della ingente fidejussione bancaria necessaria per l'iscrizione al campionato di calcio.

Alla luce di tutto ciò, quindi, il profitto l'imputato aveva intenzione di perseguire, ancorché attraverso modalità pur contestabili, non sembra ingiusto.

Tema analogo si pone laddove si guardi all'elemento soggettivo della buona fede. L'imputato ha sostenuto di aver posto in essere la condotta contestata, in quanto convinto della legittimità del proprio agire e nella speranza di ottenere il parziale ristoro di quanto promessogli. A ciò si aggiunge il fatto che l'assegno ricevuto, e successivamente incassato, si è rivelato privo di copertura, con evidente danno patrimoniale per l'imputato.

Alla luce di tale quadro, la condotta in contestazione sembra posta in essere non già con dolo o finalità illecita, bensì nel solo intento di mitigare le gravi perdite economiche subite a causa dell'ina-dempienza altrui. La circostanza che l'imputato, una volta accertata l'inesigibilità dell'assegno, non abbia nemmeno agito in sede civile per il recupero della somma, rafforza ulteriormente la tesi della sua assoluta buona fede, quale elemento escludente il dolo richiesto ai fini della configurabilità del reato contestato.

¹⁵ (PETROCELLI, L'appropriazione, cit., p. 457).

¹⁶ (MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 44).

La giurisprudenza, in proposito, ha riconosciuto la non punibilità in casi in cui il soggetto si appropria di un bene altrui con il consenso dell'avente diritto, oppure esercita una pretesa che ritiene legittima, come nel caso di chi trattiene un bene in virtù di un diritto di ritenzione o di compensazione, anche laddove questo diritto sia solo supposto in buona fede per un errore scusabile.

Ne consegue che, qualora l'agente ritenga erroneamente – anche per colpa – di avere il potere di disporre del bene o di trattenerlo, tale errore, di fatto o su norma extrapenale integrativa del reato di appropriazione indebita, escluderebbe il dolo, ai sensi dell'art. 47 c.p.

Non vi è dubbio che il dolo specifico sia escluso se, nel processo formativo dell'intenzione dell'agente, si inserisce la convinzione di perseguire un profitto giusto o di esercitare un diritto effettivamente riconosciuto – o ritenuto tale – dall'ordinamento giuridico.

Si precisa, infine, che tale errore può assumere rilievo anche se colposo, purché la falsa rappresentazione riguardi esclusivamente la concreta spettanza di un diritto riconosciuto dall'ordinamento.

5. CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni svolte, non può non evidenziarsi come la sentenza annotata si presti a una riflessione più ampia sulla necessità di un'applicazione rigorosa e sistematica dei principi generali del diritto penale, soprattutto quando si tratta di estendere categorie come il tentativo a fattispecie che, per struttura e ratio, né mal sopportano l'adattamento. Solo un approccio attento alle specificità normative e alle concrete circostanze del fatto può garantire un equilibrato bilanciamento tra esigenze punitive e tutela delle garanzie individuali

TENTATA RAPINA IMPROPRIA E ATTENUANTE SPECIALE DI LIEVE ENTITÀ SECONDO LA RECENTE PROSPETTIVA GIURISPRUDENZIALE*

di **Antonino DI MAIO****

ABSTRACT

Il presente contributo analizza una recente decisione della Corte di Cassazione che, dopo aver brevemente esaminato l'elemento obiettivo del delitto di tentata rapina impropria, ha approfondito il tema della compatibilità costituzionale tra quest'ultima fattispecie criminosa e l'attenuante speciale di lieve entità del fatto, la cui mancata configurabilità ha spesso delineato non poche criticità con i principi costituzionali in materia penale e con la coesistenza della circostanza attenuante di speciale tenuità prevista dall'art. 62, n. 4, c.p.

This contribution analyses a recent decision of the Supreme Court of Cassation which, after briefly examining the object element of the crime of attempted robbery, delved into the issue of the constitutional compatibility between the latter criminal offence and the special mitigating circumstance of the slightness of the act, the non-configurability of which has often raised a number of critical issues with the constitutional principles in criminal matters and with the coexistence of the extenuating circumstance of special tenuity provided for in Article 62(4) of the criminal Code.

SOMMARIO

1. Il fatto	30
2. Profili critici della decisione	30
2.1. Brevi riflessioni sull'elemento oggettivo del delitto di tentata rapina impropria.....	31
2.2. L'attenuante speciale di lieve entità del fatto.....	32
3. Conclusioni	34

1. IL FATTO

La Corte di Appello di Roma ha confermato la responsabilità penale dell'imputato per il delitto tentato di rapina impropria e lo ha condannato alla

reclusione pari a 6 mesi e a 400 euro di multa, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e del danno patrimoniale di particolare tenuità.

Nel caso *de quo*, l'agente aveva tentato di sottrarre dal contenitore delle donazioni dei fedeli della Chiesa due monete del valore, rispettivamente, di 20 e 10 centesimi e successivamente aveva proferito parole minacciose e atti violenti nei confronti del custode.

Avverso tale **decisione, il difensore del ricorrente proponeva ricorso per cassazione con cui deduceva alcuni rilievi critici.

Con il primo motivo, il legale dell'imputato evidenziava inosservanza di legge e vizio di motivazione con riguardo alla condotta, che non sembrerebbe configurare gli estremi del delitto di tentata rapina impropria.

In tal senso, il comportamento criminoso del prevenuto si sarebbe articolato in una serie di manifestazioni offensive nei riguardi della parte offesa, senza realizzare alcuna azione connotata da violenza fisica.

Con il secondo motivo, il legale del ricorrente rilevava violazione di legge laddove la minima

entità del fatto permetterebbe di applicare la diminuzione di pena, prefigurata dalla decisione della Corte costituzionale n. 86/2024, le cui motivazioni sono state allegate assieme alla sentenza impugnata.

2. PROFILI CRITICI DELLA DECISIONE

Una prima questione preliminare oggetto di esame verterà sull'analisi dell'elemento obiettivo della fattispecie penale di tentata rapina impropria, mentre successivamente ci si soffermerà sulla ricostruzione ermeneutica dell'attenuante speciale di lieve entità formulata dalla Corte costituzionale.

* Nota a Cass. Pen., sez. II ud. 4 dicembre 2024 (dep. 13 dicembre 2024), n. 45792.

** Dottore di ricerca in Scienze giuridiche. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

2.1. BREVI RIFLESSIONI SULL'ELEMENTO OGGETTIVO DEL DELITTO DI TENTATA RAPINA IMPROPRIA

La Corte territoriale aveva ribadito il percorso argomentativo seguito dal giudice di primo grado poiché sulla base dell'acquisizione delle prove risultava evidente il tentato impossessamento delle monete da parte dell'agente, nonché i successivi comportamenti, consistenti in minacce e spinte ai danni della vittima al fine di garantirsi l'impunità.

Com'è noto, l'art. 628 c.p. reprime con la reclusione da 5 a 10 anni e con la multa da euro 927 ad euro 2500 chiunque consegua e sottragga il bene mobile altrui, mediante violenza o minaccia o al fine di acquisire un illecito profitto per sé o per altri.

La medesima pena si applica qualora la condotta violenza o minacciosa sia promossa successivamente all'attività di sottrazione della cosa mobile altrui, al fine di garantirsi l'impunità¹.

Sotto tale profilo, tale norma incriminatrice risulta poi connotata da una serie di circostanze aggravanti che si adottano nel caso in cui l'agente realizzi il fatto mediante l'impiego di armi, attraverso il travisamento o l'ausilio di una pluralità di partecipanti, qualora la condotta violenta o minacciosa provochi uno stato di costrizione, derivi da un componente di un'associazione criminale, comporti la minorata difesa altrui o sia attuata in appartamenti, stazioni pubbliche, presso servizi bancari e postali o nei riguardi di vittime ultra sessantacinquenni.

Infine, la l. 23.6.2017 n. 103 ha prefigurato all'art. 628, quarto comma, c.p., un ulteriore

incremento di pena qualora concorrano una pluralità di circostanze aggravanti

Quanto alla struttura obiettiva della norma incriminatrice, l'art. 628 c.p. si articola in due ipotesi criminose, rappresentate dalla rapina propria che riguarda l'attività di acquisizione violenta o minacciosa attraverso la sottrazione del bene mobile altrui, e da quella impropria, in cui in cui la *vis*/minaccia si adoperi in seguito alla sottrazione ed al fine di garantire il possesso della cosa acquisita o di assicurare all'agente o altri l'impunità².

Tale fattispecie penale è contenuta nel Libro II, Titolo XIII, Capo I, dedicato ai delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone, e presenta natura plurioffensiva, nel senso che attiene non solo alla tutela del patrimonio ma anche alla salvaguardia della libertà morale dell'individuo.

Com'è noto, il delitto di rapina è classificabile tra i reati comuni, in quanto può essere commesso da chiunque, e tra i reati complessi, la cui configurabilità sussiste qualora la legge presupponga quali elementi costitutivi o circostanze aggravanti ipotesi che, isolatamente considerate, costituirebbero di per sé reato³.

Orbene, la violenza personale si esplica non soltanto nell'impiego della *vis* fisica, ma anche attraverso atti coercitivi di tipo psichico finalizzati a ledere la libertà di autodeterminazione della vittima in entrambe le modalità entro cui si articola il delitto di rapina.

Quest'ultima forma di violenza si definisce impropria, poiché, come già osservato, allude a

¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, II, Bologna 2015, p. 117; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, II, Milano 2018, p. 106. Per un inquadramento storico-giuridico del delitto di rapina si rinvia a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino 1986, p. 442; R. TAVERNA, *Rapina*, in *Reati contro il patrimonio*, N. FIORE (A cura di), Torino 2010, p. 173.

² Sulla distinzione tra rapina propria e impropria, per alcuni riferimenti storico-giuridici, si rinvia a A. DI GIULIOMARIA, *La rapina*, in *I reati contro il patrimonio*, M. DE GIORGIO, M. GUAGLIANI, S. TOVANI (A cura di), Torino 2010, p. 96. Per un commento recente si veda F. MACRÌ, A. BONFIGLIOLI, *I delitti di rapina ed estorsione*, in *Trattati giuridici. Diritto penale*, A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (A cura di), Milano 2022, p. 6950. Sul punto, per la posizione favorevole a prevedere all'interno della stessa disposizione penale le due modalità entro cui si esplica la rapina, si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, III, I*

delitti contro il patrimonio, Milano 2003, pp. 172 e ss. Di contrario avviso, E. CONTIERI, *Appunti sulla rapina impropria*, in *Foro pen.*, 1963, pp. 237 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, op. cit., p. 120, che ritengono palese la distinzione tra le due forme di rapina, e quindi, in una prospettiva futura sarebbe auspicabile una riforma legislativa.

³ Cfr. S. MARANI, P. FRANCESCHETTI, *I reati contro il patrimonio*, Padova 2006, p. 158. Per la sussumibilità della fattispecie penale di rapina nel modello dogmatico di reato complesso, si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, VIII, Bologna 2019, p. 732; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 172. Di contrario avviso, la tesi sostenuta da chi è incline ad includere la rapina tra i reati eventualmente complessi. Si veda G. ZAGREBELSKY, *Rapina*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino 1967, p. 770; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e "ne bis in idem" sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 201.

quell'insieme di attività subdole (es., narcosi, costringimento psichico) che determinano l'impossibilità in capo al soggetto passivo di determinarsi in maniera libera, con conseguente mutamento semantico del concetto di violenza dal mezzo impiegato all'esito coattivo raggiunto⁴.

Invece, la minaccia consiste nella prefigurazione a terzi di un danno ingiusto giuridicamente rilevante, cioè idoneo ad incidere negativamente sulla libertà del soggetto passivo, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente⁵.

Essa può inoltre articolarsi in modo diretto o implicito, determinato o meno, reale o simbolico, mediante mezzi di comunicazioni o attraverso parole o insulti⁶.

Come già osservato, nel caso di rapina impropria, tali condotte devono prodursi subito dopo la sottrazione e assicurare il possesso della res acquisita o l'impunità.

L'impiego del verbo "immediatamente" nell'alveo della disposizione penale implica l'adesione ad un criterio di tipo temporale, per cui bisogna optare per un accertamento della contestualità tra sottrazione e condotta criminosa susseguente e valutare se l'atto esecutivo sia configurabile in un contesto spazio-temporale successivo rispetto alla spoliazione materiale del bene⁷.

Quanto al tentativo di rapina impropria, un seguito orientamento dottrinale ne ha sancito l'ammissibilità nel caso in cui la sottrazione sia stata compiutamente realizzata e successivamente il soggetto attivo cerchi di esercitare un'azione minacciosa o violenta al fine di impossessarsi del bene altrui o di assicurarsi l'impunità⁸.

Giova osservare che un diverso e meno recente orientamento ha invece ravvisato la configurabilità

della tentata rapina impropria anche nell'ipotesi in cui manchi la sottrazione della cosa mobile altrui, per cui il fine di assicurarsi l'impunità può acquisire rilevanza anche qualora l'acquisizione illecita si arresti allo stadio del tentativo⁹.

2.2. L'ATTENUANTE SPECIALE DI LIEVE ENTITÀ DEL FATTO

Quanto al secondo motivo sollevato dal legale dell'imputato, quest'ultimo rilievo critico ha assunto senza dubbio rilevanza non soltanto dal punto di vista prasseologico ma anche nell'attuale dibattito dottrinale.

Giova soffermarsi sulla sentenza della Corte costituzionale n. 86/2024 che ha ravvisato l'illegittimità costituzionale del delitto di rapina impropria qualora quest'ultima fattispecie criminosa non preveda una diminuzione di pena pari ad un terzo nel caso in cui, tenuto conto della natura, degli espedienti, delle metodiche dell'azione, il fatto risulti connotato da particolare tenuità.

Tale decisione denota il recente dinamismo della Consulta nell'analisi del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio e una sintetica valutazione della prassi giurisprudenziale conferma l'indebita duplicazione di modelli decisori e di criteri di giudizio, nonché l'emersione di sentenze di stampo manipolativo-additivo¹⁰.

Quest'ultima problematica ha acquisito rilievo nel contesto penale, laddove la Corte costituzionale ha acquisito un ruolo di organo di garanzia e di controllo del rispetto dei principi fondamentali e del diritto individuale a non patire l'irrogazione di pene sproporzionate¹¹.

⁴Sul tema F. MANTOVANI, *Rapina*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1991, p. 4; Cass. pen. Sez. II, 6.4.2018 n. 20121, in www.dirittoegiustizia.it, 9.5.2018.

⁵A. DI GIULIOMARIA, *La rapina*, op. cit., p. 108.

⁶F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, op. cit., p. 58.

⁷Cfr. G. PIZZUTI, *Rapina*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano 1987, p. 278. Di contrario avviso, A. DI GIULIOMARIA, *La rapina*, op. cit., p. 120.

⁸Per la tesi favorevole a delineare il tentativo di rapina impropria, si veda S. MARANI, P. FRANCESCHETTI, *I reati contro il patrimonio*, cit., p. 172; L. CONCAS, *Sottrazione, impossessamento e tentativo di rapina impropria*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1955, p. 621;

Nella giurisprudenza, si rinvia a Cass. pen. Sez. III, 27.6.2023 n. 35425, in *De Jure*.

⁹V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, IX, Torino 1984, p. 392; G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in *Dir. pen. cont.*, 16.9.2012. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen. S.U. 19.12.2012 n. 3492, in

¹⁰Cfr. F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.legislazionepenale.eu, 2020, pp. 1 e ss.;

¹¹Si veda F. VIGANÓ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, pp. 226 e ss.; V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni*, in *La legge penale illegittima, Metodo, itinerari e limiti della questione di*

Nell'attuale fase storica, l'accertamento sulla proporzionalità della pena compiuto dalla Corte costituzionale presuppone l'adesione ad una modalità di contrasto nei riguardi di derive legislative populiste, fondate su un'indebita estensione dei confini del diritto penale.

Sul punto, molteplici questioni di legittimità costituzionale riguardanti il criterio di ragionevolezza/proporzione hanno inciso sul vasto settore dei delitti contro il patrimonio.

Invero, l'alto livello di gravità del trattamento sanzionatorio di tali fattispecie criminose era desumibile già durante il regime fascista, tanto da essere percepito eccessivamente vessatorio anche per il rigorismo giuridico del legislatore del 1930¹².

Nell'attuale periodo storico, tale partizione del codice penale è stata interessata da una serie di modifiche normative e dalla posizione della Corte costituzionale che ha rilevato taluni profili di incostituzionalità di alcune fattispecie penali, come ad esempio nell'ipotesi del reato di rapina.

Sotto tale profilo, l'introduzione della suddetta attenuante è stata motivata dalla corretta adozione del principio di individualizzazione della pena, giacché un trattamento poco proporzionato rispetto all'entità soggettiva ed oggettiva del fatto e inidoneo ad integrare un corretto disvalore del medesimo determinerebbe la violazione del predetto criterio.

Invero, l'individualizzazione della pena costituisce piena esplicazione dei principi sanciti dalla Costituzione e in particolar modo del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

Com'è noto, tali fondamenti costituzionali hanno acquisito rilevanza anche nella prospettiva giuridica europea in virtù della loro connessione con il principio di proporzione, con riguardo al rapporto tra qualità e quantità del trattamento sanzionatorio.

Sotto tale profilo, la Suprema Corte ha recepito gli insegnamenti della Consulta, laddove i giudici costituzionali hanno promosso un sindacato

sulla palese irragionevolezza del trattamento sanzionatorio, al fine di reciderne eventuali aporie¹³.

Quest'ultima posizione ha peraltro comportato il recepimento di un parametro di giudizio fondato sul principio di proporzionalità nel caso in cui siano ravvisabili nell'ordinamento giuridico soluzioni conformi in grado di rimuovere il vizio contestato¹⁴.

Dunque, il modello di sindacato diretto di proporzionalità della pena a cui ha aderito la Corte costituzionale costituisce un evidente superamento della c.d. concezione delle rime obbligate, in quanto l'ordinamento giuridico nel suo complesso delinea idonei parametri di commisurazione che non incidono sulle scelte del legislatore.

Sulla base di tali considerazioni, il *favor* per il criterio di individualizzazione della pena presuppone che, nel passaggio dalla fase di commisurazione predisposta dal legislatore a quella concretamente irrogata dall'organo giudicante, la sanzione penale si articoli in una risposta conforme alla concreta lesività, obiettiva e soggettiva, del singolo fatto costituente reato.

Sotto tale profilo, i delitti contro il patrimonio rappresentano l'epicentro del populismo penale, laddove risulta indubbio che i continui interventi legislativi abbiano causato in via esponenziale l'innalzamento del livello sanzionatorio.

Con riguardo al delitto di rapina impropria, esso è contrassegnato da struttura dogmatica complessa, in virtù della variabilità dimensionale degli elementi costitutivi "violenza o minaccia", "sottrazione della cosa", "possesso", "impunità", e dell'elevato livello edittale di pena, ove l'impossibilità di configurare l'illecito penale quale fatto di lieve entità, espone tale reato alla censura di costituzionalità in ordine al rispetto del principio di colpevolezza.

Tale intervento della Consulta ha lo scopo di favorire un recupero in chiave costituzionale del trattamento sanzionatorio dell'art. 628 c.p., in quanto il livello edittale delineato dal legislatore

costituzionalità in materia penale, V. MANES, V. NAPOLEONI (Dirr.), Torino 2019, p. 38.

¹² S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 13; A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna 1996, p. 13. G. FIANDACA, E.

MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo II. *I delitti contro il patrimonio*, Bologna 2023, p. 17.

¹³ Sul punto G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012, pp. 50 e ss.

¹⁴ Così G. M. FLICK, *Una nuova cultura della pena*, in *Rivista AIC*, 2016, pp. 1 e ss.

risulta irragionevole e contrario al finalismo rieducativo sancito dalla Carta costituzionale.

Invero, l'adozione di una pena che non sia proporzionata alla gravità obiettiva e soggettiva del fatto e che non si conformi ad un adeguato disvalore contrasta con l'art. 27 Cost., per cui bisogna introdurre un correttivo, rappresentato dalla previsione della lieve entità¹⁵.

Nel caso di specie, l'imputato aveva diritto al ricorso per l'annullamento del provvedimento di condanna al fine di ottenere la concessione della diminuzione descritta dalla Consulta, in quanto la relativa soluzione alla questione di legittimità si è verificata in seguito alla decisione sul provvedimento oggetto di impugnazione¹⁶.

Inoltre, il ricorrente ha esposto in maniera chiara le motivazioni a sostegno delle proprie argomentazioni, soffermandosi sulla lieve entità del fatto e del danno prodotto, nonché sulla particolare modalità dell'azione criminosa.

Occorre chiarire se la circostanza attenuante prefigurata dalla Consulta possa ammettersi anche nell'ipotesi in cui sia già stata applicata quella comune sancita dall'art. 62, n. 4, c.p.

L'opzione interpretativa avanzata dal Giudice delle Leggi è stata giustificata dalla necessità di predisporre un altro strumento rispetto a quelli già tradizionalmente impiegati per ottenere un efficace contenimento del trattamento sanzionatorio.

Dunque, i parametri per una corretta adozione dell'attenuante di lieve entità sono simili a quelli previsti nel caso della circostanza attenuante di speciale tenuità del fatto *ex* art. 62 n. 4, c.p., anche se ciò non significa che non sia necessaria una loro riformulazione ai fini di un'ulteriore diminuzione della sanzione penale da irrogare in concreto¹⁷.

Quindi, il pregresso riconoscimento dell'attenuante codicistica del danno o del lucro di particolare tenuità non osta alla concessione della circostanza attenuante di stampo costituzionale qualora

il tipo di comportamento criminoso e l'entità del danno inducano a ritenere sussistente un'offesa minima al bene giuridico protetto.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte ha disposto l'annullamento della decisione impugnata con riferimento all'adozione dei principi desunti dalla sentenza della Consulta oggetto di analisi e ha optato per il rinvio ai fini di un nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte territoriale.

Con riguardo agli altri punti del ricorso, se ne è dichiarata l'inammissibilità e si è confermata la definitiva responsabilità penale a carico dell'imputato.

Orbene, tale decisione aderisce a quell'orientamento della Corte costituzionale che ha introdotto la diminuzione in esame mediante un raffinato intervento ermeneutico, volto ad erigere un argine avverso l'eccessivo rigorismo punitivo rispetto a vicende connotate da lieve entità¹⁸.

Tuttavia, nell'ipotesi della rapina, la doglianza di incostituzionalità poteva essere elusa attraverso una più precisa analisi dell'art. 628, secondo comma, c.p., in modo da adattare la tipicità del fatto alla gravità del livello edittale, in virtù dei principi di offensività e di proporzione¹⁹.

Sulla base di tale ragionamento, il concetto di proporzionalità assurgerebbe a parametro-guida in capo all'organo giudicante, per cui bisognerebbe chiedersi se vicende di tenue gravità possano ricondursi al modello dogmatico della rapina impropria oppure sia preferibile ricorrere all'ipotesi di concorso materiale tra il tentativo di furto e la minaccia che presentano una minore gravità del trattamento sanzionatorio²⁰.

Nel caso in cui si aderisca alla prima soluzione, giova poi osservare che l'attenuante speciale di lieve entità non costituisce indebita duplicazione della

¹⁵ Cfr. G. PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena*, in *DPC-Riv. Trim.*, fasc. 2, 2024, pp. 157-158.

¹⁶ Si veda Cass. pen. Sez. II, 15.5.2024 n. 19938, in *Riv. pen.*, fasc. 11, 2024, p. 1131.

¹⁷ Sul tema G. CASELLA, *L'attenuante del danno di particolare tenuità nei delitti contro il patrimonio nell'evoluzione della giurisprudenza di cassazione*, in *www.archiviopenale.it*, 1, 2014, pp. 1-49; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II,

Torino, 1988, p. 204-206; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 104.

¹⁸ S. ZERBONE, *Ragionevolezza della pena sancita per la rapina impropria con dolo di impunità*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 4, pp. 515 ss.

¹⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, p. 257.

²⁰ Così G. PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena*, cit., p. 165.

circostanza attenuante della peculiare tenuità del danno nei delitti contro il patrimonio ex art. 62, primo comma, n. 4, c.p., poiché in quest'ultima ipotesi occorre limitarsi ad un accertamento sulla modesta entità economica della *res* sottratta²¹.

Invece, l'attenuante di lieve entità presuppone una complessa valutazione di tutti gli elementi della fattispecie criminosa da cui si desuma che il fatto in concreto sia caratterizzato da lieve gravità.

In proposito, la posizione della Suprema Corte risulta adesiva rispetto all'interpretazione avallata dalla Consulta e potrebbe indurre il legislatore ad introdurre un modello di circostanza attenuante di lieve tenuità adottabile ad un ampio catalogo di illeciti penali²².

Quest'ultima soluzione consentirebbe l'osservanza del principio di proporzionalità ed eviterebbe, quale effetto domino, il fenomeno dell'interventismo della giurisprudenza costituzionale sul piano della tutela dei diritti fondamentali, la cui violazione costituisce ormai un fattore emblematico del declino del diritto penale contemporaneo.

Invero, la promozione di scelte di politica criminale fondate sul rigorismo punitivo ha indotto la Corte costituzionale ad optare per una funzione di garanzia avverso forme di populismo penale delineate dal potere politico²³.

Sulla base di tali riflessioni, il sindacato di costituzionalità dovrebbe fondarsi su un controllo negativo di non manifesta arbitrarietà della decisione sottoposta a questione di legittimità costituzionale, per cui bisognerebbe procedere ad una corretta valutazione sulla sproporzionalità della sanzione penale sancita per ciascun illecito penale e comunque solamente dopo aver evidenziato l'impossibilità di esperire qualunque altro espediente alternativo alla diretta interpretazione della *littera legis*.

Non vi è però dubbio che sia difficile per il legislatore e per la Corte costituzionale individuare un concetto di pena meritata in quanto la scelta della graduazione della sanzione penale è sempre più frequentemente rimessa a discutibili logiche

ispirate al populismo penale e alla compressione dei principi costituzionali.

²¹ Si veda A. MACCHIA, *Note minime su Sezioni Unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina*, in www.sistemapenale.it, 18.2.2025.

²² Cfr. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, 2021, p. 91; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal*

possibile effetto boomerang, in Guida Dir., 2018, p. 19; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino 2019, p. 27.

²³ Sul punto, K. ROXIN, "Fragwürdige Tendenzen der Strafrechtsreform", in *Radius*, 3, pp. 37 ss.; S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 14.

GLI AMBIGUI RAPPORTI FRA PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCESSO PENALE ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI EUROPEI

di **Simone PETRALIA***

ABSTRACT

Il presente contributo analizza in modo approfondito gli ambigui e complessi rapporti esistenti tra il procedimento di prevenzione e il processo penale alla luce dei principi costituzionali e convenzionali europei. A fronte della proclamata autonomia, che sancisce la distinzione tra l'accertamento della responsabilità penale e la verifica della pericolosità sociale/patrimoniale, si evidenzia come la regola abbia una portata meramente relativa e sia oggetto di progressiva erosione. L'analisi si snoda attraverso l'esame concreto dell'esplicitarsi dei detti rapporti, affrontando le peculiarità e le contaminazioni probatorie e decisionali fra l'universo preventivo e quello penale, con focus specifici sui temi della revocazione della confisca, della ricusabilità del giudice della prevenzione e delle interrelazioni tra statuizioni penali, misure interdittive prefettizie e controllo giudiziario, nonché tra misure di prevenzione, misure di sicurezza e pena. Le riflessioni conclusive pongono l'accento sulla progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione e sul suo inevitabile avvicinamento al modello penalistico, anche in virtù delle sollecitazioni provenienti dalle Corti superiori e dal contesto europeo. Tale tendenza, pur accolta con favore, solleva interrogativi sull'effettiva autonomia e utilità del procedimento di prevenzione come allo stato consegnato, auspicando una revisione globale del sistema che sappia bilanciare meglio le istanze garantiste ed efficientiste nella lotta al crimine.

This essay analyses in depth the ambiguous and complex relationship between the preventive procedure and the criminal trial in the light of European constitutional and conventional principles. In the face of the proclaimed autonomy that sanctions the distinction between the determination of criminal responsibility and the verification of social/private dangerousness, it is shown that the rule has only a relative scope and is subject to progressive erosion. The analysis unfolds through a concrete examination of the development of the said relations, addressing the peculiarities and the evidentiary and decisional contaminations between the preventive universe and the criminal one, with particular focus on the issues of the revocation of the confiscation, the objectionability of the judge of prevention and the interrelations between criminal statutes, prefectoral interdiction measures and judicial control, as well as between preventive measures, security measures and punishment. The final reflections focus on the progressive jurisdictionalisation of the prevention trial and its inevitable

approximation to the criminal model, also in response to requests from the Supreme Courts and the European context. Such a tendency, although welcome, raises questions about the effective autonomy and usefulness of the prevention procedure as it is currently designed, and calls for a global revision of the system, capable of achieving a better balance between guarantees and efficiency in countering organised crime.

SOMMARIO

1. **Introduzione: uno sguardo d'insieme sui legami fra procedimento di prevenzione e processo penale 36**
2. **Il concreto esplicitarsi del principio di autonomia del procedimento di prevenzione..... 39**
3. **La prova nel procedimento di prevenzione..... 42**
4. **I rapporti fra revocazione della confisca e revisione penale 44**
5. **I rapporti con le misure patrimoniali penali 46**
6. **Ricusabilità del giudizio e giusto processo di prevenzione 48**
7. **Statuizioni penali, misure interdittive prefettizie e controllo giudiziario: un rapporto complesso..... 51**
8. **Il rapporto fra misure di prevenzione, misure di sicurezza e pena 53**
9. **Riflessioni finali 55**

1. INTRODUZIONE: UNO SGUARDO D'INSIEME SUI LEGAMI FRA PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCESSO PENALE

Qualsiasi analisi del rapporto tra processo penale e procedimento di prevenzione muove tradizionalmente dal principio di autonomia, a mente del quale l'accertamento della responsabilità

* Magistrato.

penale di un imputato e la verifica della pericolosità sociale/patrimoniale di un proposto costituiscono momenti distinti e dagli esiti giudiziari non indefettibilmente sovrapponibili.

Il principio, che in passato ha assunto a tratti una veste quasi dogmatica nel pensiero giuridico dottrinale e giurisprudenziale e che ha un preciso referente normativo all'art. 29 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*“l'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale”*), ha invero una portata meramente relativa.¹

Infatti, a fronte di una formulazione apparentemente chiara ed inequivocabile della disposizione legislativa che lo consacra – specchio di una auspicata funzione di supplenza della giurisdizione di prevenzione rispetto a quella penale – appare contraddetto persino nello stesso impianto normativo del codice antimafia ed oggetto di una progressiva erosione nelle sue fondamenta da parte della giurisprudenza costituzionale e convenzionale europea.

Come è stato sottolineato, l'elefante nella stanza è rappresentato dal fatto che, all'interno di un complesso di norme non esaustive e in parte contraddittorie – quale è il *corpus* del codice antimafia – rischia di celarsi il perseguimento di obiettivi repressivi in funzione di supplenza degli “insuccessi” del giudizio penale, con il connesso rischio di dare vita ad un cortocircuito accertativo del profilo criminale e/o paracriminale di posizioni soggettive comunque garantite da disposizioni fondamentali.²

Ed allora, senza voler scomodare il principio di non contraddizione di aristotelica memoria secondo il quale *“è impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo”*,³ scartata la scorciatoia di accertamenti della pericolosità sociale – in quanto funzionali all'applicazione di una misura di prevenzione personale o quale presupposto soggettivo di una misura patrimoniale – in forma sommaria tali da controbilanciare *sic et simpliciter* fallimenti sul piano processual-penalistico, altrettanto cogente appare l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza dell'azione di prevenzione e la relativa autonomia di giudizio onde evitare di creare un mero doppione del penale dai contorni deformati.

La tensione fra gli opposti che si percepisce nella materia è resa evidente dal fatto che la disciplina delle misure di prevenzione, dalla sua genesi quale attuazione dell'amministrazione della pubblica sicurezza,⁴ è stata progressivamente interessata da un processo di c.d. giurisdizionalizzazione del procedimento⁵ – imposto dal rispetto delle norme costituzionali e sovranazionali – con l'approntamento di un complesso di norme che ha raggiunto un livello di specificazione e di compiutezza tale da renderlo nei desiderata autosufficiente rispetto a quello penalistico,⁶ viepiù dopo le novelle tese a reprimere in modo speciale il fenomeno mafioso,⁷ anche rispetto ad istituti molto simili previsti nel codice penale e di procedura penale.⁸

¹ Per un'introduzione sull'argomento può farsi agevolmente rinvio ai contributi di G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. pen.*, 10/2020, p. 5 ss.; S. FURFARO, *Diritto processuale delle misure di prevenzione*, Torino, 2022; A. OCCHIPINTI, *Sul diritto penale della prevenzione: nuovi orizzonti e limiti applicativi*, in *Giur. pen. web*, 12/2019, p. 2 ss.; L. MARAFIOTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2016, p. 5 ss.; M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in S. FURFARO (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 173 ss.

In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549.

² In tema, M. CASSANO, *I rapporti*, *op. cit.*, p. 174.

Si fa palese riferimento all'art. 111, co. 2, Cost. quale “schema di procedimento probatorio” riferibile ad ogni procedimento ove va accertata una qualsiasi posizione soggettiva, non limitata al giudizio sulla responsabilità dell'imputato per un fatto reato esplicitato ai commi 4 e 5, nonché ad alcune delle statuzioni contenute nell'art. 6 CEDU.

³ Così richiamato da S. FURFARO, *Rapporti fra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2/2014, p. 2.

⁴ L. 27 dicembre 1956, n. 1423.

⁵ Invero, mai ritenuto sufficiente: A. BARGI, *La ricsuzione nel procedimento di prevenzione: ancora giustificato il ritardo dell'introduzione del “giusto procedimento preventivo”?*, in *Arch. pen.*, 3/2019, p. 1 ss.

⁶ M.F. CORTESI-L. FILIPPI, *Il processo di prevenzione*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di Procedura penale*, Torino, 2011, p. 576 ss.

⁷ Ci si riferisce, in particolare modo, alla l. 31 maggio 1965, n. 575 e alla l. 15 luglio 2009, n. 94, sostanzialmente confluite, *mutatis mutandis*, nel d.lgs. n. 159 del 2011.

⁸ Si pensi alla confisca c.d. allargata o estesa, oggi disciplinata dall'art. 240 bis c.p. (originariamente dall'art. 12 sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306) o alle ipotesi di confisca senza condanna, come quella disciplinata dall'art. 578 bis c.p.p., anch'essi istituti controversi (fra i tantissimi, A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca [d.lgs. 202/2016]. Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione [dalla l. 161/2017 al d.lgs. 21/2018]*, in *Arch. pen.-speciale riforme*, 2018, p. 235 ss; S. BOLIS, *La silenziosa espansione della*

Accanto a questa spinta “autarchica” si registra – contribuendo all’ambiguità di fondo dei rapporti fra le due giurisdizioni – la presenza di logiche di segno opposto: per un verso, nel codice antimafia sono presenti espressi rinvii alle regole processual-penalistiche (si pensi al richiamo generale, per quanto residuale, alle forme previste dall’art. 666 c.p.p. nell’art. 7, co. 9, d.lgs. n. 159/ 2011 o, ancora, al rinvio alla disciplina della revisione penale ex art. 629 e ss. c.p.p. nell’ipotesi di revocazione della confisca definitiva ex art. 28 d.lgs. cit.); per altro verso, la sovrapposizione fra giudizio di prevenzione e giudizio penale è tale, sul piano probatorio, che sovente vengono utilizzate a supporto del costruito accusatorio o difensivo le medesime prove; per altro verso ancora, le conseguenze sulle libertà dell’individuo – si pensi alla libertà di movimento e di riunione, o al diritto di proprietà – sono in parte simili se non, considerati gli istituti premiali e la considerazione della detenzione come *extrema ratio* nell’ambito penalistico, persino più incisive nell’ambito della prevenzione.

Una vera autonomia, allora, poteva forse postularsi al cospetto di quelle categorie soggettive che, già previste dall’art. 1 della l. n. 1423/1956, prescindevano da condotte rilevanti anche penalmente o che, comunque, prevedevano un regime di pregiudizialità penale o che presentavano una descrizione dei presupposti alquanto generica, ma

così non è nell’attuale disciplina normativa, anche in virtù degli interventi della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte Costituzionale volti alla progressiva tipizzazione dei presupposti.

Si fa palese riferimento alla pronuncia della Consulta⁹ che – muovendo dalla sentenza della Corte Edu sul caso de Tommaso¹⁰ e dal presupposto che le misure di prevenzione hanno una finalità sì preventiva e non punitiva, ma egualmente conseguenze afflittive e limitative della libertà personale e del diritto di proprietà – ha statuito che le stesse devono sottostare ai limiti e alle garanzie previsti dall’art. 13 della Cost. (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione) e a quelli previsti dall’art. 2, paragrafo 3, prot. n. 4 della CEDU.

Non possono, pertanto, che essere soggette ai principi di tassatività e determinatezza, corollari di quello di legalità, con l’indefettibile specifica individuazione dei comportamenti al porre in essere i quali un soggetto andrebbe prevedibilmente incontro alle restrizioni prevenzionali.¹¹

In verità, è proprio la prassi giudiziaria a disvelare in modo palese l’intersezione e la stretta interdipendenza fra universo prevenzionale ed universo penale: infatti, in alcuni casi è la proposta di applicazione di misura di prevenzione ad essere basata esclusivamente su fatti oggetto di giudizio penale in corso di accertamento,¹² altre volte l’atto propulso scaturisce proprio dall’esito assolutorio, ma

confisca per equivalente senza condanna: Le Sezioni Unite non considerano la presunzione d’innocenza in relazione all’art. 578 bis c.p.p., in *Sist. pen.*, 2/2024, p. 73 ss.).

⁹ Corte Cost., 24 Gennaio 2019, n. 24, in *cortecostituzionale.it*, 2019.

Fra i vari commenti si rimanda alla lettura di F. MENDITTO, *Lo statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione*, in *Giur. pen. web*, 10/2019, p. 1 ss.; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 1 ss.; M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle misure di polizia*, in *Arch. pen.*, 2/2019, p. 1 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 1/2019, p. 332 ss.; A. M. MAUGERI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, in *Sist. pen.*, 2019, p. 1 ss.; F. MAZZACUVA, *L’uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento su binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2019, p. 987 ss.; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità “generica”, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 3/2019, p. 322 ss.; G. GRASSO, *Le misure di prevenzione*

personali e patrimoniali nel sistema costituzionale, in *Sist. pen.*, 2020, p. 1 ss.

¹⁰ Corte E.D.U., Grande Camera, 23 Febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09, in hudoc.echr.coe.int, 2017.

Da rilevare come subito dopo la pronuncia dei giudici di Strasburgo si è espressa la Corte Suprema con Cass. pen., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076. In dottrina v. A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, p. 17 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, p. 127 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *ivi*, 3/2017, p. 370 ss.

¹¹ Nel caso di specie tali non potevano essere quei generici “traffici delittuosi” previsti dall’art. 1, co. 1, lett. a) del CAM.

¹² Anzi si assiste spesso nella prassi alla presentazione di una proposta di applicazione di una misura di prevenzione in parallelo all’applicazione di una misura cautelare da parte del Gip, specie per determinate tipologie di reato, come quelle in materia di mafia e terrorismo, quelle di cui all’art. 51, co. 3 bis,

dubitativo o putativo come tale, del giudizio penale, altre volte ancora e per converso l'intervento prevenzionale segue la pronuncia di una condanna in via definitiva in sede penale, peraltro sovente in costanza di esecuzione di pena detentiva anche di elevata durata e con possibile irrogazione di una misura di sicurezza.

Peraltro, il collegamento fra i due procedimenti, quello di prevenzione e quello penale, trova un espresso referente normativo nell'art. 23 bis della l. 13 settembre 1982, n. 646, che esplicitamente statuisce che *“quando si procede nei confronti di persone imputate del delitto di cui all'art 416-bis del codice penale o del delitto di cui all'art. 75 della l. 22 dicembre 1975, n. 685, il pubblico ministero ne dà senza ritardo comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona per il promovimento, qualora non sia già in corso, del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575”* e *“successivamente, il giudice penale trasmette a quello che procede per l'applicazione della misura di prevenzione gli atti rilevanti ai fini del procedimento, salvo che ritenga necessario mantenerli segreti”*.

La normativa menzionata – nient'affatto abrogata dall'art. 120, d.lgs. n. 159/2011 – nel recare la base giustificativa per la coesistenza dei due differenti procedimenti, finisce con lo *“stabilire un coordinamento tra il processo penale, avente ad oggetto il reato associativo di stampo mafioso o quello relativo al narcotraffico, e il procedimento di prevenzione mirante all'applicazione di misure patrimoniali dirette a colpire, mediante la confisca, l'accumulo di ricchezze, da parte di persone socialmente pericolose, che si ha motivo di ritenere che rappresentino il provento di delitti di criminalità organizzata o ne costituiscano il reimpiego”*.¹³

In simili ipotesi la sovrapposizione fra fatti oggetto del giudizio penale e quelli oggetto della verifica prevenzionale, se da un lato nulla toglie alla predicata autonomia, tanto dell'azione di

prevenzione (discrezionale) rispetto a quella penale, quanto della sequenza procedimentale, avendo il menzionato richiamo generale all'incidente di esecuzione e i richiami a specifici istituti, come la revisione penale rispetto alla revocazione, natura sussidiaria, dall'altro lato la base probatoria per l'accertamento della pericolosità sociale/patrimoniale e l'accertamento degli illeciti penali non può che risultare quasi identica, con frequente travaso del materiale raccolto in sede investigativa e dibattimentale nel diverso (e parallelo) procedimento di prevenzione.¹⁴

Quel che ne viene fuori è un sistema che – estraneo al diritto penale in senso stretto e formalmente autonomo – vi è ambiguamente connesso con tutte le contraddizioni a cascata in termini di applicazione delle regole del giusto processo, pur assistendosi ad un progressivo irrigidimento della disciplina processuale nel senso della giurisdizionalizzazione del procedimento e di quella sostanziale nel senso del riconoscimento di una significativa, vedremo in che termini, influenza dell'accertamento svolto in sede penale.¹⁵

Senza pretesa di esaustività, all'analisi delle varie sfaccettature di questa interdipendenza fra il sistema delle misure di prevenzione ed il processo penale è dedicata la presente.

2. IL CONCRETO ESPLICARSI DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA DEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

Volendo sintetizzare le prime riflessioni espresse nel precedente paragrafo, sebbene la prassi giudiziaria dimostri una certa ancillarità nella genesi e nello sviluppo del procedimento di prevenzione rispetto al parallelo procedimento penale, pacifica ne è l'autonomia, tanto sotto il profilo strettamente normativo, quanto sotto quello funzionale e

c.p.p. e quelle del c.d. codice rosso, vale a dire atti persecutori e maltrattamenti.

¹³ G. SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in S. FURFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 221.

¹⁴ Ben osserva M. CASSANO, *I rapporti*, *op. cit.*, p. 177, che al parallelismo di procedimenti *“si accompagna la previsione di una sorta di osmosi probatoria motivata da chiare esigenze di economia processuale, essendo previsto il possibile travaso dal processo penale degli atti ritenuti rilevanti per la definizione del procedimento di prevenzione, con*

una conseguente circolazione di elementi di prova che rende possibile la trasmigrazione di atti dal processo penale a quello di prevenzione”.

¹⁵ N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 3/2012, p. 11, si scaglia contro *“l'ambiguità che circonda l'istituto delle misure di prevenzione, relegate come sono in ambito che si è riluttanti a definire diritto penale e che non è sottomesso ai principi e alle regole del giusto processo”*. Meno critico, evidenziandone l'essenzialità nella lotta alla criminalità organizzata, A. BALSAMO, *voce Codice antimafia*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 2014, p. 111 ss.

strutturale (accertamento di un determinato fatto costituente reato per l'uno, la pericolosità sociale e/o l'illiceità del patrimonio per l'altro).

Eppure, per un verso, il procedimento di prevenzione ha progressivamente assunto un ruolo sostitutivo o alternativo rispetto al procedimento penale, caratterizzato da evidenti inefficienze e inadeguatezze, per altro verso, proprio il processo penale ne costituisce l'archetipo, tanto da un punto di vista probatorio, quanto da un punto di vista accertativo del fatto storico.¹⁶

Al primo aspetto è dedicato il prossimo paragrafo, mentre nel presente ci si concentrerà sui limiti che l'autonomia valutativa del giudice della prevenzione incontra in presenza di un giudicato penale sul medesimo fatto storico, essendo viceversa pacifica la massima espansività del principio di autonomia e l'assenza di pregiudizialità nei casi in cui il giudizio di prevenzione preceda (o comunque proceda in parallelo) qualsiasi statuizione con il crisma della definitività in sede penale.

Nulla *quaestio* in caso di procedimento di prevenzione che si staglia su pregresse sentenze di condanna, atteso che queste ultime sono state rese all'esito di un ben più rigoroso accertamento della responsabilità “al di là di ogni ragionevole dubbio” ex art. 533 c.p.p.,¹⁷ nelle cui evenienze “il giudice della prevenzione deve valutarne gli esiti al fine di verificare [NDR: solamente] se i fatti in tale sede accertati siano rilevanti nella prospettiva dell'inquadramento del soggetto in una delle categorie di pericolosità sociale previste dalla legge”.¹⁸

Analogamente si ritiene nei casi di sentenze di non doversi procedere o assolutorie per motivi processuali, come quelle per prescrizione o per difetto

di una condizione di procedibilità, ritenute utilmente valorizzabili in sede prevenzionale quando la motivazione contiene un accertamento sulla sussistenza del fatto e sulla sua ascrivibilità al proposto descritto in termini chiari o comunque agevolmente ricavabile dalla lettura degli atti.

Del pari si ritiene per lo più non ostativa l'emissione di un provvedimento di archiviazione, purché si verifichi da parte del giudice della prevenzione l'insussistenza di ragioni puntualmente e categoricamente contrarie alla colpevolezza dell'imputato. Da ultimo, si registra tuttavia una tendenza ermeneutica a ridurre ulteriormente gli spazi valutativi autonomi in presenza di un procedimento archiviato sulla scorta del parametro di giudizio delle decisioni ex art. 408 ss c.p.p.¹⁹

Il reale *punctum dolens*, però, attiene all'ipotesi in cui a valle del procedimento di prevenzione vi siano delle pronunce assolutorie nel merito, per insussistenza del fatto o non commissione del medesimo da parte dell'imputato.

In simili ipotesi è ormai insegnamento costante della giurisprudenza di legittimità quello per cui se la proposta di prevenzione si fonda sul medesimo tema di prova e compendio probatorio il giudice della prevenzione deve tenerne conto, in virtù della portata estensiva del giudicato penale in tutti gli altri giudizi.

Sviluppando tali assunti si è precisato che il giudice della misura di prevenzione è “vincolato a recepire l'eventuale esito assolutorio non dipendente dall'applicazione di cause estintive — sul fatto posto a base del giudizio di pericolosità — prodottosi nel correlato giudizio penale (...) con le sole eccezioni che seguono: 1) il segmento fattuale oggetto dell'esito assolutorio del giudizio penale si pone come ingrediente fattuale solo concorrente e minusvalente rispetto ad

¹⁶ F. VERGINE, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, in L.DELLA RAGIONE-A.MARANDOLA-A.ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, pp. 597-599; G. LAURICELLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2/2021, p. 252 ss.

¹⁷ Qualche autore, come A. QUATTROCCHI, *L'autonomia valutazione del giudicato penale nel procedimento di prevenzione*, in *Foro Plus*, 2021, p. 4, ha rilevato criticamente la singolarità della quasi totale assenza di casi in cui alla condanna in sede penale segue il rigetto della richiesta di applicazione della misura di prevenzione per difetto di pericolosità. Ritiene chi scrive che simili critiche appaiono il frutto di una visione troppo ristretta dell'ambito valutativo delle misure di prevenzione, in quanto

la commissione di un reato ne è di per sé elemento sintomatico, ma non certo si riduce ad esso, laddove sono proprio gli altri elementi da cui inferire la pericolosità sociale/patrimoniale del proposto — questi non inverte in precise contestazioni criminali con conseguente esercizio dell'azione penale — ad assumere secondo l'*id quod plerumque accidit* una più “agevole” direzione “incolpante”, non certo il contrario.

¹⁸ Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2017, n. 31509, par. 3.4 in diritto.

¹⁹ Per Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 2022, n. 4489 “non vi è alcuna ragione logica e giuridica per sostenere che il giudicato assolutorio penale su quel ‘determinato’ episodio storico (e ancor di più la decisione di archiviazione, che attesta l'inidoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio) possa essere oggetto di rivalutazione in *malam partem* in sede di prevenzione”.

altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale); 2) il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale; 3) la conformazione legislativa del tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale (ipotesi di pericolosità qualificata)”²⁰

Si osserva su quest'ultimissimo punto che è, in effetti, consolidato il principio per cui la nozione di "appartenenza" ad una associazione mafiosa ex art. 4 CAM è più estesa di quella di "partecipazione" ex art. 416 bis c.p., includendovi quelle condotte, anche isolate e circoscritte, inверatesi in collaborazione occasionale, purché funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza all'organizzazione criminale e sempre restando salva l'espressa esclusione di rilevanza in sede penale della loro funzionalità al *pactum sceleris*.²¹

Nessuna deroga, invece, rispetto alle fattispecie di "pericolosità qualificata" che fanno riferimento a specifici titoli di reato, come nel caso dell'art. 4 lett. b) CAM ove si rinvia ai reati di cui all'art. 51, co. 3 bis c.p.p.²²

Si è, altresì, chiarito che la definitività del provvedimento di rigetto della richiesta di applicazione di una misura patrimoniale ai sensi del previgente

art. 12 sexies, d.l. n. 306/1992 (oggi 240 bis c.p.) rappresenta un fattore radicalmente ostativo ad un intervento ablativo nel procedimento di prevenzione avente ad oggetto i medesimi beni, quando la decisione afferisca agli accertamenti in fatto relativi ai presupposti costitutivi comuni.²³

La refluenza diviene, però, più sfumata allorché il giudizio di pericolosità prevenzionale sia tratto dalle risultanze di un giudizio penale esitato con una sentenza assolutoria con formula dubitativa ex art. 530, co. 2, c.p.p.

In simili evenienze si è ritenuto che il giudicato penale assolutorio non produce alcun condizionamento quando viene in rilievo la fattispecie di pericolosità qualificata degli indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa, sempre basandosi sulla diversa portata semantica dei concetti di "appartenenza" e "partecipazione".

Diversamente, è ondivaga la giurisprudenza di legittimità avuto riguardo alle ipotesi di pericolosità generica: accanto ad un orientamento maggioritario estensivo, fondato sulle differenti verifiche richieste nei giudizi penali e prevenzionali e sulla portata intrinsecamente insufficiente e/o contraddittoria della piattaforma probatoria che ha condotto alla pronuncia penale assolutoria "incompleta",²⁴ si contrappone altro indirizzo, invece,

²⁰ Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2019, n. 21735, par. 3.4. del considerato in diritto.

²¹ Cass. pen., Sez. Un., 30 novembre 2017, n. 111; Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2019, n. 21735.

In effetti, la giurisprudenza più recente – pur riconoscendo che nel concetto di "appartenenza" all'associazione è racchiuso anche quello di concorso esterno – ha tentato di assottigliare la distanza tra i due concetti, esigendo anche per l'appartenenza un "contributo fattivo" proveniente dal proposto alle attività e allo sviluppo del sodalizio criminale, rifiutando espressamente approcci interpretativi facenti leva su "contiguità ideologica", "comunanza di cultura mafiosa" o "frequentazione con sodali", ribadendosi che "il possibile spazio di 'autonomia valutativa' del giudice della prevenzione nelle ipotesi di soggetto indiziato di 'appartenenza' ad una organizzazione mafiosa [...] non deriva dalla diversa descrizione del presupposto probatorio (l'indizio inteso come probatio minor rispetto alla prova vera e propria) quanto dal diverso parametro legale di descrizione della 'relazione' tra l'ente criminale e il soggetto attenzionato" (Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 2022, n. 4489, cit.). In dottrina vedi la sintesi di S. FINOCCHIARO, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"*, in *Sist. pen.*, 11/2023, pp. 88-91.

Ritengono ormai maturi i tempi per un definitivo superamento della "regola della valutazione autonoma" anche in relazione alla fattispecie di cui alla lett. a) dell'art. 4 d.lgs. 159/2011,

come già avvenuto per le fattispecie di pericolosità generica e per le altre fattispecie di pericolosità qualificata indiziaria, F. BASILE-E. ZUFFADA, *La 'valutazione autonoma' della pericolosità nel sistema delle misure di prevenzione-Verso il superamento di una regola 'non in regola' (in attesa di Corte EDU Cavallotti vs Italia)*, in *Sist. pen.*, 11/2024, p. 9 ss.

²² Sempre Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 2022, n. 4489, cit., si è sul punto così espressa: "lì dove la parte constattativa del giudizio debba fondarsi sulla constatazione di precedenti attività delittuose (art. 1 comma 1 lett. b) o debba fondarsi sull'indizio di commissione di un reato specifico (art. 4 comma 1 lett. b), il sistema attuale della pericolosità [...] non tollera la rielaborazione autonoma di un giudicato penale assolutorio – nel merito – da parte del giudice della prevenzione, se non nella marginale ipotesi di un consistente apporto di elementi informativi non valutati in sede penale. A venire in rilievo, in particolare, da un lato è la dimensione necessaria del principio di tassatività, dall'altro il principio di non contraddizione dell'ordinamento, specie ove la diversità di valutazione sul medesimo fatto porti a conseguenze sfavorevoli per il soggetto sottoposto ad un qualsivoglia procedimento 'limitativo' di diritti fondamentali".

²³ Cass. pen., Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 47983.

²⁴ "Il giudice, attesa l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai

molto più rigoroso che fa leva sul diverso tenore letterale dell'art. 4 del CAM che utilizza l'espressione "indiziato" con esclusivo riferimento alle ipotesi di pericolosità qualificata.

Certamente la varia casistica passata in rassegna restituisce un quadro non particolarmente lineare, con la sensazione che il giudizio di prevenzione venga affidato a coordinate ermeneutiche non sempre precise, il cui esito rischia così di essere eccessivamente influenzato dalla sensibilità delle singole autorità giudiziarie e dal grado di autonomia valutativa che i singoli collegi delle misure di prevenzione intendono esercitare.²⁵

Sarebbe, pertanto, auspicabile un intervento legislativo che, all'esito di un'ampia riflessione fra esperti delle varie Corti, possa addivenire ad una soluzione sufficientemente soddisfattiva delle varie istanze, efficientista e garantista, autonomista e assimilationista, che riconduca il sistema a coerenza.

Ciò che deve essere con vigore evitato è che le misure di prevenzione finiscano, ora con il "surrogare" una condanna penale divenuta impossibile dal *deficit* probatorio, ora all'opposto con il "duplicare" gli effetti punitivi di una condanna già intervenuta per gli stessi fatti e nei confronti dei medesimi destinatari.²⁶

3. LA PROVA NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

Nonostante il processo di giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione, che ha viste impegnate tutte le Corti, nazionali e sovranazionali (ed in misura minore il legislatore), il procedimento di prevenzione non ha ancora oggi un proprio autonomo statuto processuale, continuandosi quel

tralaticio ma inefficace rimando al rito camerale ex artt. 127 e 666 c.p.p., ormai palesemente insufficiente soprattutto quando vengono in rilievo gli accertamenti patrimoniali, i quali possono avere un grado di complessità ben maggiore di quelli posti in essere nella sede penale.²⁷

Quanto al *thema probandum* è da premettere che in ambito prevenzionale lo stesso ha ad oggetto una persona nel suo complesso e non in relazione ad uno o più fatti di reato specifici, come di regola è nel processo penale. È però altrettanto innegabile che la ricostruzione della personalità del proposto avviene principalmente sulla scorta di quei fatti penalmente rilevanti le cui "fonti di conoscenza" sono state, a loro volta, prevalentemente acquisite e vagliate in sede penale.

Ciò che è certo è che fra i procedimenti penale e prevenzionale sul punto vi è una sorta di "osmosi probatoria" sospinta da chiare esigenze di economia processuale.

È altresì noto che il sequestro e la confisca possono essere disposti anche nei confronti di chi non sia più socialmente pericoloso (non necessità dell'attualità), seppur con riferimento a beni da ritenersi illecitamente entrati nel patrimonio dell'interessato in virtù di quelle condotte rivelatrici della pericolosità sociale.²⁸ Nel caso delle misure di prevenzione, poi (ma vien da dire soprattutto), il tema di prova attiene, per un verso, alla disponibilità, diretta o indiretta, dei beni in capo al proposto, per altro verso, all'illegittima provenienza dei beni, in quanto frutto di attività illecite o reimpiego delle medesime o in quanto posseduti per un valore che risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.²⁹ Ancora diverso, poi, il

sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti insufficienti - nel merito o per preclusioni processuali - per una condanna penale, ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità", così Cass. pen., Sez. II, 25 gennaio 2023, n. 15704 e Cass. pen., Sez. VI, 18 ottobre 2023, n. 46386.

²⁵ A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A.MANNA-M.PAPA (a cura di), in *Trattato di diritto penale*, III, Milano, 2014, p. 470 ss; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, in *Il Penalista*, 2017, p. 18 ss.

²⁶ Paventa questo rischio E. SQUILLACI, *Sequestro e confisca: presupposti sostanziali*, in L.DELLA RAGIONE-A.MARANDOLA-A.ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione*, op. cit., p. 445.

²⁷ Per una sintesi dello stato dell'arte in dottrina può rinviarsi a G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità,*

alterità o somiglianza con il processo penale?, in *Sist. pen.*, 10/2020, p. 1 ss.

²⁸ Più volte è stato rimarcato che "l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza [...], sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso" (così Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 2017, n. 27430, che richiama Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880).

²⁹ Artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159/2011 cit.

tema di prova per l'amministrazione giudiziaria ed il controllo giudiziario, che attiene al rischio di infiltrazione e condizionamento criminale e alla prognosi di bonificabilità dell'azienda.³⁰

Premesso quanto sopra, punto di partenza è che nel procedimento di prevenzione non esiste un fascicolo del pubblico ministero processualmente distinto, una volta esercitata l'azione, da quello del tribunale, la cui principale conseguenza è, in termini estremamente sintetici, l'utilizzabilità ai fini della decisione anche degli elementi di prova non formati nel contraddittorio dibattimentale, bensì solo in sede investigativa, anche se ricomprese ne sono le indagini difensive.

Anche per i profili strettamente economico-patrimoniali, sui quali è invece molto più raro il travaso delle risultanze dal procedimento penale a quello di prevenzione, a meno di parallela confisca cd. estesa o allargata ex art. 240 bis c.p., l'accertamento si fonda per lo più su risultanze acquisite in sede investigativa (da parte dei vari organi proponenti, peraltro nella materia prevenzionale non limitati agli uffici di Procura, ma estesi ad alcune autorità di pubblica sicurezza, nonché su delega diretta dell'autorità giudiziaria, espressamente ammessa dall'art. 19 del CAM).

Ferma la deroga all'inutilizzabilità fisiologica e relativa degli atti non formati in dibattimento, la giurisprudenza ha, però, opportunamente precisato, da una parte, che l'ampia autonomia dei titolari dell'azione di prevenzione e la libertà di forme nella raccolta delle fonti di prova è comunque limitata, giusta i principi dello Stato di diritto, dal rispetto della persona e delle disposizioni del codice di procedura penale sulle prove illegali, tali quando acquisite in violazione di espressi divieti imposti dalla legge secondo l'art. 191 c.p.p. (norma di carattere generale); dall'altra che, una volta esercitata l'azione di prevenzione, l'interessato ha comunque

diritto di controdedurre, allegando elementi di prova documentali o dichiarativi contrari, sì pervenendosi in ogni caso ad un contraddittorio pieno, seppur differito.³¹

In termini maggiormente esplicativi, la Corte regolatrice ha stabilito – direi giustamente in conformità ai principi del giusto processo – che anche nel procedimento di prevenzione opera l'inutilizzabilità patologica, *id est* quella che scaturisce dalla violazione di divieti probatori.

Si spiega che *“la prova vietata [...] è ‘inutilizzabile’ tout court, senza aggettivi, limiti o deroghe di sorta, che ne consentano un qualsivoglia ‘recupero’, sia pure in ambiti ed a fini diversi da quelli del processo penale”*.³²

Coerentemente, gli ermellini hanno escluso che il dato probatorio possa essere tratto da dichiarazioni accusatorie indirette senza la rivelazione e/o l'identificazione della fonte diretta in spregio dell'art. 195, co. 7, c.p.p.

Ancora, avuto riguardo alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, è stato statuito che l'eventuale inutilizzabilità *“accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione”*.³³

Per contro, è stato chiarito, stavolta in ossequio al richiamato principio di autonomia del giudizio di prevenzione, che le chiamate in correità o in reità non devono in maniera indefessa essere sorrette da riscontri individualizzanti (cd. estrinseci) ex art. 192, co. 3, c.p.p., bastando la verifica di credibilità e attendibilità cd. intrinseca.³⁴

Al di là di queste differenze, non sembra invero che il giudizio di prevenzione possa avere la “forza” di vagliare in modo davvero distinto il medesimo materiale probatorio nella ricostruzione di una specifica fattispecie di reato in ipotesi in cui in sede penale vi sia stata una puntuale motivazione sul valore attribuibile ad un dato elemento indiziario.

³⁰ Artt. 34 e 34 bis d.lgs. n. 159/2011 cit.

³¹ Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2016, n. 27147.

Il principio del contraddittorio è, oltre che costituzionalmente e convenzionalmente imposto, comunque traibile già dalle norme del codice di procedura penale espressamente richiamate in seno al codice antimafia, vale a dire gli artt. 127 e 666 c.p.p., con rinvio implicito per quest'ultima all'art. 185 disp. att. c.p.p.

V. in dottrina A. BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in S. FURFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 66.

³² Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426.

³³ *Ut supra*.

³⁴ Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2018, n. 17946: *“per l'accertamento della pericolosità del proposto il giudice non incontra l'ostacolo del divieto probatorio e può, quindi, utilizzare chiamate di correo, che, pur non assurgendo al rango di prova perché prive di riscontri esterni individualizzanti, raggiungano il livello di indizio, risultando intrinsecamente attendibili sulla base di un approfondito e stringente vaglio critico delle dichiarazioni rese dal coimputato o dall'imputato in un procedimento connesso”*.

È la prassi a consegnarci, per lo più, una presa d'atto da parte del giudice della prevenzione del valore probatorio di elementi già vagliati in sede penale, tranne appunto la presenza di acquisizioni poste in essere in violazione di divieti normativi.

I margini di libertà recuperano la loro ampiezza, invece, laddove si tratti di effettuare una valutazione sincretista della personalità del soggetto in una visione cumulativa dei vari fatti penalmente rilevanti in uno ad altri profili.

Nucleo centrale nel procedimento di prevenzione e, in ultima analisi, cuore probatorio veramente “autonomo” rispetto ai procedimenti penali *de quibus* appare essere, allora, unicamente la perizia (artt. 24, co. 2, e 36, co. 4, d.lgs. n. 159/2011), mezzo di prova la cui regolamentazione va pur sempre ricercata nei meandri del codice di procedura penale.³⁵

A chiusura del presente paragrafo si osserva come, invero, seppur strutturalmente e statisticamente è il materiale probatorio raccolto in sede penale a transitare nel procedimento di prevenzione, non è comunque insolito che proprio l'apertura di quest'ultimo, specie in tema di misure patrimoniali, fornisca degli spunti investigativi agli organi requiranti rispetto a “nuovi” fatti di reato.

Sovente è proprio l'attività di gestione dell'amministratore giudiziario ad illuminare situazioni “patologiche” nella gestione delle aziende sequestrate e confiscate che possono inverarsi in

fattispecie penali, quali reati tributari, reati finanziari e reati fallimentari.³⁶

4. I RAPPORTI FRA REVOCAZIONE DELLA CONFISCA E REVISIONE PENALE

Spostandosi per così dire a valle del procedimento di prevenzione la stretta interdipendenza tra processo penale e procedimento di prevenzione diviene evidente simmetria³⁷ nella misura in cui le ipotesi di revoca della decisione definitiva della confisca – *rectius*, ad oggi, revocazione ex art. 28 del CAM, come modificato dalla l. n. 161/2017³⁸ – e quelle che possono dar luogo alla revisione penale risultano pressoché sovrapponibili. Vi è, peraltro, un espresso riferimento quanto alle forme della revocazione agli artt. 630 ss. del codice di rito in quanto compatibili.

Così, al co. 1, lett. a) dell'art. 28 è disciplinato il caso di “*scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento*”. La formula è sostanzialmente assimilabile a quella adoperata dall'art. 630, co. 1, lett c), c.p.p., secondo cui è possibile chiedere la revisione “*se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove*”.

Nonostante l'apparente diversità letterale della disposizione non appaiono esservi differenze sostanziali in punto di interpretazione del *novum* rilevante.

³⁵ Con la relativa sequenza di formulazione dei quesiti e conferimento dell'incarico nel contraddittorio fra le parti, facoltà di nomina di consulenti di parte, esame in udienza del perito ed acquisizione all'esito dell'elaborato peritale.

³⁶ È proprio per tale ragione che esistono delle specifiche prassi nei Tribunali italiani volte a regolamentare un tale flusso informativo a *rebours* (si menzionano, a titolo esemplificativo, le linee guida sulla corretta amministrazione dei beni sequestrati e confiscati del Tribunale di Caltanissetta, collegio delle misure di prevenzione, aggiornate al 2024, il cui par. 2.2. così riporta: “L'Amministratore Giudiziario deve indicare, per ogni atto destinato al Giudice, se si tratti di una [...] nota Riservata (contenente informazioni suscettibili di approfondimenti investigativi, di estensione di sequestro, di notizie di reato o comunque di trasmissione atti alla Procura). A quest'ultimo proposito anche nella relazione di immissione in possesso, nonché in quelle di cui agli artt. 36 e 41 del CAM, l'amministratore avrà cura di evidenziare, in formato grafico differente e/o in separato paragrafo, l'eventuale sussistenza di situazioni di interesse investigativo e/o valutativo ai fini del procedimento di prevenzione che avrà modo per ipotesi di riscontrare, onde consentire l'eventuale trasmissione dello scritto in parte qua alle autorità competenti...”).

³⁷ Così S. FURFARO, *Rapporti*, op. cit., p. 21. Basti rilevare preliminarmente – osserva l'A. – come il co. 2 dell'art. 28 cit, pur non prevedendo espressamente alcuna sanzione di inammissibilità, richiede comunque al pari dell'art. 631 c.p.p. che il *novum* sia idoneo a dimostrare il difetto originario dei presupposti di adozione della confisca.

Anche per F. VERGINE, *Il procedimento*, op. cit., p. 589, la norma da ultimo citata assolverebbe a una funzione di “calmiere” con emarginazione dei casi scevri di rilevanza determinante nella valutazione sulla sussistenza dei presupposti della confisca.

“Il *novum* posto a base dell'istanza di revoca deve presentarsi, nel quadro di un ponderato scrutinio che tenga conto anche delle prove a suo tempo acquisite, come un fattore che determini una decisiva incrinatura del corredo fattuale sulla cui base si è pervenuti al precedente epilogo decisivo, dal momento che, ove così non fosse, qualsiasi elemento in ipotesi favorevole potrebbe essere evocato a fondamento di un istituto che, da rimedio straordinario, si trasformerebbe ineluttabilmente in una non consentita impugnazione tardiva” (Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2016, n. 3943).

³⁸ Trattasi di mezzo straordinario di impugnazione ed il giudice competente è la Corte d'appello individuata ai sensi dell'art. 11 c.p.p.

Una lettura restrittiva, infatti, comporterebbe un irrazionale pregiudizio alla tutela del bene della proprietà privata, con conseguente incostituzionalità ed illegittimità convenzionale della disposizione.

E proprio in questo senso è ormai consolidata l'interpretazione giurisprudenziale che include, anche ai fini della revocazione della confisca, non soltanto la sopravvenienza temporale delle prove al passaggio in giudicato e quelle successivamente scoperte, ma anche la mancata acquisizione delle medesime nel corso del precedente giudizio e, perfino, la loro omessa valutazione, pur solo implicita. Resta esclusa, invece, la nozione di prova nuova intesa come prova deducibile ma non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento.³⁹

Dunque, posto l'evidente parallelismo, la situazione probatoria dimostrativa del difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura patrimoniale, oltre che derivare da situazioni sopravvenute, può ben riferirsi ad un elemento non considerato nei passaggi argomentativi e nei presupposti formali della decisione originaria.

E' scontato che la comparazione delle nuove prove con quelle già vagliate in seno al procedimento applicativo *“non richiede soltanto il confronto di ogni singola prova nuova, isolatamente presa, con quelle già esaminate, occorrendo, invece, che la pluralità delle prove riconosciute nuove sia valutata anche unitariamente, vagliandosi, in una prospettiva globale, l'attitudine dimostrativa di esse, da sole o congiunte a quelle del precedente giudizio, rispetto al risultato finale del riconoscimento della insussistenza ab origine dei presupposti per l'applicazione della misura”*.⁴⁰

Ancora, l'art. 28, co. 1, lett. b), d.lgs. citato, prevede l'ipotesi di revocazione *“quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca”*, anche qui assimilabile a quella prevista dall'art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p., secondo la quale è possibile richiedere la revisione *“se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto*

penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale”.

Se l'espresso riferimento della disposizione del codice antimafia alle sentenze penali irrevocabili, *alias* definitive, esclude con certezza tutti quei provvedimenti aventi differente veste formale, quali il decreto penale di condanna, il decreto e l'ordinanza di archiviazione, nonché quelle sentenze dall'irrevocabilità solo *rebus sic stantibus*, quali quelle di non luogo a procedere, dubbi si pongono in ordine alle sentenze emesse a seguito di rito alternativo, come in sede di giudizio abbreviato ed applicazione della pena su richiesta delle parti, nonché quelle straniere riconosciute.

Non sembra a chi scrive che, in difetto di espresse esclusioni, possano operarsi dei distinguo, come se possa attribuirsi una diversa gradazione del significato asseritamente contrastante di una statuizione giurisdizionale passata in giudicato a seconda delle modalità di accertamento o dell'autorità giudiziaria in rilievo.⁴¹

Va poi escluso ogni rilievo alla sentenza di non doversi procedere per prescrizione, o per qualsiasi altra causa estintiva, dal momento che non contengono alcun accertamento completo sul fatto, se non l'esclusione dell'evidenza di una assoluzione nel merito ai sensi dell'art. 129, co. 2, c.p.p.

Un'apparente diversità sembra porsi rispetto all'inconciliabilità fra le due decisioni, tenuto conto che nell'ambito della revisione penale va posta tra i fatti oggetto delle diverse sentenze penali, mentre nell'ambito prevenzionale è tra i fatti accertati con le sentenze penali e i presupposti per l'adozione della confisca.

Al di là della differente formulazione letterale, però, i termini del raffronto non possono concretamente divergere, inverandosi in ultima analisi nell'assoluta incompatibilità, naturalistica o giuridica, sussistente tra due ricostruzioni del medesimo fatto, con la precisazione – già operata in sede di revisione penale – che *“per fatti stabiliti a fondamento*

³⁹ Così, per la revisione, Cass. pen., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 220443; per la revocazione Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2017, n. 28628.

⁴⁰ V. M. CASSANO, *I rapporti*, op. cit., p. 192.

⁴¹ Sull'ampio dibattito sorto fra gli studiosi in merito all'istituto della revisione si rinvia al riassunto di G. INZERILLO, *Questioni in tema di revisione: condanna patteggiata e assoluzione dei coimputati per insussistenza del fatto*, in *Arch. pen.*, 1/2013, p. 2 ss.

devono intendersi i fatti ritenuti essenziali per la decisione e, quindi, posti a base delle rispettive pronunce".⁴²

Tale ipotesi di revocazione, è chiaro, sconta i rapporti problematici esistenti fra pronunce assolutorie nel merito e presupposti soggettivi delle misure personali e di quelle patrimoniali, in questo caso della confisca.

Così, se nell'ambito della revocazione si ripete ancora la ferma distinzione fra piattaforma probatoria sulle condizioni oggettive della misura ablativa e su quelle soggettive, postulandosi solo sulle prime la necessità di un compendio di indizi gravi, precisi e concordanti ex art. 192 c.p.p., con valorizzazione del diverso "tasso probatorio" vigente nei due sistemi processuali e conseguente insufficienza, di per sé, di una sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p. a spiegare una efficacia decisiva revocatoria del provvedimento ablativo che investa solo le seconde,⁴³ invero non si comprende perché mai le problematiche in tema di autonomia dei due giudizi penale e di prevenzione in sede di applicazione delle misure personali e patrimoniali non debbano *tout court* porsi negli stessi termini nella fase – eventuale ed a valle – del giudizio di revocazione della confisca.

Proseguendo oltre, come per la revisione penale (art. 630, co. 1, lett. d), c.p.p.), l'art. 28, co. 1, lett. c), del decreto citato stabilisce il caso della revocazione del provvedimento ablativo allorché fondato unicamente o in modo determinante sulla base di atti riconosciuti falsi o di falsità in giudizio o di un fatto previsto dalla legge come reato, ovviamente accertato in via definitiva.

A quanto sopra occorre, poi, aggiungere un altro caso di derivazione pretoria.

Se, infatti, alle ipotesi previste espressamente dall'art. 630 c.p.p. va aggiunta la c.d. revisione europea, introdotta dalla Consulta nel caso in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha pronunciato una sentenza definitiva in relazione ad una

questione sulla quale si è già formato il giudicato interno,⁴⁴ l'evidenziata sovrapposibilità delle ipotesi non può che condurre all'inclusione della stessa fra le cause di revocazione della confisca.⁴⁵

In chiusura, non può sottrarsi una differenza non da poco fra i due istituti, la possibilità di richiedere la revisione penale in ogni momento, la necessità di avanzare l'istanza di revocazione della confisca entro un termine di decadenza la cui violazione è sanzionata con l'inammissibilità: sei mesi dalla data in cui si è verificato uno dei casi di cui al comma 1, a meno che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile.

Si tratta di una limitazione cronologica giustificata dalla minore pregnanza del bene giuridico della proprietà privata rispetto a quello della libertà personale, oltre che dall'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici con definitiva assegnazione dei beni confiscati per l'assolvimento della funzione pubblicistica attorno a cui ruota il procedimento di prevenzione.⁴⁶

5. I RAPPORTI CON LE MISURE PATRIMONIALI PENALI

A riprova dell'inestricabile interferenza fra procedimenti penali e procedimenti di prevenzione, il legislatore – conscio che la già ricordata autonomia dei due giudizi non pone al riparo da possibili sovrapposizioni – ha stabilito che può essere disposta una misura di prevenzione patrimoniale *"anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale"* (art. 30, d.lgs. n. 159/2011).

La disposizione in parola si occupa principalmente di disciplinare il regime di gestione di tali beni, statuendo che *"la custodia giudiziale dei beni sequestrati nel processo penale viene affidata all'amministratore giudiziario, il quale provvede alla gestione dei beni stessi ai sensi del Titolo III"*.

⁴² Cass. pen., Sez. III, 19 luglio 2017, n. 48344.

⁴³ A. BALSAMO-G. LUPARELLO, *Le impugnazioni*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, p. 789 ss.

⁴⁴ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *cortecostituzionale.it*.

⁴⁵ Come, d'altra parte, affermato dagli ermellini nel vigore dell'istituto della revoca, archetipo di quello della revocazione, di cui all'art. 7 l. n. 1423/1956 (Cass. pen., sez. V, 15 novembre 2011, n. 4463). Dello stesso avviso M. F. CORTESI,

Commento all'art. 28, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA (a cura di), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Padova, 2024, p. 154.

⁴⁶ Per A. BALSAMO-G. LUPARELLO, *Le impugnazioni*, op. cit., p. 808, la differenza scaturisce *"verosimilmente, dall'esigenza di circoscrivere ogni incertezza dei rapporti giuridici legata alla potenziale eternità dell'actio restitutoria"*.

L'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, ha l'obbligo di comunicare le relazioni periodiche al giudice del procedimento penale. In caso di revoca del sequestro o della confisca di prevenzione, invece, può nominare un nuovo custode, salva la conferma dell'amministratore giudiziario nominato nel procedimento di prevenzione.

La regola della prevalenza sulla custodia penale del regime di amministrazione giudiziaria prevenzionale, però, non è applicabile nel caso di sequestro preventivo penale avente ad oggetto aziende, società o beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, giusta la previsione contenuta nell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. sulla nomina di un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'art. 35, d.lgs. 159/2011. Parallelamente in siffatta ipotesi l'art. 30, co. 1, ultimo periodo, del CAM statuisce – in ossequio alle ragioni di continuità aziendale – che *“l'amministratore giudiziario nominato nel procedimento penale prosegue la propria attività nel procedimento di prevenzione, salvo che il tribunale, con decreto motivato e sentita l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, [...] non provveda alla sua revoca e sostituzione”*.

I successivi commi dell'art. 30 regolano, poi, i rapporti tra le misure applicate all'esito dei diversi giudizi.

Così, il comma 2 stabilisce che *“se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni in sede penale, si procede in ogni caso alla gestione, vendita, assegnazione o destinazione dei beni ai sensi del Titolo III”* e il giudice *“ove successivamente disponga la confisca in sede penale, dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione”*.

Per converso (comma 3), se la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione *“il tribunale, ove abbia disposto il sequestro e sia ancora in*

corso il procedimento di prevenzione, dichiara, con decreto, che la stessa è stata già eseguita in sede penale”.

Ebbene, un simile sistema di coordinamento è frutto di una lungimirante presa d'atto del legislatore del sovrapporsi ormai di plurimi interventi patrimoniali sui medesimi beni dal lato penalistico e da quello prevenzionale.

E' sicuramente encomiabile che nel tentativo di contrastare i fenomeni criminali direttamente incidenti sull'economia legale siano stati elaborati diversi strumenti diretti all'ablazione degli illeciti profitti accumulati, al fine di perseguire, per un verso, l'incapacitazione economica del reo, per altro verso, la sottrazione dei beni, quale strumento ulteriore per ostacolare la commissione di altri reati avvalendosi degli illeciti profitti.

Eppure, a tale nobiltà di intenti non si accompagnano omogeneità della legislazione in materia e coordinamento degli istituti in rilievo, frutto delle contingenze dalle quali scaturiscono gli interventi normativi.⁴⁷

Un ruolo di primo piano è rivestito dalla c.d. confisca allargata o estesa di cui all'art. 240 bis c.p., prima della novella del 2018 prevista dall'art. 12 sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convergente per *ratio* e struttura con la confisca di prevenzione antimafia, prevedendosi la sottrazione del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato per taluno dei delitti espressamente indicati, essendone titolare o avendone la disponibilità a qualsiasi titolo, non è in grado di giustificare la provenienza e risultino di valore sproporzionato alle proprie entrate legittime, reddito o attività economica.

Trascurando l'analisi della struttura della confisca in questione e della sua natura giuridica ad altri studi di settore, ciò che preme rilevare in questa sede è che in passato la giurisprudenza, dipartendo dal concetto di “preclusione processuale”, aveva stabilito – invero semplicisticamente – che *“la decisione conclusiva del procedimento di prevenzione patrimoniale, ex art. 2-ter, 1. n. 575 del 1965 ha effetto preclusivo su un eventuale procedimento, avente ad oggetto gli stessi beni ed in danno della stessa persona, per la confisca ex art. 12-*

⁴⁷ Sul punto A. BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di "processo al patrimonio". Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in A. BALSAMO-V. CONTRAFFATTO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, pp. 34, 48; A. M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla*

responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?, in AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 269.

sexies, d.l. n. 306 del 1992, conv. in l. n. 356 del 1992, in mancanza di deduzione di fatti nuovi modificativi della situazione definita”.⁴⁸

Le Sezioni Unite della Cassazione⁴⁹ hanno, invece, più opportunamente chiarito che sì le due forme di confisca “*presentano presupposti applicativi solo in parte coincidenti, atteso che, se per entrambe è previsto che i beni da acquisire si trovino nella disponibilità diretta o indiretta dell'interessato e che presentino un valore sproporzionato rispetto al reddito da quest'ultimo dichiarato ovvero all'attività economica dal medesimo esercitata, tuttavia solo per la confisca di prevenzione è prevista la possibilità di sottrarre al proposto i beni che siano frutto di attività illecita ovvero ne costituiscano il reimpiego; ne consegue che la preclusione ex art. 649 c.p.p. opera solo se il primo giudizio, oltre ad aver riguardato gli stessi beni, nella disponibilità delle medesime persone, abbia avuto quale oggetto contenuti cognitivi omogenei avuto a riguardo alla provenienza dei beni*”.

Se dunque è vero che nel rapporto fra le due misure ablatorie, adottate in ambiti procedurali diversi e con presupposti non perfettamente coincidenti, è comunque configurabile una forma di preclusione processuale, è altrettanto vero che la Cassazione ha valorizzato una doppia condizione escludente la detta preclusione: la decisione precedente deve afferire ad accertamenti in fatto relativi a presupposti costitutivi comuni e non può estendersi al deducibile, bensì al solo dedotto, sì venendo meno a fronte della sopravvenienza di fatti nuovi.⁵⁰

L'omogeneità dei contenuti della cognizione è tale, in tal guisa, da rendere un caso di scuola l'applicazione ad uno stesso soggetto di una confisca penale ed una confisca di prevenzione in termini talmente combacianti, da consentirne di inferirne

l'effetto fotocopia con conseguente preclusione processuale del secondo giudizio.

È la prassi, appunto, a smentire il ricorrere di simili evenienze, con attivazione frequente per converso dei meccanismi di cui all'art. 30 del CAM, con “spreco” in frequenti casi – mi si consenta – di risorse ed energie processuali a fronte di giudizi che spesso procedono in parallelo con duplicazione di esiti.

6. RICUSABILITÀ DEL GIUDIZIO E GIUSTO PROCESSO DI PREVENZIONE

Ulteriore tappa del sentiero della “giurisdizionalizzazione” del rito di prevenzione e cartina al tornasole delle interferenze fra i due giudizi è rappresentato dall'ultimo arresto nomofilattico in tema di ricusazione del giudice.⁵¹

A lungo prevalente nel panorama giuridico è stato un orientamento – che potremmo definire “autonomista” – secondo il quale non è ricusabile il giudice della prevenzione in caso di valutazioni pregiudicanti espresse in altro procedimento.

In termini più di dettaglio si è sostenuta l'inapplicabilità, nel processo di prevenzione, dell'art. 37, co. 1, c.p.p., come strutturato a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 283/2000, al giudice che aveva precedentemente espresso una valutazione di merito sui medesimi fatti in un giudizio penale, o in sede cautelare quale giudice del riesame o, ancora, in altro procedimento di prevenzione.⁵²

La matrice è sempre consistita in quella “*diversità di oggetto e di scopo*” da cui discende “*sul piano dei valori, scelte diversificate in punto di conformazione*

⁴⁸ Cass. pen., sez. I, 18 novembre 2008, n. 44332; Cass. pen., sez. V, 28 aprile 2010, n. 22626; Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2013, n. 48173.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451.

⁵⁰ In dottrina si rimanda a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, Milano, 2023, p. 869, il quale riporta come esempi di fatti comuni la sproporzione della disponibilità dei beni rispetto al reddito oppure la titolarità dei medesimi, con esclusione della pregiudizialità fondata su ragioni processuali, ovvero su presupposti non comuni, come l'esclusione della pericolosità del prevenuto (Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 872). Si veda, altresì, G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2020, p. 4.

In giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 51366 e Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 872.

⁵¹ Per un'esauriente, ma al contempo schematica, esposizione del percorso ermeneutico sulla ricusabilità del giudice della prevenzione che ha in precedenza espresso valutazioni “pregiudicanti” si rimanda a D. ALBANESE, *Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni Unite sulla ricusabilità del giudice*, in *Sist. pen.*, 2022, p. 1 ss. Per gli albori del dibattito in materia v. P. V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale e nelle leggi antimafia*, Milano, 1994, p. 221.

⁵² Rispettivamente: Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 23629; Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 2019, n. 37060; Cass. pen., Sez. VI, 13 settembre 2018, n. 51793; Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016, n. 43081; Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2008, n. 22960.

normativa del diritto di difesa del soggetto proposto per l'applicazione della misura di prevenzione".⁵³ Si è affermato, in estrema sintesi, che se in sede prevenzionale non si accerta uno specifico fatto di reato in quanto tale, bensì in funzione del giudizio prognostico sulla pericolosità attuale e/o sull'illecita accumulazione patrimoniale, non è possibile traslarne anche una disciplina così peculiare come quella delle incompatibilità e delle cause di astensione e ricusazione.

La base normativa di un simile ragionamento è stata individuata nel più volte richiamato riferimento generale dell'art. 7, co. 9, d.lgs. n. 159/2011 alle forme dell'art. 666 c.p.p., il quale *"non solo non prevede la facoltà di ricusazione, ma addirittura valorizza il rapporto tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione"*.⁵⁴

Ancora, si è argomentato sull'assenza nel procedimento di prevenzione di una separazione funzionale tra giudizio cautelare e giudizio decisorio, a differenza di quello penale, a riprova di una differente tutela del principio di imparzialità, senza considerare la natura *rebus sic stantibus* di ogni statuizione di prevenzione passata in giudicato.

L'opposto indirizzo giurisprudenziale, favorevole alla ricusazione del giudice della prevenzione che ha precedentemente espresso valutazioni pregiudicanti, trova il proprio fondamento nella natura giurisdizionale del processo di prevenzione, che impone l'osservanza delle garanzie del giusto processo, di cui è predicato il principio di imparzialità del giudice. In quest'ottica la non perfetta sovrapposibilità fra oggetto del giudizio di prevenzione e valutazione "pregiudicante" è ritenuta irrilevante, focalizzandosi sulla circostanza che comunque le circostanze già vagliate *"concorrono a definire la regiudicanda nel procedimento che si assume pregiudicato"*.⁵⁵

Ancora, si è evidenziato come l'autonomia dei due processi non è per sé capace di giustificare una diversa declinazione del principio di imparzialità del giudice e che il richiamo generale alle norme del procedimento di esecuzione, peraltro solo *"in quanto compatibili"*, riveste un ruolo marginale, sia per la presenza nel codice antimafia di numerose previsioni specifiche, sia per tutti quegli arresti giurisprudenziali che ne hanno eroso la portata.⁵⁶

Neppure può declinarsi in termini risolutivi il fatto che nell'accertamento della pericolosità del proposto rilevano una pluralità di elementi oltre ai procedimenti penali, quali la condotta, il tenore di vita, le frequentazioni ed anche accertamenti di polizia, posto che anche in sede penale cautelare il rischio di reiterazione tiene conto, non soltanto delle *"specifiche modalità e circostanze del fatto"*, ma anche della sua personalità, *"desunta da comportamenti o atti concreti, o dai suoi precedenti penali"* (art. 274, co. 1, lett. c), c.p.p.).⁵⁷

Del pari, nulla esclude – anzi, a dire il vero chi scrive lo ha riscontrato nella prassi in relazione ad un cospicuo numero di fascicoli – che il giudizio di prevenzione sia limitato alla ricostruzione di uno o più specifici fatti di reato oggetto di misura cautelare, con effetto *shadowing*.⁵⁸

Ebbene, il contrasto giurisprudenziale è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite.⁵⁹

La Corte di Cassazione muove dall'inconfutabile affermazione che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo, tra i cui *"naturalia"* vi è l'imparzialità del giudice. In termini maggiormente esplicativi, viene dapprima richiamato il percorso di "giurisdizionalizzazione" del procedimento di prevenzione, osservandosi come *"tutte le regole e le garanzie processuali"* verrebbero vanificate di significato senza la garanzia dell'imparzialità del giudice,

⁵³ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016, n. 43081, cit., par. 2 del considerato in diritto.

⁵⁴ V. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021, n. 38902, par. 4.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2014, n. 32077, par. 3.2 del considerato in diritto.

Fra le altre, meritano menzione Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2008, n. 3278; Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2020, n. 4330; Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2015, n. 32492; Cass. pen., Sez. II, 28 giugno 2019, n. 37296.

⁵⁶ Basti pensare al recente approccio giurisprudenziale secondo cui va escluso che il giudice della prevenzione debba effettuare un vaglio di ammissibilità della proposta, attesa la *"siderale distanza 'sistemica' tra le procedure di tipo esecutivo (governate,*

in via generale, dall'articolo 666 cod.proc.pen.) e il 'giudizio' di prevenzione, avente [...] natura cognitiva" (Così, Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2018, n. 2154).

⁵⁷ Amplius M. NOBILI, *Contributo allo studio del processo di prevenzione "praeter delictum"*, in Id., *Scritti inediti*, A. CAMON (a cura di), Milano, 2021, p. 52, e F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2018, p. 644 ss.

⁵⁸ Così C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, p. 96.

⁵⁹ Cass. pen. Sez. Un., 24 febbraio 2022, n. 25951.

divenendo altrimenti “*mero e facoltativo simulacro [...] privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio della funzione dello ius dicere*”.⁶⁰

Vengono, quindi, richiamati i principi di cui all'art. 6 CEDU, come interpretati dalla granitica giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha espressamente esteso alle misure di prevenzione il “*diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale*”.⁶¹

Detto ciò, se il rito preventivo ha natura giurisdizionale, come sostenuto dalla Corte Costituzionale, ne discende quale corollario del sillogismo di cui sopra che anche nel processo di prevenzione deve essere assicurata l'imparzialità del giudice, confermando la ricusabilità di chi abbia espresso valutazioni pregiudicanti in altro procedimento, peraltro già evincibile da alcuni *obiter dicta* di diverse pronunce della Corte Costituzionale.⁶²

Si è così statuito che “*al processo di prevenzione è applicabile il motivo di ricusazione previsto dall'art. 37, comma 1, cod. proc. pen. – come risultante a seguito dell'intervento additivo di C. cost. 14 luglio 2000, n. 283 – nel caso in cui il giudice abbia, in precedenza, espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale*”.

⁶⁰ Cfr. par. 7 del considerato in diritto della sentenza in questione.

⁶¹ Cfr. par. 8.1 del considerato in diritto della sentenza in commento.

⁶² Si pensi a Corte Cost. n. 283/2000 che, in merito a vicenda in tema di associazione di tipo mafioso esaminata in sede cautelare e prevenzionale, aveva affermato che nella misura in cui “*la valutazione sull'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza assorbe, come il più contiene il meno, quella sulla pericolosità, basata su meri indizi*” poteva predicarsi da parte del giudice del secondo procedimento un giudizio non scevro da condizionamenti, essendosi già pronunciato sulla medesima materia.

Nonostante queste premesse, la questione di legittimità costituzionale allora sollevata era stata dichiarata inammissibile in considerazione del richiamo alla norma censurata di cui all'art. 34 c.p.p., concernente l’“incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento”, disposizione interna al processo penale, in luogo delle previsioni sull'astensione e la ricusazione (artt. 36 e 37 c.p.p.), invece applicabili anche “esternamente”. Il dato era comunque tratto.

⁶³ La citazione è di G. UBERTIS, voce *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir., Annali II-1*, Milano, 2008, par. 7, il quale aggiunge in modo distintivo che invece il requisito della terzietà “*afferisce alla posizione di equidistanza tra le parti, e anzi super partes, del giudice nell'ambito della struttura processuale, dovendosi egli trovare in una situazione che [...] garantisca la sua estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa, senza confusione di ruoli tra parti e giudice*”.

⁶⁴ Le citazioni sono, rispettivamente, di E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, Milano, 1989, p. 17; F. CALLARI,

Si richiede, pertanto, anche nell'ambito prevenzionale “*l'assenza di legami con le parti, l'indifferenza riguardo agli interessi in conflitto e dunque al risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al thema decidendi*”.⁶³

Ciò che più rileva, a chiusura di questa analisi, è che ancora una volta l'evidente lacunosità del codice antimafia è stata colmata ricorrendo alla disciplina dettata dal codice di procedura penale, ulteriore tassello verso un processo di avvicinamento fra i settori.

Da un lato un tale fenomeno risponde a condizioni preoccupazioni di rispetto dei principi del giusto processo.

L'imparzialità del giudice è certamente inclusa tra i principi “*indifetibili per ogni sistema processuale che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale*”, come consacrato all'art. 6 CEDU, all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed al più volte menzionato art. 111 della Costituzione. Si tratta – è stato sostenuto – di un “*carattere fondamentale della stessa idea di giustizia*”, un “*concetto ontologico dello ius dicere*”, tale per cui l'organo giudicante deve essere “*una pagina bianca: deve [...] non saper nulla*”.⁶⁴

Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare: il valore incomprimibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, in *Giur. cost.*, 5/2014, p. 4189; G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, 1950, in G. CAPOGRASSI (a cura di), *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 57. V. altresì in dottrina, tra gli altri, D. POTETTI, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell'astensione e ricusazione*, in *Cass. pen.*, 4/2001, p. 1108 ss.; P. P. RIVELLO, *Incompatibilità, astensione e ricusazione nel processo penale: delimitazione delle fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1999, p. 1359 e ss.

Invero, si è osservato come la decisione esplica riflessi, si rilevanti per l'organizzazione giudiziaria – dovendosi porre attenzione a non consentire la trattazione ai medesimi giudici di fascicoli in sede penale che possono essere successivamente traslati in sede di prevenzione e viceversa – ma scarsi sul piano delle effettive garanzie.

Infatti, non è chi non veda come in presenza di una precedente sentenza penale di condanna divenuta definitiva e relativa ai medesimi fatti presi in considerazione dalla fattispecie preventiva, è quasi scontato, salvo elementi sopravvenuti o non conosciuti, che il giudice della prevenzione non adatterà una decisione diversa dall'accertamento effettuato dall'eventuale collega ricusato (si è detto che “*laddove sia disponibile la prova maggiore, quella richiesta per la condanna, è evidente che sia sempre possibile invocare anche la prova minore, l'indizio di prevenzione*”, con maggiori spazi solo in ipotesi di pluralità di reati, alcuni dei quali conclusi con sentenze di assoluzione con formula dubitativa).

Dall'altro lato, la decisione reca un ulteriore segno di una corsa del settore delle misure di prevenzione verso forme di superfetazione dell'intervento pubblico per la prevenzione del crimine e neutralizzazione dei suoi effetti (specie nel campo patrimoniale).

7. STATUZIONI PENALI, MISURE INTERDITTIVE PREFETTIZIE E CONTROLLO GIUDIZIARIO: UN RAPPORTO COMPLESSO

Non può essere revocato in dubbio che l'evoluzione del panorama normativo e giurisprudenziale in tema di misure di prevenzione, specie su *input* della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo stia producendo una profonda ristrutturazione delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, per come conosciute fino ad ora.

In particolare, la rimodulazione dei rapporti fra procedimento penale e procedimento di prevenzione, pur complessivamente da salutarsi con favore quale implementazione corretta dei principi del giusto processo, non possono non spingere ad interrogarsi sull'effettiva capacità di tali misure, specie di quella patrimoniale della confisca, ad intercettare e neutralizzare la spinta locupletativa delle organizzazioni criminali (soprattutto mafiose) e quindi ad impedirne l'accumulazione illecita dei patrimoni.⁶⁵

Il problema, in effetti, si pone seriamente nei casi in cui il procedimento penale fondante si conclude con l'assoluzione, pur tenendosi conto della maggiore ampiezza della nozione di appartenenza all'associazione di tipo mafioso rispetto a quella di partecipazione.

Ci si chiede, pertanto, se in simili ipotesi le esigenze di contrasto alla criminalità economica non debbano meglio essere perseguite, piuttosto che attraverso il classico sistema delle misure di prevenzione di matrice parapenale che sempre più si lega alle risultanze penalistiche, da strumenti di carattere amministrativo – *id est* le misure interdittive prefettizie⁶⁶ – sì meno garantiste ed “esigenti” sul piano procedimentale e, proprio per questo, meno invasive e più flessibili.

In effetti, le misure interdittive si muovono sinergicamente insieme alle misure di prevenzione patrimoniali verso l'obiettivo di sottrarre ai circuiti economici i patrimoni illecitamente accumulati, ma lo fanno su un piano complementare con l'esclusione per alcune imprese della possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione in presenza di un rischio di infiltrazione mafiosa.

Semplice in linea di principio, invero la questione dell'interferenza delle valutazioni penalistiche su quelle prevenzionali si ripropone anche sul piano delle misure interdittive, attesa la necessità di individuazione dei possibili indicatori del rischio di infiltrazione mafiosa.

Vero è che siffatto pericolo non può inverarsi in meri sospetti delle istituzioni pubbliche, ma è altrettanto vero che lo stesso va desunto da elementi indiziari univocamente sintomatici, tali da poter dedurre la sussistenza di un collegamento fra l'impresa e le associazioni mafiose o un possibile condizionamento da parte di queste.

Il processo inferenziale, però – e qui sta l'elemento differenziale che le può rendere un valido surrogato delle ormai ben più esigenti confische – è di carattere induttivo, di tipo probabilistico, non esige cioè il canone della certezza oltre ogni ragionevole dubbio tipico del giudizio penale, ma quello inferiore del “più probabile che non”.⁶⁷

⁶⁵ Il quesito è ben posto da A. OCCHIPINTI, *Sul diritto penale*, op. cit., p. 10.

⁶⁶ Le coordinate normative di riferimento sono rappresentate dall'art. 84, co. 4 e dall'art. 91, co. 6, d.lgs. n. 159/2011.

Per un quadro di sintesi vedi. A. LEVATO, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in G. AMARELLI-S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 31 ss. e R. BORSARI, *Le misure interdittive antimafia. Profili penali*, in L. DELLA RAGIONE-A. MARANDOLA-A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, p. 733 ss.

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343 sottolinea come ai fini della loro adozione occorra provare non già l'avvenuta infiltrazione mafiosa, bensì la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali — secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale — dedurre il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata, con la ulteriore evidenziazione della necessità che i dati raccolti vanno considerati in modo unitario, non parcellizzato. Per la valenza anche delle frequentazioni con esponenti mafiosi ripetute e durature e volte ad incidere sulle decisioni imprenditoriali di un'azienda si veda Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

Detto altrimenti, i poteri inibitori di cui è titolare l'Autorità di pubblica sicurezza possono quindi essere attivati in uno "stadio preliminare" rispetto all'eventuale procedimento penale, in assenza di condotte penalmente rilevanti e persino nell'ipotesi in cui il procedimento penale si sia concluso con un'archiviazione o un'assoluzione.⁶⁸

Le interdittive si distinguono, dunque, per l'ampiezza dell'autonomia discrezionale assegnata al prefetto, potendo questi prescindere dagli esiti dei giudizi penali cautelari e finanche dibattimentali, nonché per la tendenziale indeterminatezza dei presupposti applicativi, l'assenza di contraddittorio nella fase dell'adozione, l'impugnabilità avanti il giudice amministrativo esclusivamente in relazione a profili di legittimità e non di merito.⁶⁹

Un più stringente approccio ermeneutico anche in questo ambito, in effetti, frusterebbe la finalità insita nell'istituto di eradicare fin dall'inizio della patologia quelle situazioni di influenza, pure indiretta, delle organizzazioni criminali sull'attività di impresa, anche se (ancora) allo stadio della contiguità soggiacente o della contiguità compiacente, situazioni ben lontane dall'essere tipizzabili, dall'essere fissabili in anticipo in modo tassativo.⁷⁰

Non mancano le voci estremamente critiche di questa tendenza alla "fuga dalla giurisdizione" nel contrasto dei fenomeni criminali,⁷¹ con l'esigenza di delimitare, come avvenuto per le misure di prevenzione, i rapporti dell'istituto con la materia

penale e la tutela dei diritti fondamentali, sì evitando di muoversi secondo una logica di puro sacrificio delle garanzie tipiche del diritto penale sostanziale e processuale sull'altare delle sole logiche efficientiste.⁷²

Pare a chi scrive, tuttavia, che pur trattandosi di un istituto meno garantito rispetto alle misure preventive personali e patrimoniali, l'impatto sul piano del rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali sia comunque minore, potendo esservi diverse strade da parte del destinatario per recuperare questo iniziale *deficit* garantistico.

Si ponga mente sul punto alla possibilità di accedere al cd. controllo giudiziario a richiesta di parte o volontario (art. 34 bis, co. 6 e 7, del CAM).

Il controllo giudiziale delle aziende di cui all'art. 34 bis d.lgs. n. 159/2011 (come introdotto dall'art. 11, co. 1, l. 161/2017) rappresenta ad ogni effetto una misura di prevenzione di tipo patrimoniale che va ad affiancare quelle dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. cit., novellato dalla citata l. 161/17) e quelle ablativo, storicamente previste dall'ordinamento italiano, della confisca (art. 24) e del sequestro (art. 20); il sequestro e la confisca, dunque, non rappresentano più gli unici strumenti di contrasto patrimoniale del fenomeno mafioso (e di altre gravi forme di criminalità contemplate dagli artt. 34 e 34 bis d.lgs. 159/11), essendo oggi previsti istituti diversi, volti a recuperare alla legalità, in modo proporzionato e tempestivo, imprese che

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2020, n. 4372.

⁶⁹ V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 892: "Il prefetto, in altri termini, deve necessariamente tenere in conto l'emissione o, comunque, il sopravvenire di un provvedimento giurisdizionale, nel suo valore estrinseco, tipizzato dal legislatore, di fatto sintomatico dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del codice delle leggi antimafia, ma deve nel contempo effettuarne un autonomo apprezzamento, nel suo contenuto intrinseco, delle risultanze penali, senza istituire un automatismo tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo".

⁷⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, che si riferisce espressamente a quelle imprese poste lungo la linea di confine tra legalità e illegalità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Nel corpo della motivazione si legge che non sarebbe validamente prospettabile alcuna questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. quale parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale, CEDU, con riferimento all'impossibilità di limitare il diritto di proprietà con atti arbitrari, ritenendo che gli accertamenti disposti dal prefetto vanno riferiti a situazioni fattuali difficilmente enunciabili a priori in modo tassativo proprio in quanto atipica è la capacità da parte delle mafie di perseguire i propri fini.

⁷¹ F. ARATA, *Verso una progressiva fuga dalla giurisdizione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 141. V. Anche SQUILLACI E., *La prevenzione "eventuale" nello specchio delle interdittive antimafia. Note a margine di Corte cost.*, 19 luglio 2022, n. 180, in *Arch. pen.*, 3/2023, p. 1 ss.

⁷² Cfr., *ex pluribus*, A. MANNA-F. P. LASALVIA, "Le pene senza delitto: sull'inaccettabile truffa delle etichette", in *Arch. pen.*, 1/2017, p. 23 ss.; J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019, p. 9 ss.; P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 31 ss. Richiamando l'impostazione della sentenza De Tommaso nel senso del superamento dalla tradizionale dicotomia — efficacemente definita "ad imbuto" — penale/non penale, si tende a focalizzarsi verso la prevedibilità delle conseguenze pregiudizievoli per i diritti fondamentali di matrice convenzionale (seppure sempre differenti rispetto a quelle strettamente penalistiche).



operano in situazioni di condizionamento o collusione, più o meno grave ed intensa, con tali gravi forme di criminalità.

Trattasi di “una moderna messa alla prova aziendale” contro le infiltrazioni mafiose nel tentativo di favorire la “bonifica” degli enti che presentano una contiguità mafiosa meramente occasionale anche al fine di prevenire futuri condizionamenti che renderebbero indefettibile la più grave misura preventiva dell’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 CAM.⁷³

Nessuno nega che vi sia “un’asimmetria di fondo di un sistema di prevenzione che affida la misura più invasiva e restrittiva dei diritti fondamentali del destinatario a un provvedimento amministrativo adottato dal medesimo organo inquirente e potenzialmente inaudita altera parte con ridotte garanzie processuali e, invece, assegna la misura lenitiva e di favore su istanza di parte a una decisione del giudice ordinario della sezione delle misure di prevenzione all’esito di un contraddittorio in camera di consiglio reale, seppur dimidiato”,⁷⁴ ma rimane innegabile che la posizione della parte interessata, con l’attivazione di uno strumento sicuramente di favore in grado di superare le valutazioni prefettizie, sarà vagliata all’interno di un procedimento di prevenzione ove saranno recuperate quelle garanzie fondamentali che rendono il sistema di prevenzione ormai compatibile con i principi costituzionali e sovranazionali del giusto processo.

8. IL RAPPORTO FRA MISURE DI PREVENZIONE, MISURE DI SICUREZZA E PENA

Le interdipendenze delle misure di prevenzione con la materia penale, però, non finiscono a quanto fin qui esposto, ma si estendono agli effetti applicativi dei provvedimenti emessi nelle rispettive sedi.

Dipartendo dal rapporto fra le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, come noto l’art 13 d.lgs. n. 159/2011 stabilisce che “quando sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva o la libertà vigilata, durante la loro esecuzione non si può far luogo alla sorveglianza speciale; se questa sia stata pronunciata, ne cessano gli effetti”.

L’art. 15 prevede, poi, che “il tempo trascorso in custodia cautelare seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva, anche se per effetto di conversione di pena pecuniaria, non è computato nella durata dell’obbligo del soggiorno” (co. 1) e che “l’obbligo del soggiorno cessa di diritto se la persona obbligata è sottoposta a misura di sicurezza detentiva” (co. 2), mentre “se alla persona obbligata a soggiornare è applicata la libertà vigilata, la persona stessa vi è sottoposta dopo la cessazione dell’obbligo di soggiorno”.

Sul punto il legislatore appare aver dettato una disciplina che non si presta ad ambiguità letterali, eppure, attesa l’identità delle situazioni normate, a primo acchito sfugge in relazione alla libertà vigilata il differente trattamento a seconda che la misura di sicurezza non detentiva interferisca con la misura di prevenzione dell’obbligo di soggiorno o con la sola sorveglianza speciale.⁷⁵

A parere di chi scrive, invero, la *ratio* sottostante poggia giustificatamente sull’esigenza di eseguire per prima quella misura, sia essa di sicurezza o di prevenzione, che garantisce una più stringente verifica comportamentale del soggetto destinatario in prossimità temporale all’accertamento della pericolosità sociale. E, però, una simile regola è frustrata nel concreto dell’esperienza applicativa laddove le vicende procedurali e gli accertamenti non coordinati della magistratura di sorveglianza, da un lato, e del collegio delle misure di prevenzione, dall’altro, in punto soprattutto di modifica dei provvedimenti applicativi spesso impediscono l’esecuzione ordinata e regolare dei due regimi (anche tenuto conto delle conseguenti difficoltà delle autorità di pubblica sicurezza deputate al controllo).

⁷³ C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI-S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive*, op. cit., p. 237 ss.; R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L’impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI-S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive*, op. cit., p. 283 ss.; F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende delle attività economiche di cui all’art. 34-bis codice*

antimafia, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, p. 1 ss.; M. FRANCESCO, *Il controllo giudiziario volontario ex art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011 tra “deficit” di tipicità e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 3/2025, p. 1002 ss.

⁷⁴ R. BORSARI, *Le misure interdittive*, op. cit., p. 760.

⁷⁵ S. FURFARO, *Rapporti*, op. cit., p. 3. V. anche le riflessioni di V. MAIELLO, *Profili di interferenza tra libertà vigilata e sorveglianza speciale*, in *Giur. it.*, 3/2025, p. 656 ss.

Ben più complesso è il rapporto fra misure di prevenzione e pena, ancor di più quello con le misure cautelari.

Infatti, se alla scarna disciplina di cui al comma 1 dell'art. 15 del CAM vi si aggiungeva quella dell'art. 14, comma 2, a mente del quale *“se nel corso del termine stabilito il sorvegliato commette un reato per il quale riporti successivamente condanna [...] in tale caso il termine ricomincia a decorrere dal giorno nel quale è scontata la pena”*, già la Cassazione aveva avuto modo di precisare che era necessario procedere a nuovo esame della pericolosità sociale nei casi di misura di prevenzione senza obbligo di soggiorno.⁷⁶

In modo *tranchant* è poi intervenuta la Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, l. n. 1423/1956 e dell'art. 15, d.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui entrambe le norme *“non prevedono che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura”*.⁷⁷

Da quel momento in poi, pertanto, il giudice della prevenzione è stato chiamato a compiere anche d'ufficio la valutazione della persistenza della pericolosità sociale al momento dell'esecuzione della misura che riprende dopo la sospensione della medesima a causa dello stato di detenzione della persona ad essa sottoposta, non potendosi di certo escludere una possibile rilevanza del suo contegno carcerario e, più in generale, della sua partecipazione all'opera rieducativa, in fase esecutiva ed in modo conforme all'art. 27 Cost., ivi compresa la fruizione di eventuali benefici penitenziari, come –

ad esempio – permessi premio o misure alternative alla detenzione.

Detti elementi, dunque, ben possono (e dovranno) essere vagliati in sede prevenzionale – sia su impulso di parte, sia *ex officio* – valutando, ovviamente, caso per caso e valorizzando tutte le concrete emergenze e le peculiarità delle singole fattispecie (ad esempio, alla luce dei provvedimenti emessi dalla magistratura di sorveglianza, delle relazioni UEPE, della documentazione proveniente dal DAP, delle eventuali relazioni provenienti da operatori socio-assistenziali e/o da *equipe* di psicologi ed operatori carcerari, etc...), purché (condizione che deve essere ribadita, in questa sede) non si tratti di dati del tutto neutri e privi di una valenza sostanziale rispetto alla prognosi di persistente pericolosità sociale, come – ad esempio – il mero decorso del tempo *in vinculis* e la buona condotta carceraria, ove intesa come assenza di rilievi negativi da parte dell'amministrazione penitenziaria e/o della magistratura di sorveglianza.

Sappiamo anche che la pronuncia di cui sopra ha condotto all'introduzione del comma 2 ter dell'art. 14 del CAM, a mente del quale, dopo essere stato ribadito che *“l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto a detenzione per espiazione di pena”*, è specificato che *“dopo la cessazione dello stato di detenzione, se esso si è protratto per almeno due anni, il tribunale verifica, anche d'ufficio [...] la persistenza della pericolosità sociale”*.

L'individuazione legislativa del lasso temporale – due anni – quale parametro per valutare adeguatamente l'efficacia dell'opera rieducativa sortita dal regime detentivo poteva, in effetti, costituire un ottimo punto di bilanciamento fra le esigenze procedurali e di una certa stabilità delle verifiche

⁷⁶ Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 2010, n. 24795, secondo cui *“la ripresa di efficacia della misura di prevenzione della sorveglianza speciale senza obbligo di soggiorno, interrotta da un apprezzabile periodo di carcerazione a carattere non cautelare, non può prescindere da una nuova valutazione di pericolosità sociale del soggetto medesimo, posto che una così rilevante limitazione dei diritti di libertà per ragioni extrapenali e di pura prevenzione di polizia non può essere giustificata se non in forza di un esplicito riconoscimento di pericolosità del soggetto come valutato all'attualità, tenendo conto, in particolare, che il soggetto, da detenuto, è stato sottoposto a misure di recupero e risocializzazione con conseguente necessità intrinseca di non prescindere e di vagliarne, rispetto al caso concreto, l'efficacia”*.

⁷⁷ Si tratta di Corte Cost., 2 dicembre 2013, n. 291. La Consulta, in particolare, partendo dal presupposto di un'affinità tra le misure di sicurezza e quelle di prevenzione, ha giustamente

ritenuto che il decorso di un rilevante lasso di tempo tra l'applicazione della misura e la sua esecuzione, sospesa per l'espiazione di una pena, *“incrementa la possibilità che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile”*, tenuto conto della funzione rieducativa assegnata dalla nostra Costituzione alla pena.

V. in dottrina M. FORMICA, *L'estensione alle misure di prevenzione personali di una “ragionevole” norma prevista per le misure di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 6/2013, p. 4669 ss.; F. FIORENTIN, *Lo scarto temporale tra delibera ed esecuzione impone al giudice una nuova indagine d'ufficio*, in *Guida dir.*, 2/2014, p. 58 ss.; T. TRINCHERA, *Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va verificata a sospensione esaurita*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 1 ss.

sull'attualità della pericolosità sociale ed il rispetto del parametro costituzionale del principio rieducativo della pena ex art. 27 Cost., oltre a porsi come empiricamente credibile nella prassi.

Tuttavia, a seguito di una recente pronuncia sempre della Consulta del 2024⁷⁸ il giudice della prevenzione è ora chiamato ad attivare anche d'ufficio un subprocedimento di rivalutazione dell'attualità della pericolosità sociale persino se lo *status detentionis* si è protratto per meno di due anni dall'irrogazione della sorveglianza speciale.

Pur apprezzandosi lo sforzo ipergarantista dei giudici costituzionali, non solo resta da stabilire la forma attraverso la quale deve essere accertata la persistenza della pericolosità sociale nelle ipotesi in cui sia trascorso un non significativo lasso temporale, non comprendendosi come l'osservazione del detenuto in carcere da parte degli operatori o dell'Uepe in regimi semidetentivi – principale fonte informativa del giudice della prevenzione – possa estrinsecarsi realmente, ma qualcuno si è domandato⁷⁹ se a questo punto il principio affermato non sia applicabile del pari, *mutatis mutandis*, alla custodia cautelare.

Invero, il quesito è mal posto, atteso che proprio la sottoposizione di un soggetto al regime cautelare è indice – vagliato prima dal Gip e sovente dal Tribunale per il riesame e dalla Cassazione, con formazione del giudicato cautelare – del rischio di reiterazione del reato e, in ultima analisi, proprio della pericolosità sociale.

Semmai la riflessione attiene all'effettiva utilità di un avvio del procedimento di prevenzione in tempi paralleli all'applicazione di una misura cautelare restrittiva laddove l'eventuale misura di prevenzione rimane ineseguita in quanto sospesa, dapprima, per la contestuale misura cautelare, quindi per l'espiazione della stessa pena (nei casi in cui non si verifichi soluzione di continuità fra le due).

Ciò in quanto, come visto, al termine dell'esecuzione della stessa pena detentiva – e senza più il limite temporale dei due anni alla luce dell'ultima pronuncia della Consulta – sarà in ogni caso indeffettibile rinnovare il giudizio di pericolosità sociale al fine di vagliarne l'attualità.

La ragione giustificatrice continua ad essere ravvisata nella capacità delle misure preventive – nella gran parte dei casi emesse in un procedimento concluso più celermente di quello penale – “di mettere in guardia l'ordinamento rispetto alla prognosi negativa formulata in attesa della conclusione del procedimento penale”,⁸⁰ salvo rivalutazione della situazione una volta cessata l'espiazione della pena e, comunque, di garantire che, anche in ipotesi “patologiche” delle vicende processuali penali – nullità, scadenza termini, prescrizione – sia comunque garantita alla collettività un ombrello protettivo contro un soggetto pericoloso.

Trattasi di una giustificazione che ha una duplice evidente logica di tutela della collettività, ma che, per converso, sacrifica con altrettanta chiarezza l'efficienza della macchina giudiziaria, in tal guisa attivata su un duplice binario parallelo, penale e prevenzionale, dagli esiti non sempre combacianti e con il secondo comunque costretto ad una continua rivalutazione *ex post* delle proprie statuizioni conclusive a seconda degli esiti esecutivi delle condanne penali.

La sovrapposizione dei due interventi, penale e prevenzionale, è ormai tale nella tutela delle cd. fasce deboli, da potersi ormai declinare in termini di superfetazione.

9. RIFLESSIONI FINALI

Sulla scorta delle considerazioni esposte, al di là dell'enunciato generale dell'art. 29, d.lgs. n. 159/2011, il principio di non contraddizione dell'ordinamento e di prevalenza del giudicato penale favorevole ex art. 654 c.p.p., il coordinamento

⁷⁸ Corte cost., 4 settembre 2024, n. 162, ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2 ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, limitatamente alle parole ‘se esso si è protratto per almeno due anni’”.

Amplius in dottrina E. ZUFFADA, *Sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e stato di detenzione: verso il definitivo superamento della presunzione di persistente pericolosità per chi ha espia una pena detentiva inferiore ai due anni?*, in *Sist. pen.*, 5/2024, p. 81 ss.; V. AIUTI-E.

PENCO, *Applicazione della sorveglianza speciale sospesa all'esito di un periodo di detenzione: illegittima la presunzione di persistente pericolosità nel caso di pena detentiva inferiore ai due anni*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2024, p. 1602 ss.

⁷⁹ S. FURFARO, *Rapporti*, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁰ A. OCCHIPINTI, *Sul diritto penale*, *op. cit.*, p. 6.

sistematico con l'ipotesi di revocazione della confisca ex art. 28, d.lgs. n. 159/2011 ed il processo di progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione in adesione ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. sembrano condurre – già a livello normativo nazionale – al definitivo superamento della regola della valutazione autonoma delle risultanze penali in sede prevenzionale.

Una marcia che appare inarrestabile ove si ponga mente alla necessità di inserire le misure di prevenzione, specie quelle patrimoniali, all'interno di un quadro europeo, convenzionale ed eurounitario, ma invero mondiale,⁸¹ che guarda al modello italiano con vivo interesse, ma al contempo con sguardo severo.

Ricordiamo che a breve proprio i giudici di Strasburgo saranno chiamati ad esprimersi puntualmente su possibili censure di incompatibilità convenzionale nel cd. caso Cavallotti, ove è stato chiesto alla Corte europea di valutare la conformità alla Convenzione – in particolare, agli artt. 6 e 7 CEDU e 1 Prot. add. CEDU – della disciplina italiana in materia di confisca di prevenzione nell'ipotesi in cui la stessa sia stata disposta in relazione a fatti per i quali i proposti siano stati assolti (nel caso di specie, per il reato di associazione di tipo mafioso).⁸²

Se è vero che i precedenti sembrano deporre in senso negativo – come nel caso Geerings,⁸³ relativo ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 del Codice penale olandese, in cui si è affermato che non è possibile considerare di origine illecita

dei beni derivanti dal reato per il quale il soggetto è stato assolto, non potendo la verifica giurisdizionale sull'origine criminale fondarsi sulla semplice ricezione di risultanze investigative contrastanti con l'esito del giudizio dibattimentale pena l'inosservanza della presunzione d'innocenza ex art. 6, co. 2, CEDU – è anche vero che proprio di recente la Corte EDU, nel caso Garofalo,⁸⁴ ha sostenuto per la prima volta proprio con riferimento alla confisca di prevenzione italiana che essa possiede “natura ripristinatoria” (“*restorative and not punitive nature*”), in quanto mirante a garantire che il crimine non paghi ed a prevenire l'ingiusto arricchimento, peraltro anche rispetto a fattispecie di pericolosità generica, non solo qualificata.

Trattasi di decisione di grande importanza che rassicura ulteriormente sulla legittimità convenzionale europea delle misure di prevenzione (patrimoniali nella specie) – peraltro fonte di ispirazione di uno agli ultimi approdi della legislazione europea, vale a dire la Direttiva (UE) 2024/1260 che, all'art. 16, ha previsto la figura della “*Confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities*”⁸⁵ – che lascia un margine di speranza circa la tenuta complessiva del sistema, anche sotto il profilo dei complicati rapporti con la materia penale oggetto del presente contributo.

Fermo quanto sopra, se dunque il superamento della regola della valutazione autonoma delle risultanze penalistiche nel giudizio di prevenzione appare un processo in larga parte inarrestabile, dovendosi ormai riporre in un cassetto “*la convinzione che ci si trovi davanti a un modello 'duale' nel quale il*

⁸¹ Per una rapida rassegna ci si permette di rinviare a: A. BALSAMO, *L'impatto sulla normativa nazionale antimafia della direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 1 ss.; A. M. MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 1 ss.; A. D. GIUDICE, *La nuova direttiva europea sul sistema di asset recovery. novità, impatti, prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2024, p. 1011 ss.; S. PETRALIA, *Misure di prevenzione e cooperazione giudiziaria internazionale*, in A. MARANDOLA-L. DELLA RAGIONE-A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione*, op. cit., p. 43 ss.

⁸² Che la questione sia spinosa a livello sovranazionale lo dimostra anche il fatto che nell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) n. 1805/2018 è stato sollevato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia per conoscere “*se la nozione di 'procedimento per un reato che può dar luogo alla confisca di beni anche in assenza di una condanna', ai sensi dell'articolo 2, punto 3, del*

regolamento 2018/1805, comprenda altresì un procedimento penale conclusosi con sentenza di assoluzione” (Domanda di pronuncia pregiudiziale, Causa C-8/24, 9 gennaio 2024, D. d.o.o. v. Županijsko državno odvjetništvo u Zagrebu, Croazia).

⁸³ Corte E.D.U., 1° marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03.

⁸⁴ Corte E.D.U., 20 gennaio 2025, *Garofalo v. Italia*, n. 47269/18. Per un approfondimento v. S. FINOCCHIARO, “*Garofalo e altri c. Italia*”: la Corte Edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria, in *Sist. pen.*, 2/2025, p. 157 ss.

⁸⁵ S. FINOCCHIARO, *La confisca*, op. cit., p. 85, rileva come apparentemente si è di fronte “*da un lato, a un'Europa, quella dell'Unione, che spinge per una maggiore diffusione di strumenti di confisca rispetto ai quali l'Italia ha giocato un ruolo d'avanguardia; dall'altro, a un'Europa, quella della Convenzione dei diritti dell'uomo, che dopo anni di sostanziale laissez faire potrebbe restringere il proprio scrutinio e porre un freno all'impiego della confisca senza condanna*”.

*procedimento di prevenzione, dotato di uno standard probatorio affievolito, appare in grado di recuperare un eventuale insuccesso della pretesa punitiva nel giudizio ordinario, ovvero in certi casi di anticiparne gli effetti*⁸⁶, dovendosi oltretutto evitare il rischio che si venga a delineare “una condizione intermedia tra quelle opposte del colpevole e dell’innocente, bensì anche ad impedire le diseconomie processuali indotte dalla celebrazione di quello che a tutti gli effetti sarebbe un doppio giudizio, sia pure contrassegnato da diversità di oggetto e standard probatorio” anche in quanto occorre essere all’altezza delle aspettative che in sede europea si ripone sull’archetipo italiano, è innegabile, al contempo, che il completamento di tale percorso unitamente alla piena giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione condurrà ad una sempre maggiore sovrapposizione fra il piano penalistico e quello prevenzionale.

Detto altrimenti, se il giudice della prevenzione ha margini sempre più ristretti, a livello procedimentale, probatorio e a seguito di un giudicato penale di assoluzione (o archiviazione) per poter applicare la sorveglianza speciale o la confisca, gioco-forza ne consegue che la misura di prevenzione sarà disposta tendenzialmente a propositi già – o nel prossimo futuro – imputati e condannati per gli stessi fatti.

Più si accresce conseguentemente la vicinanza fra l’universo delle misure di prevenzione ed il sistema penalistico sostanziale e processuale per rendere il primo ancora più conforme ai principi costituzionali, convenzionali europei ed eurounitari e più questo andrà incontro ad una “crisi d’identità”, *rectius* ad una “crisi di utilità”, proprio nel momento in cui fuori dai confini nazionali è osservato con sempre maggiore interesse.

Se così è, fino a che punto – ci si chiede – ha ancora senso parlare di autonomia del procedimento di prevenzione quando la tendenza è a mutuarne ogni connotazione da quello penale; quanto è ancora credibile – ci si domanda ulteriormente – esprimersi in termini di *non-conviction based confiscation* quando sta divenendo ormai indefettibile nella maggior parte dei casi una previa o successiva

condanna alla stregua della confisca cd. allargata o estesa ex art. 240 bis c.p.

Appare ormai ineludibile una revisione globale del sistema delle misure di prevenzione e dei suoi rapporti con quello penale che ci allontani da questo cortocircuito e che sappia meglio coniugare le istanze garantiste con quelle efficientiste. È un imperativo se non si vuole snaturare uno strumento che è stato fino ad ora fondamentale nella lotta al crimine, specie quello organizzato, ma che sembra stia smarrendo la propria strada.

⁸⁶ E. SQUILLACI, *Sequestro*, op. cit., p. 447, il quale propone di riflettere sull’opportunità di reintrodurre la disciplina dettata dai previgenti commi 3 e 4 dell’art. 23 bis della l. n. 646/1982, destinata a regolare i rapporti tra il procedimento di

prevenzione e il processo penale celebrato in relazione al delitto di cui all’art. 416 bis c.p. nel senso della sospensione del procedimento di prevenzione, da un lato, e della refluenza netta delle statuizioni penalistiche, dall’altro.

L'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME AI FIGLI: QUALI PROSPETTIVE DOPO LA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE?

di **Pietro Maria FELEPPA***

ABSTRACT

Il presente articolo si propone di analizzare la questione giuridica del cognome alla luce degli interventi della Corte costituzionale relativi all'attribuzione del cognome al figlio, sia nell'ambito di una famiglia fondata sul matrimonio che al di fuori di essa e tenendo altresì conto della giurisprudenza della Corte EDU. In modo particolare, ci si sofferma sull'ultima pronuncia, in ordine di tempo, della Consulta, la sentenza n. 131 del 2022, che segna un enorme passo in avanti nella disciplina della questione del cognome, ponendo finalmente fine alla discriminazione tra madre e padre nell'attribuzione del cognome al figlio. Qualche considerazione conclusiva viene dedicata al difficile rapporto che sussiste, sul tema, tra legislatore e Corte costituzionale.

SOMMARIO

- 1. La disciplina giuridica del cognome nelle norme vigenti 58**
- 2. Le ordinanze del 1988 della corte costituzionale 60**
- 3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 2006 61**
- 4. La posizione della Corte EDU..... 61**
- 5. Le decisioni della Corte Costituzionale n. 286 del 2016 e n. 131 del 2022: introduzione della regola del doppio cognome..... 62**
- 6. La perdurante inerzia del legislatore.. 65**

1. LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL COGNOME NELLE NORME VIGENTI

Il nome è l'elemento fondamentale che permette di identificare una persona e, nel nostro ordinamento giuridico, troviamo la sua disciplina non solo nel codice civile, ma anche a livello costituzionale, essendo esso elemento strettamente collegato alla personalità dell'individuo e ai suoi diritti fondamentali¹. In modo particolare, il diritto al nome «tutela un interesse reputato essenziale della persona»² e rappresenta un valore fondamentale della stessa, tanto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ne ha disposto la relativa disciplina proprio nell'ambito del diritto alla vita privata e familiare del soggetto (art. 8 CEDU).

Nel nostro ordinamento, il diritto al nome è disciplinato nell'art. 6 c.c., nel quale si afferma che ogni persona ha diritto al nome, composto dal prenome, ossia il nome proprio, e dal cognome, attribuito secondo i commi 1 e 2, e non può essere cambiato o rettificato, salvo nei casi e nelle forme indicate dalla legge, come prevede il comma 3³. Il diritto al nome è poi garantito anche dall'art. 22 Cost. secondo cui «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»⁴.

A livello internazionale, esso è contemplato nella Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, la quale afferma, nell'art. 7, comma 1, che, alla nascita, ogni persona ha diritto ad avere un nome; il diritto al nome è contemplato, inoltre, anche nella Convenzione sull'eliminazione delle forme di discriminazione verso le donne⁵.

Dal quadro normativo complessivo risulta che il nome è il mezzo che permette l'identificazione di una persona e, come tale, viene tutelato anche nei riguardi dello Stato, che ne impone l'uso e ne vieta

* Dottore in giurisprudenza.

¹ G. DI ROSA, *L'identificazione della persona. La circolazione del cognome*, in *Accademia*, 2025, p. 6.

² M.C. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 2002, p. 175.

³ M. LA TORRE, *Il nome: contrassegno dell'identità personale*, in *Giust. civ.* 2013, p. 443; L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, p.

67; C. DI MARCO GENTILE, *Il nome della persona, tra mezzo di individuazione e segno di identificazione*, Napoli, 1995, p. 7.

⁴ L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 84.

⁵ F. DE SCRILLI, *Il cognome del figlio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, vol. II, Milano, 2002, p. 477.

il cambiamento solo per mera scelta degli interessati, garantendo, al tempo stesso, sia l'interesse pubblico ad individuare i consociati, sia la personalità del singolo soggetto.

Infatti, il divieto di modifica del nome serve a garantire l'interesse pubblico ad avere un'organizzazione sociale stabile, tenendo conto, tuttavia, delle libere scelte dei cittadini, che hanno la facoltà di mutare il proprio nome solo se ricorrono certe condizioni⁶.

Al tal proposito, merita di essere menzionata l'ordinanza n. 176/1988 della Corte Costituzionale nella quale è chiarito che «oggetto del diritto dell'individuo all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, bensì il 'nome per legge attribuito', che meglio tutela l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, come si argomenta dall'art. 22 Cost. e dall'art. 6 c.c.»⁷.

Fino a poco tempo fa, l'attribuzione del cognome paterno avveniva in modo automatico⁸ ed infatti, il D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396⁹, disciplinava l'attribuzione del nome come conseguenza diretta della nascita di un individuo. L'art. 29 del decreto prevedeva l'obbligo di indicare nell'atto di nascita il nome del neonato e, nel caso in cui il dichiarante non forniva nessuna informazione in merito, era previsto l'intervento dell'ufficiale di stato civile. L'evento della nascita, quindi, costituiva il presupposto per l'attribuzione del cognome e, fino alla pronuncia della recente sentenza della Consulta n. 131/2022, veniva attribuito automaticamente il cognome del padre mentre il nome proprio veniva scelto dal dichiarante¹⁰.

Si può rilevare che nel nostro ordinamento non esiste una disciplina specifica che indichi i criteri che regolano l'attribuzione del cognome al figlio

nato in costanza di matrimonio, per cui, secondo un'opinione, si seguirebbe una semplice prassi a cui gli ufficiali di stato civile si sono sempre conformati negli anni come conseguenza dell'antica concezione della famiglia patriarcale. Quindi, per i figli nati nel matrimonio, il cognome era sempre e soltanto quello del padre, con la precisazione che il figlio, divenuto maggiorenne, poteva chiedere un cambio del cognome soltanto se esso fosse ridicolo o tale da rivelare l'origine naturale della persona¹¹. Secondo un'altra opinione, invece, la suddetta regola sarebbe estraibile in via interpretativa dal combinato disposto degli artt. 237, 262 e 269 c.c., 72, comma 1, R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), 33 e 34 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile)¹².

Una disciplina in parte più flessibile è prevista per i figli nati fuori del matrimonio¹³, a seguito della riforma della filiazione, attuata con il d. lgs. n. 154/2013, che ha modificato l'art. 262 c.c. considerando centrale la figura del figlio, anche se, nei commi 1 e 2, ripropone l'orientamento favorevole all'attribuzione del cognome paterno.

Il nuovo art. 262 c.c. prevede che il figlio nato fuori dal matrimonio, assuma il cognome del genitore che effettua per primo il riconoscimento, precisando che, in caso di riconoscimento congiunto di entrambi i genitori, il figlio assuma il cognome del padre analogamente a quanto accade in costanza di matrimonio. L'art. 262, comma 2, c.c. stabilisce che, se il figlio è riconosciuto prima dalla madre, e poi dal padre, può assumere il cognome del padre

⁶ U. BRECCIA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 373.

⁷ Corte Cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176, in *Giur. cost.*, 1988, p. 605.

⁸ G. DI ROSA, *L'identificazione della persona. La circolazione del cognome*, cit., p. 10.

⁹ D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

¹⁰ M.C. DE CICCIO, *Cognome della famiglia e uguaglianza tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, 2ª ed., I, 1, *Famiglia e*

matrimonio, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, p. 1016.

¹¹ Art. 33 D.P.R. n. 396/2000.

¹² Così Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 165 ss., con nota di V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Fam. Dir.*, 2017, p. 213 ss., con nota di E. AL MUREN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 818 ss., con commento di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*.

¹³ V. CARBONE, *Figlio naturale tra cognome materno (riconoscimento) e paterno (legittimazione giudiziale)*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 266 ss.

aggiungendolo, antepoendolo o, addirittura, sostituendolo a quello della madre¹⁴.

La giurisprudenza, a partire dal 2001, aveva chiarito che, se vi è un successivo riconoscimento da parte del padre, l'attribuzione del suo cognome non avviene automaticamente, ma, se il figlio è maggiorenne, la decisione è del soggetto interessato; se invece il figlio è un minore, il giudice ha un ampio potere discrezionale con il quale deve valutare l'interesse del figlio, considerando il suo diritto alla propria identità¹⁵.

Lo Stato disciplinava, quindi, l'attribuzione del cognome attraverso l'applicazione di una regola fissa, una norma di sistema, poiché il cognome, diversamente dal prenome, scelto dai genitori, permette di individuare la famiglia cui appartiene il soggetto e consente di collocare, da parte della collettività, il soggetto nella sua linea di discendenza: in definitiva, il cognome, insieme al prenome, permette di identificare in modo esatto ogni persona.

Tuttavia, l'automatica attribuzione del solo cognome paterno era segno di disuguaglianza fra i genitori e comportava la contestuale violazione degli articoli 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Come ha affermato la Consulta nella sentenza n. 61/2006, tale disciplina costituiva retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e di una lontana potestà maritale di certo non più in linea con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna¹⁶.

Sul punto, anche la dottrina si è interrogata e sono emersi due distinti orientamenti interpretativi. Secondo il primo, l'attribuzione del cognome deriva da una norma consuetudinaria che va a colmare la mancanza, nell'ordinamento, di una norma precisa¹⁷. Un altro orientamento, invece, deduce la regola dell'attribuzione del cognome paterno al figlio attraverso un'interpretazione sistematica dell'intero *corpus* di norme presenti.

In ogni caso, già da tempo si sono sollevati dubbi di legittimità costituzionale riguardo ai riferimenti normativi favorevoli all'attribuzione del solo cognome paterno in considerazione di un primato oggi non più accettabile¹⁸. Al contrario, altra parte della dottrina ha confermato la necessità di attribuire il solo cognome paterno come presidio dell'unità della famiglia.

2. LE ORDINANZE DEL 1988 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La regola che imponeva di attribuire al figlio solo il cognome del padre è stata messa in discussione per la prima volta nel 1988 a seguito di due interventi della Corte costituzionale. In entrambi i casi, i giudici *a quibus* richiedevano una pronuncia da parte della Corte per consentire ai genitori di attribuire, accanto al cognome del padre, anche quello della madre.

Nel primo intervento, la Corte si pronunciò con ordinanza¹⁹, rilevando l'opportunità di sostituire la regola del cognome patronimico con una nuova regola che fosse conforme al principio di eguaglianza tra moglie e marito, anche a fronte dei cambiamenti e dell'evoluzione sociale. L'ordinanza, tuttavia, nonostante questa leggera apertura verso un cambiamento, dichiarava inammissibile la questione e affidava il tema al legislatore, affermando che «l'eventuale innovazione normativa, per la quale è stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare, è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

Anche la seconda pronuncia fu un'ordinanza di inammissibilità²⁰ e con essa la Consulta faceva un passo indietro rispetto all'apertura che aveva mostrato solo pochi mesi prima, affermando che l'attribuzione del solo cognome del padre «era una regola radicata nel costume sociale come criterio di

¹⁴ A. GATTO, *Cognome del figlio riconosciuto*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, p. 39 ss.

¹⁵ Cass., 16 gennaio 2020, n. 772, in *Fam. dir.*, 2020, p. 301 ss.

¹⁶ Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, cit., par. 2.2. cons. in diritto.

¹⁷ P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 439 ss.

¹⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, sub art. 143-bis, p. 515.

¹⁹ Corte cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176, cit.

²⁰ Corte cost., ord. 19 maggio 1988, n. 586, in *Giurcost.org*.

tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio»²¹.

3. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 61 DEL 2006

Dopo molti anni dalla pronuncia delle ordinanze del 1988, la Consulta ritornò sul tema dell'attribuzione del cognome paterno con la sentenza n. 61 del 2006²². La Corte dichiarò inammissibile la questione di legittimità presentata dalla Corte di cassazione, che doveva giudicare un ricorso in cui i genitori chiedevano di modificare l'atto di nascita della propria figlia, volendo assegnarle il cognome materno al posto di quello paterno.

La Corte di cassazione, nel rinviare la questione alla Consulta, aveva evidenziato, nell'ordinanza di remissione, che il nome di una persona doveva contenere elementi identificativi di entrambi i genitori e che l'attribuzione automatica del solo cognome paterno era contraria al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e contrastava con il concetto di unità familiare, di cui all'art. 29 Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale non ritenne ammissibile la questione, affermando che la materia doveva essere disciplinata dal Legislatore.

A tale proposito, essa sollecitava un intervento legislativo che potesse sostituire la regola dell'attribuzione automatica del cognome paterno ai figli²³. Secondo la Consulta, la regola in questione, pur non avendo natura legislativa, era ormai consolidata nel sistema, per cui il Legislatore doveva intervenire per dettare una disciplina giuridica che tenesse conto, non solo dell'evoluzione sociale, ma anche delle convenzioni internazionali a cui l'Italia aveva aderito, come la Convenzione di New York del 1979, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 132 del 1985, che segnava l'eliminazione di ogni

forma di discriminazione verso la donna in tutte le questioni attinenti al matrimonio e alla famiglia. Ancora, la Corte faceva riferimento alla risoluzione n. 37 del 1978 del Consiglio d'Europa, che mirava a realizzare la piena eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai figli. Inutile dire che era necessario un intervento legislativo anche e soprattutto per gli evidenti cambiamenti che si erano verificati nella società e che avevano fatto maturare una nuova sensibilità rispetto alla parità tra i genitori²⁴.

In conclusione, la Corte, con questa sentenza del 2006, aveva fatto comprendere, pur non dichiarandolo espressamente, che la regola finora seguita per attribuire il cognome ai figli, era illegittima e che era urgente l'intervento del Legislatore per cambiare definitivamente le cose.

4. LA POSIZIONE DELLA CORTE EDU

Una prima sentenza internazionale che merita di essere ricordata, anche perché vede coinvolti dei genitori italiani, è quella pronunciata dalla Corte EDU di Strasburgo il 7 gennaio 2014, nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*²⁵. Una coppia di coniugi aveva congiuntamente richiesto all'ufficiale di stato civile, contestualmente alla dichiarazione di nascita della figlia, l'attribuzione del solo cognome materno. La richiesta era stata respinta dall'Ufficio imponendo l'attribuzione del cognome paterno. I coniugi avevano presentato ricorso al Tribunale di Milano lamentando la mancanza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma precisa che obbligasse l'attribuzione del cognome paterno al posto di quello materno, che invece poteva essere deciso, secondo i loro assunti, con un accordo tra i genitori-coniugi²⁶.

Il Tribunale rigettava il ricorso affermando che, pur non esistendo una norma specifica che obbliga a dare ai figli il cognome paterno, tale regola

²¹ C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di eguaglianza. Un'analisi comparata*, in *DPCE*, 2016, III, pp. 566-567.

²² Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 30 ss., con nota di V. CARFÌ, *Il cognome del figlio legittimo al vaglio della Consulta*.

²³ E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro ma non convince*, in *Giur. cost.*, 2006, I, p. 550.

²⁴ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 2017, IV, pp. 5-6.

²⁵ Corte Edu, 7 gennaio 2014, ric. 77/07, *Cusan e Fazzo v. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 515 ss., con commento di S. WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*.

²⁶ A.O. COZZI, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 451 ss.

si poteva desumere facendo una interpretazione sistematica delle norme del codice civile. La Corte d'Appello confermava la sentenza di primo grado, facendo anche riferimento alle ordinanze del 1988 della Corte Costituzionale²⁷, confermando che la disciplina vigente serviva a garantire l'unità familiare e che solo il legislatore poteva intervenire a modificarla. Contro tale decisione i coniugi giunsero dinanzi alla Corte di cassazione, chiedendo di rimettere la questione alla Corte costituzionale che, come si è visto, si pronunciò con la sentenza 16 gennaio 2006, n. 61, ritenendo la questione inammissibile, visto che la Corte di cassazione aveva richiesto un intervento manipolativo che andava al di là dei suoi poteri²⁸. I coniugi decidevano, quindi, di adire la Corte EDU lamentando la violazione, da parte dell'ordinamento giuridico italiano, degli articoli 8 e 14 della CEDU.

L'articolo 8 CEDU afferma il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza; mentre l'articolo 14 CEDU pone il divieto di discriminazione. La Corte condannò il nostro Paese, che non prevedeva possibilità di deroghe alla regola che attribuisce il cognome paterno ai figli legittimi anche se fosse stata manifestata una volontà diversa da parte dei coniugi. La Corte EDU riteneva che detta regola comportasse una discriminazione tra i coniugi in violazione di quanto afferma l'articolo 14, insieme con l'articolo 8, della CEDU.

La sentenza metteva in evidenza l'eccessiva rigidità della disciplina italiana, ma contestualmente affermava che la regola della trasmissione del cognome paterno non è contraria alla Convenzione europea. La Corte di Strasburgo sottolineava che nell'ordinamento italiano era presente una lacuna, mancando una specifica disciplina in merito a tale questione e, allo scopo di superare tale lacuna, «dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane», poiché non è apparsa sufficiente al riguardo la possibilità del figlio di

ottenere l'autorizzazione in sede amministrativa per cambiare il cognome aggiungendo, a quello paterno, il cognome della madre²⁹. Più di recente, poi, la Corte di Strasburgo si è pronunciata anche sull'ordinamento spagnolo, che imponeva di anteporre il cognome del padre, in caso di disaccordo, ritenendo troppo rigida e discriminatoria questa regola³⁰.

5. LE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 286 DEL 2016 E N. 131 DEL 2022: INTRODUZIONE DELLA REGOLA DEL DOPPIO COGNOME

Con la sentenza dell'8 novembre 2016, n. 286, la Corte costituzionale³¹ ha consentito al minore di avere anche il cognome della madre. Si tratta di una decisione, definita storica³², con la quale la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale della norma estraibile dal combinato disposto degli artt. 237, 262 e 299 c.c., oltre che dall'art. 72, comma 1, del Regio Decreto 9 luglio 1939, n. 1238, ordinamento dello stato civile, e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, nella parte in cui non permette ai coniugi, d'accordo, di trasmettere ai figli anche il cognome materno, per violazione degli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione.

La questione di legittimità era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Genova, relativamente al caso di una coppia italo-brasiliana che aveva chiesto di attribuire al figlio, con doppia cittadinanza, il doppio cognome. L'Ufficiale dello stato civile aveva rifiutato e il bambino veniva identificato, in Italia, con il cognome paterno e, in Brasile, con il doppio cognome. La coppia si rivolse al Tribunale di Genova che respinse il ricorso, mentre, in secondo grado, la Corte di Appello sollevava la questione di

²⁷ V. *supra*, § 2.

²⁸ G. SERGES, *Famiglia e matrimonio*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 87.

²⁹ M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 555.

³⁰ Corte Edu, 27 ottobre 2021, *Leon Madrid v. Spagna*, in *Diritto-consenso.it*, 2022.

³¹ Corte cost., 8 novembre 2016, n. 286, cit.

³² V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, Focus- Human Rights, in *www.federalismi.it*, 1/2017, p. 12.

legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale.

La pronuncia della Corte non risulta importante solo per la dichiarazione di illegittimità dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio, ma anche perché lamenta l'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma che possa permettere ai genitori di scegliere, alla nascita, se aggiungere al cognome paterno anche quello materno.

La Corte ritiene che il principio dell'automatica attribuzione del cognome paterno leda il diritto all'identità personale, quindi violi l'art. 2 Cost.³³ e che i criteri di attribuzione del cognome debbano essere espressione, contestualmente, sia del diritto alla propria identità personale, sia dell'eguaglianza e della pari dignità dei genitori³⁴. La Consulta nella sentenza testualmente precisa: «Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.»³⁵. Il diritto all'identità è un diritto personalissimo e inviolabile e il cognome ne è una diretta espressione³⁶. Come diritto inviolabile, l'identità personale, trova la sua specificazione proprio nel nome e nel cognome attraverso il quale si identifica l'individuo e si esprime «in sintesi la personalità di chi lo porta»³⁷. Nel caso in esame, la lesione dell'identità personale consiste nella violazione della libertà di attribuire il cognome materno al figlio e ciò va a ledere sia la personalità e l'autodeterminazione del figlio, sia la «personalità sociale»³⁸.

Il secondo punto di illegittimità, affermato dalla Corte, è la violazione dell'art. 3 e dell'art. 29, secondo comma, della Costituzione, in quanto la

manca di scelta, per i genitori, del cognome da attribuire al figlio lede il principio di uguaglianza e, quindi, genera una immotivata discriminazione tra i coniugi. La Corte, nella sentenza, ricorda che la censura riguarda l'impossibilità per i genitori di attribuire alla nascita del figlio il doppio cognome, per cui individua una nuova regola: il figlio assume il cognome di entrambi i genitori, secondo l'ordine da essi stabilito, a meno che essi non abbiano deciso di comune accordo di attribuire un solo cognome. Consentire, finalmente, di identificare il figlio anche con il cognome materno chiude un lungo percorso che ha portato ad un maggior rispetto dei principi di uguaglianza e parità di diritti e doveri tra uomo e donna.

Nel caso in cui i genitori non raggiungano un accordo sull'ordine dei cognomi, dovranno richiedere l'intervento giudiziale ma se, anche in giudizio, dovesse permanere una situazione di contrasto tra i genitori, il giudice considera prevalente la volontà del genitore che sembra maggiormente in grado di tutelare l'interesse del figlio³⁹.

La Corte, con tale pronuncia, auspicava anche un immediato intervento del legislatore, diretto a disciplinare in modo organico la materia, seguendo dei criteri consoni al principio di eguaglianza e di parità dei genitori.

Infatti, nonostante tale pronuncia, la disciplina sul cognome dei figli è rimasta fortemente condizionata dal *principio della prevalenza del cognome paterno*, come si evince dal fatto che, per poter attribuire anche il cognome materno, è *sempre necessario il consenso del padre*, e, ancor più, dal fatto che non era possibile attribuire il *cognome materno in via esclusiva*. In sostanza, con la pronuncia del 2016 era stato fatto solo un primo passo, che necessitava, però, di ulteriori interventi correttivi al fine di raggiungere la piena realizzazione della parità genitoriale.

Fondamentale in tal senso è stata la successiva sentenza n. 131 del 31 maggio 2022⁴⁰, che ha

³³ G. BAVETTA, *Identità*, in *Enc. dir.* XIX, Milano, 1970, p. 953 ss.; G. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, IV, Milano, 1961, p. 17.

³⁴ G. DI ROSA, *L'identificazione della persona*, cit., p. 12.

³⁵ Punto 3.4.1 del considerato in diritto della sentenza.

³⁶ G. FERRANDO, *Diritto all'identità personale e cognome del figlio naturale*, in *Giur. cost.*, 1996, IV, p. 2479 ss.

³⁷ I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in *www.forumcostituzionale.it*.

³⁸ Punto 3.4.1 del considerato in diritto della sentenza.

³⁹ C. cost., 8 novembre 2016, n. 286, cit.

⁴⁰ C. cost., 31 maggio 2022, n. 131, in *Fam. dir.*, 2022, p. 871 ss., con nota di M. SESTA, *Le nuove regole di attribuzione del doppio*

segnato una tappa cruciale nel lungo percorso evolutivo della disciplina del cognome, in risposta alla perdurante inerzia del legislatore. Finalmente, con tale pronuncia viene eliminata in modo definitivo, dal nostro ordinamento giuridico, l'attribuzione automatica del solo cognome paterno ai figli, che era la regola fino al 2016, quando la Corte, come abbiamo innanzi ricordato, ne aveva limitato il rigore dando la possibilità ai genitori di aggiungervi, di comune accordo, anche il cognome materno⁴¹.

La sentenza del 2022 ha fissato una nuova disciplina secondo cui, in via generale, il figlio assume il cognome di entrambi i genitori, nell'ordine da essi stabilito, facendo salvo il loro possibile accordo di trasmetterne uno soltanto. La regola del doppio cognome ha trovato applicazione già dal giorno seguente alla pubblicazione della suddetta sentenza in Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 2 giugno 2022, ma ha subito destato un problema circa l'ordine che devono avere i cognomi, soprattutto quando non ci sia un accordo tra i genitori.

In assenza di decisione concordata e di specifici criteri indicati dal legislatore, bisognerà affidarsi al giudizio di un giudice⁴².

La nuova disciplina elimina, finalmente, l'antica disuguaglianza esistente tra i genitori ponendo la madre in una posizione paritaria rispetto al padre nel determinare l'identità familiare, potendo il figlio ricevere anche il suo cognome, in tal modo realizzando, dopo anni di disparità, la piena parità fra donna e uomo all'interno della famiglia.

La pronuncia rappresenta solo una tappa del lungo *iter* che, per oltre trent'anni, ha visto la Corte impegnata a denunciare al Legislatore l'inadeguatezza del criterio che ancora veniva seguito nel nostro ordinamento, ossia l'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio.

Nonostante i numerosi inviti, il Parlamento è sempre rimasto inerte e non è mai giunto alla definizione di una nuova disciplina. Siamo, quindi, dinanzi all'ultimo atto della lenta ma inesorabile

evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che sentenza dopo sentenza ha scardinato un criterio che derivava da una obsoleta concezione della famiglia patriarcale.

La vicenda è iniziata presso il Tribunale di Bolzano, che ha sollevato una questione di legittimità dell'articolo 262, comma 1, c.c., relativa alla disciplina del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio ma contestualmente riconosciuto da entrambi i genitori.

Il giudice *a quo* richiedeva l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui non permetteva ai genitori, di comune accordo, di trasmettere solo il cognome della madre⁴³.

Secondo il giudice remittente, l'articolo 262, comma 1, c.c. si poneva in contrasto con gli artt. 2, 3, 11 e 117, comma 1, Cost. La Corte ha accolto le questioni proposte e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tutte le norme che prevedevano l'automatica attribuzione del cognome paterno, con riferimento a tutti i figli, sia quelli nati nel matrimonio, che fuori dal matrimonio e anche i figli adottivi maggiorenni e minorenni. Quindi la Corte, nella sentenza del 2022, non ha inteso più dare soluzioni precarie e ha deciso in modo definitivo. Si è trattato di una scelta processuale particolare, che ha suscitato delle perplessità, in quanto è stato notato che le due questioni decise, sebbene fossero connesse, non erano legate da un rapporto di pregiudizialità⁴⁴.

La sentenza afferma infatti che, «[a] fronte di una disciplina che garantisce l'attribuzione del cognome del padre, la madre è posta in una situazione di asimmetria, antitetica alla parità, che, *a priori*, inficia le possibilità di un accordo, tanto più improbabile in quanto abbia a oggetto l'attribuzione del solo cognome materno, ossia il radicale sacrificio di ciò che spetta di diritto al padre. Senza

cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio, e di E. AL MUREDEN, *Cognome e identità personale nella complessità dei rapporti familiari*.

⁴¹ C. cost., 8 novembre 2016, n. 286, cit.

⁴² G. DI ROSA, *L'identificazione della persona*, cit., p. 12.

⁴³ A. PATRONI GRIFFI, *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (A proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, p. 414 ss.

⁴⁴ M. BORRELLO, *Considerazioni sugli stereotipi di genere in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 sull'attribuzione del cognome*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 15/2022, p. 42.

eguaglianza mancano le condizioni logiche e assiologiche di un accordo»⁴⁵.

La Corte ha affermato che, in caso di mancato accordo dei genitori, essi possono adire il giudice competente seguendo un procedimento semplificato secondo gli artt. 316, commi 2 e 3, 337-ter, comma 3, 337-quater, comma 3, 337-octies c.c.

Resta irrisolto, tuttavia, un altro problema, ossia quali siano i criteri che il giudice deve seguire nella risoluzione del conflitto, poiché egli deve agire nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. La dottrina ha proposto una regola da seguire, secondo la quale il figlio dovrebbe assumere i due cognomi posti in ordine alfabetico a meno che non voglia invertirli ma solo dopo aver raggiunto la maggiore età⁴⁶ o il sedicesimo anno.

6. LA PERDURANTE INERZIA DEL LEGISLATORE

Nella sentenza in oggetto restano irrisolte ancora altre due questioni per le quali la Consulta ha sollecitato il legislatore ad intervenire al fine di impedire che l'attribuzione del doppio cognome comporti, con il succedersi delle future generazioni, una moltiplicazione degli stessi e, così, la perdita di quella che è la funzione prioritaria del cognome, ossia identificare l'appartenenza di una persona alla sua famiglia. Il legislatore, in tal senso, dovrebbe intervenire per stabilire l'automatica attribuzione del primo cognome di ciascun genitore, salvo diversa volontà⁴⁷.

Il secondo problema irrisolto riguarda la necessità che il legislatore assicuri che i diversi fratelli abbiano lo stesso cognome.

Altro dubbio sollevato dalla dottrina è se la norma censurata dalla Consulta sia davvero discriminatoria, quindi contraria agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. nonché agli artt. 8 e 14 della CEDU. Sebbene parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁸ ritenga che la norma sia discriminatoria, vi è chi ritiene che l'attribuzione automatica del cognome paterno, pur essendo retaggio di una concezione familiare patriarcale, non comporti una vera e propria discriminazione considerando che alla base di essa vi è l'esigenza di garantire la certezza del diritto e la funzione pubblicistica stessa del cognome⁴⁹.

In realtà, dopo la pronuncia della Consulta del 2022, è stata emanata solo una circolare ministeriale nella quale si chiarisce che «l'accordo è imprescindibile per poter attribuire al figlio il cognome di uno soltanto dei genitori. In mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine deciso da essi. Qualora, inoltre, non vi sia accordo sull'ordine di attribuzione, si rende necessario l'intervento giudiziale, come ha precisato già la Corte costituzionale, che l'ordinamento già prevede per risolvere disaccordi su scelte che concernono i figli»⁵⁰.

L'invito ad intervenire che i giudici costituzionali hanno rivolto al Parlamento è rimasto finora inascoltato anche se sono al vaglio della Commissione Giustizia del Senato quattro proposte di legge sulla materia del doppio cognome, che procedono nel loro iter con estrema lentezza.

⁴⁵ Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., punto 11.1 del Considerato in diritto.

⁴⁶ V. BARBA, *Il cognome paterno e la disparità di genere. Una proposta in vista dell'attesa della decisione della Corte cost.*, in *Questionegiustizia.it*, 2021, p. 15.

⁴⁷ G. CATTANEO, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, p. 30.

⁴⁸ C.M. MAZZONI, M. PICCINNI, *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2016, p. 200 ss.; Corte EDU, 7 gennaio 2014, *Cusan - Fazzo c. Italia*, cit.

⁴⁹ F. DE SCRILLI, *Il cognome del figlio*, cit., 523.

⁵⁰ Circolare del 1° gennaio 2022, n. 63, in <https://dait.interno.gov.it>

NUOVE REALTÀ DIGITALI E NUOVE REGOLE: IL RUOLO DELL'AGCOM NEL MONDO DEGLI INFLUENCERS

di **Martina MAGGIOLINI***

ABSTRACT

Il contributo indaga il ruolo dell'Agcom e della soft law con riferimento al nuovo mondo digitale in cui gli attori (Influencers) sono chiamati, nella loro attività, al rispetto di un nascente sistema normativo.

The contribution investigates the role of Agcom and soft law with reference to the new digital world in which actors (Influencers) who are required to follow new rules.

SOMMARIO

1. **Premessa e perimetrazione del tema** 66
2. **L'agcom al centro delle autorità amministrative indipendenti.....** 66
3. **Linee guida per la realtà digitale ...** 69
4. **Tutto è in evoluzione. Brevi riflessioni conclusive.....** 71

1. PREMESSA E PERIMETRAZIONE DEL TEMA

L'obiettivo del presente contributo è quello di analizzare il ruolo dell'Agcom nel regolare un nuovo nascente settore – quello degli *influencers* – che è entrato incisivamente nella vita sociale e, soprattutto, economica del nostro vivere al fine di avviare una riflessione giuridica sul tema.

A dire il vero, già la stessa Autorità ha avuto modo di definire giuridicamente la figura dell'*influencer*, specificando che per *influencers* “si intendono quei soggetti che svolgono un'attività analoga o comunque assimilabile a quella dei fornitori di servizi di media audiovisivi sotto la giurisdizione nazionale”¹ ove possiedono determinati requisiti che verranno specificati a breve.

Si tratta di un settore che nel 2023 ha raggiunto in Italia un valore di 323 milioni di euro in termini di investimenti, +10% rispetto al 2022, a livello globale ha superato i 30 miliardi di dollari nel 2023, con la prospettiva, secondo l'Osservatorio italiano influencer marketing di raggiungere i 50 miliardi nel 2028.²

La rapida affermazione degli *influencers* ha cambiato il modo di comunicare sia delle aziende che dei singoli brand aprendo nuove opportunità di occupazione.

Una realtà in evoluzione che merita attenzione trasversale degli studiosi di più materie, al fine di categorizzare, regolamentare ed armonizzare - all'interno del nostro ordinamento - la nuova professione, la quale continua a imporsi velocemente su più livelli.

Come anticipato, la figura degli *influencers* viene, in modo primordiale, accomunata a quella già esistente dei fornitori di servizi di media audiovisivi, risultando una categorizzazione che non può soddisfare la portata del fenomeno, stante la sua espansione a macchia d'olio.

Pertanto, si procederà ad approfondire i compiti dell'Agcom, quale autorità amministrativa indipendente incaricata di disciplinare la materia e a circoscrivere la normativa esistente e applicabile al mondo degli *influencers*.

2. L'AGCOM AL CENTRO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

A seguito della recente adozione delle Linee Guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo unico sui servizi di media audiovisivi da parte degli *influencers*, l'Agcom, come autorità amministrativa indipendente, ha catturato l'attenzione dei più giovani su un tema dilagante.

Occorre, brevemente, tracciare il perimetro dei compiti e dei poteri attribuiti alle autorità

* Dottoranda di ricerca presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

¹ Agcom delibera n. 7/24/CONS

² V. <https://www.ilsole24ore.com>

amministrative indipendenti, al fine di indagare i limiti entro i quali l'Agcom ha potuto muoversi nell'adottare le citate Linee Guida ed evidenziare eventuali necessari interventi in materia di attività svolte dagli *influencers*.

Come noto, le autorità amministrative indipendenti interessano gli studiosi per la loro impertinenza e la loro specialità³.

Difatti, si è consolidato nel tempo l'idea (sovranazionale) di costituire soggetti terzi in determinati settori pubblici che impongono costanti interventi di aggiornamento.

Nonostante l'ampia espansione del ruolo delle autorità amministrative indipendenti, non si è provveduto alla definizione di una loro disciplina generale, lasciando così grandi dubbi sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il più generale interrogativo è relativo alla natura giuridica e alla conseguente natura degli atti da essi emanati, specialmente con riguardo a quelli a carattere regolatorio⁴.

Dalla loro nascita ad oggi, le autorità amministrative indipendenti hanno esteso e compresso a fisarmonica la loro portata consolidandosi verso la fine degli anni '90 e nel primo decennio degli anni 2000.⁵

Parallelamente, all'istituzione di autorità amministrative indipendenti sono state ampliate le funzioni ad esse riconosciute e, sotto la spinta

europea, è stata consolidata ed ampliata anche l'indipendenza delle autorità esistenti⁶.

È bene evidenziare come le autorità amministrative indipendenti non possano essere ricondotte ad un unico modello, poiché si tratta di una classe eterogenea, sia per funzioni che per poteri, nonché per settori di attività.

Il *fil rouge* delle autorità amministrative indipendenti è da rintracciare proprio nell'indipendenza⁷.

In tale contesto il termine "indipendenza" assume diversi significati: in primo luogo si intende quale indipendenza formale ovvero separazione da altre funzioni, nonché esprime la non dipendenza dalla volontà altrui nello svolgimento dell'attività demandate alle singole autorità⁸.

In tale declinazione, l'indipendenza non è da considerarsi in termini assoluti, quanto piuttosto in termini relativi, poiché soggetta alla legge.

Pertanto, si intende indipendenza la caratteristica di non dipendenza dall'attività soggetta a direttive politiche e, dunque, l'assenza di atti di indirizzo e successiva approvazione dei singoli atti adottati dall'autorità amministrativa indipendente⁹.

Nell'ampiezza di tali autorità, la giurisprudenza amministrativa ha inteso stabilire degli indici al fine di circoscrivere la categoria dell'autorità amministrative indipendenti e rendere agevole l'individuazione delle stesse nel mare magnum degli enti di nuova costituzione¹⁰.

³ Si rinvia ampiamente a S. CASSESE, Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, I garanti delle regole, Bologna 1996, 217 ss.; M. DE BENEDETTO, Autorità indipendenti, in Dizionario di Diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, I, Milano 2006, 588 s.; F. DURANTE, La legittimazione dell'autorità indipendenti ad essere parte nei conflitti di attribuzione, in www.ambiente-diritto.it

⁴ Cfr. S. LABRIOLA (a cura di), Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano, Milano 1999, 2. Nonché, M. CLARICH, Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, in *Dir.amm.*, 1993, I, 77 ss.; F.P. CASAVOLA, Quale "statuto" per le Autorità indipendenti, in *Rass.parl.*, 1997, 529 ss

⁵ Ampiamente G. AMATO, Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 662 ss.; A. PREDIERI, L'rompere delle autorità amministrative indipendenti, Firenze, 1997; M. POTO, Autorità amministrative indipendenti, in *Dig.Disc.Pubbl.*, Aggiornamento, I, Torino 2008, 56

⁶ Cfr. N. LONGOBARDI, Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 871 ss.

⁷ Diffusamente A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in Studi in onore di M.S. Giannini, Milano, 1988, III, 449 ss.

⁸ Ampiamente M. DE BENEDETTO, Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia, Bologna, Il Mulino, 2010

⁹ Altro aspetto significativo che segue al concetto di indipendenza è la libertà da condizionamenti che incidono inevitabilmente – anche – sulle funzioni svolte.

In particolare, la non rinnovabilità e una congrua durata del mandato rappresentano dei baluardi di indipendenza dei componenti delle autorità amministrative indipendenti per i quali non è altresì ammessa la revocabilità anticipata dell'incarico.

¹⁰ Sul punto, i giudici amministrativi indicano: la qualificazione normativa; la natura delle funzioni e la loro riferibilità alla tutela di valori di rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica del Governo; l'autonomia organizzativa e di bilancio; i requisiti soggettivi richiesti ai componenti, il sistema di nomina e la disciplina delle incompatibilità; il sistema dei rapporti interistituzionali e la posizione che in esso occupa l'organismo considerato. Si tratta, di «indici rivelatori» che, benché possano essere presenti in tutto o in

È evidente come la costituzione delle autorità amministrative indipendenti segue all'ampia abdicazione da parte dello Stato rispetto a specifici indicatori di origine comunitaria.

Più precisamente, il terreno fertile è costituito dalla generale incapacità delle fonti legislative di disporre un puntuale ed efficace sistema idoneo a rispondere all'elevata evoluzione di determinati contesti altamente specializzati. Si pensi ai settori a rapida evoluzione (ad esempio la digitalizzazione) ovvero settori altamente tecnici a carattere scientifico che necessitano di un adattamento del sistema normativo ben lontano dalla tradizionale lentezza e farraginosità.

Altresì, in questi settori sono richieste competenze altamente specializzate e indipendenti, sia rispetto ai portatori di interesse, sia rispetto allo Stato, richiedendo -così- una quasi astratta neutralità rispetto ai condizionamenti in gioco in un determinato settore¹¹.

Nel quadro così delineato, si inserisce l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni istituita nel 1997, le cui attività sono caratterizzate dall'autonomia e dall'indipendenza che garantiscono il corretto funzionamento e perseguimento degli obiettivi affidati alla stessa¹².

Più precisamente, è stato affidato all'autorità il compito di garantire la corretta competizione degli operatori sul mercato e di assicurare le libertà fondamentali nell'esercizio e nella fruizione dei servizi offerti nei settori delle comunicazioni elettroniche, dell'audiovisivo, dell'editoria, delle poste e più recentemente delle piattaforme online¹³.

È *ictu oculi* evidente che detta Autorità opera in un settore altamente esposto ad una rapida evoluzione.

Sul punto, si pensi al fenomeno della digitalizzazione che ha rivoluzionato in poco tempo l'intero settore e che ha imposto una evoluzione dell'intero ordinamento che stenta ad adattarsi alle nuove modalità di erogazione di servizi.

Pertanto, l'Agcom è stata istituita con l'obiettivo di svolgere attività preparatorie e istruttorie per le funzioni di regolamentazione, di vigilanza, di ispezione e sanzionatorie attribuite dalla legge nonché di promuovere di garantire elevati *standard* qualitativi dei servizi ed al contempo assicurare l'omogenea diffusione degli stessi.

Tra gli altri poteri, in questa sede, occorre soffermarsi sui poteri normativi in *sensu latu* delle autorità amministrative indipendenti.

È necessario approfondire preliminarmente la legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle autorità amministrative indipendenti: tradizionalmente, la *ratio* è rinvenibile nel frequente ricorso all'uso regolamentare da parte di tali enti, in quanto operanti in specifici settori altamente tecnici.

Tuttavia, è necessario segnalare che non è sempre esistente un richiamo legislativo espresso al potere regolamentare, sicché il regolamento appare comunque il "principale strumento attraverso cui le autorità possono soddisfare le esigenze sottese alla loro ragion d'essere"¹⁴.

Il più ampio richiamo promana dalla normazione europea per quanto riguarda le cosiddette autorità di seconda generazione¹⁵ che impongono a soggetti amministrativi l'adozione di

parte, devono sussistere «in maniera prevalente, idonea, in quanto tale, a definire l'appartenenza alla categoria» delle autorità amministrative indipendenti di un determinato organismo (Cons. Stato, Sez. I, parere 22.3.2010, n. 1081 Cons. St., Ad. gen., parere 6.5.2011, n. 1721). Sui poteri si rinvia a F. MERUSI, Il potere normativo delle Autorità indipendenti, in G. GITTI, L'autonomia privata e le autorità indipendenti, Bologna, 2006, 8 ss, Politi, F., La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio, in N. LONGOBARDI, Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale, II ed., Torino, 2009, 295 ss.;

¹¹ Si rinvia a S. STAMMATI, Tre questioni in tema di «autorità amministrative indipendenti», in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, autorità indipendenti e principi costituzionali, Padova, Cedam, 1999

¹² V. S. STAMMATI, Tre questioni in tema di «autorità amministrative indipendenti», in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, autorità indipendenti e principi costituzionali, Padova, Cedam, 1999, p. 86; M. NIGRO, La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale, in Riv. tram. dir. e proc. civ., 1985

¹³ <https://old.agcom.it>

¹⁴ V. M. RENNA, Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online, in Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, n.1/2014, pp. 111 ss.

¹⁵ V. S. CASSESE, Poteri indipendenti, stati, relazioni ultrastatali, in Il Foro italiano, 1996, V, pp. 7 ss

regolamentazione dei settori in cui esplicano la propria attività e, dunque, le stesse autorità non possono prescindere da una potestà regolamentare.¹⁶

Pertanto, è evidente come l'ordinamento abbia scelto di demandare determinati settori sensibili alle autorità amministrative indipendenti ed al contempo – anzi, di conseguenza – ha dovuto riconoscere una facoltà regolamentare a carattere tecnico-neutrale al fine di poter operare in modo compiuto in un determinato settore.

Più complesso risulta essere l'individuazione della norma attributiva dei poteri a livello interno.

Sovente, si fa riferimento alla teoria dei poteri impliciti per cui si rinviene la potestà regolamentare partendo dalla finalità di interesse pubblico attribuito per legge alle autorità amministrative indipendenti, sicché *“pur in assenza di una specifica norma di legge che attribuisca ad una autorità indipendente il potere regolamentare, quest'ultimo possa essere legittimamente esercitato, in quanto tacitamente iscritto nella legge istitutiva dell'autorità medesima”*¹⁷.

In un perimetro così indeterminato si assiste ad un'auto-espansione della potestà regolamentare mediante attività rispondenti al principio di legalità, le quali finisco per trovare conforto anche in giurisprudenza.¹⁸

La giustificazione che rileva da più fronti è l'elevato tecnicismo che connota determinati contesti.

Dunque, il legislatore, eccezionalmente, è chiamato a retrocedere rispetto alla garanzia di funzionalità delle autorità amministrative indipendenti.

Già per il regolamento per la tutela del diritto d'autore online¹⁹, l'Agcom giustificava l'intervento regolamentare in forza del potere riconosciutole in materia di tutela del diritto d'autore sulle opere digitali²⁰.

Detto regolamento rappresenta una prova della speciale potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti che nel tempo continua a declinarsi in risposta a nuove ed imprevedibili evoluzioni del contesto di riferimento²¹.

Sulla scorta del regolamento adottato, l'Agcom ha definito le linee guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi da parte degli influencers, le quali verranno analizzate nel paragrafo che segue, con l'obiettivo di aprire delle riflessioni sulla nuova realtà digitale.

3. LINEE GUIDA PER LA REALTÀ DIGITALE

Le Linee guida in commento rappresentano uno strumento di *soft law* adottate dall'Agcom con il fine di indirizzare le attività svolte dagli *influencers*, in assenza di un preciso quadro normativo di riferimento.

Sicché, proprio come le autorità amministrative indipendenti, anche gli strumenti di *soft law*²², hanno origini sovranazionali²³.

L'espressione *soft Law* indica i fenomeni di regolazione caratterizzati dalla produzione di norme non direttamente vincolanti.

¹⁶ Ampiamente F. MERUSI, Le autorità indipendenti tra riformismo istituzionale ed autarchia comunitaria, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, p. 25; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007.

¹⁷ V. M. RENNA, Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n.1/2014, pp. 111ss.

¹⁸ Così Per una puntuale ricognizione degli indirizzi giurisprudenziali in materia, si rinvia a R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti – report annuale 2013*, in *www.ius-publicum.com*, 2013.

¹⁹ Delibera 680/13/CONS è stato approvato il “Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70”.

²⁰ Ampiamente A. GIANNELLI, La tutela amministrativa del diritto d'autore on-line, in *Giornale di diritto amministrativo*,

n.3/2016; M. RAMAJOLI, Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n.1/2014, pp. 88ss.

²¹ Si rinvia a F. Gambardella, La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, *Federalismi.it*, 2017.

²² v. M. Ramajoli, *Soft law e crisi della sistematica tradizionale*, *Dir. Amm.*; B. Boschetti, *Soft Law e normatività: un'analisi comparata*; A. Pizzorusso, *Alcuni problemi da affrontare per lo studio delle fonti del diritto nell'epoca contemporanea*, in P. Caretti (a cura di) *La legge parlamentare oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2008, 304; V. E. Mostacci, *La soft-law, nel sistema delle fonti: uno studio comparato*; M. Ramajoli, *Soft-law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2016.

²³ Ampiamente S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996.

Dunque, accanto alle tradizionali fonti si pongono nuovi atti a carattere normativo che si caratterizzano per flessibilità e capacità di adattamento alle repentine evoluzioni di determinati settori, così rappresentando gli strumenti perfetti per le autorità amministrative indipendenti che necessitano di agire ed adattarsi ai continui cambiamenti.

Invero la *soft Law*²⁴ comprende tutti quei fenomeni “normativi” che influenzano la volontà e la libertà dei destinatari senza costituire, né un’obbligazione, né una sanzione.²⁵

Significativa è la circostanza per cui l’espressione *soft Law* non sia stata tradotta in lingua italiana poiché risulta difficile trasporre il concetto nelle medesime declinazioni²⁶.

È evidente come la *soft Law* non può essere incardinata nei tradizionali strumenti normativi che costituiscono la cosiddetta *hard Law*, la quale produce norme a carattere vincolante²⁷.

Il fenomeno della *soft Law* nasce da un’esigenza pratica che si discosta dalla tradizionale rigidità e rigore delle fonti tradizionali, al fine di dare risposte immediate in contesti in continua evoluzione e che necessitano una costante attenzione al fine di funzionare in modo efficiente.

L’efficienza, però, passa attraverso l’attuazione della *soft Law*.

Tradizionalmente si giustifica l’ammissione della *soft Law* in ragione dell’autorità che emana atti sia di “*Self-regulation*” sia per il forte potere persuasivo nell’emissione di atti di *soft Law*²⁸.

L’affermarsi del fenomeno della *soft Law*, spinge a una riflessione sull’intero ordinamento giuridico che si integra di nuovi strumenti necessari, al fine di stare al passo con una società dinamica e in continua evoluzione²⁹.

Proprio l’evoluzione e la diffusione del fenomeno degli *influencers* ha spinto l’Agcom ad adottare Linee Guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi da parte degli *influencers*.

L’intervento dell’Agcom spinge a riflessioni profonde sul cambiamento della società e sull’introduzione di nuove professioni che necessitano, come le tradizionali professioni, di specifici principi e di regole da osservare.

Attraverso gli strumenti di *soft law* adottati dall’Agcom gli *influencers* vengono omologati a fornitori di servizi media audiovisivi con responsabilità editoriale sui contenuti prodotti.

Occorre però segnalare che, seppur ad oggi non esistano fonti di primo livello dirette a regolare l’attività degli *influencers*, è possibile individuare alcune fonti normative applicate in via estensiva agli stessi:

- regolamento Digital Chart dell’Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet, il quale prevede norme di *soft law* che fanno parte del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, emanato dallo stesso IAP;

- D.Lgs. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole;

- D.Lgs. 206/2005 (“Codice del Consumo”) sulle pratiche commerciali scorrette.

In questo sistema normativo si inseriscono le Linee guida in commento che si pregiano per aver dato una primordiale definizione degli “*influencers*”, ovvero coloro che nell’esercizio delle attività di creazione, selezione e organizzazione dei contenuti che diffondono, possono essere considerati fornitori

²⁴ V. E. MOSTACCI, La *soft law* nel sistema delle fonti: uno studio comparato, Padova, 2008, p. 1 afferma che “l’espressione

in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato (...) al contrario, nell’uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergono in modo coerente”;

²⁵ V. E. MOSTACCI, La *soft law* nel sistema delle fonti: uno studio comparato, Padova, 2008; S. MORETTINI, Il *soft law* nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? in www.osservatorioair.it, n. 4/2012

²⁶ V. C. FILICETTI, L’insostenibile “leggerezza” delle linee guida ANAC, In *Giustamm*, 2019.

²⁷ V. B. Pastore, *Soft law*, gradi di normatività, teoria delle fonti, in *Lav. e dir.*, 2003, p. 12

²⁸ V. S. Morettini, Il *soft law* nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?, Osservatorio sull’Analisi d’Impatto della Regolazione, 2011.

²⁹ Riflessioni ampie in M. Clarich, I procedimenti di regolazione, in *Aa.Vv.*, Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino 1999 e S.A. Frego Luppi, L’amministrazione regolatrice, Torino 1999, v. anche S. Cassese, Regolazione e concorrenza, in G. Tesaurio-M. D’Alberti, Dalla regolazione alla concorrenza, Bologna, 2000, 13.

di servizi di media audiovisivi sotto la giurisdizione nazionale, ove possiedono cumulativamente i seguenti requisiti:

- il servizio offerto costituisce attività economica ai sensi degli artt. 56 e 57 del TFUE;
- lo scopo principale del servizio offerto è la fornitura di contenuti, creati o selezionati dagli *influencers*, che informano, intrattengono o istruiscono e che sono suscettibili di generare reddito direttamente in esecuzioni di accordi commerciali con produttori di beni e servizi o indirettamente in applicazione degli accordi di monetizzazione applicati dalla piattaforma o dal social media utilizzato;
- l'*influencer* ha la responsabilità editoriale sui contenuti;
- il servizio è accessibile al grande pubblico;
- il servizio consente la fruizione dei contenuti su richiesta dell'utente;
- il servizio è caratterizzato da un legame stabile ed effettivo con l'economia italiana producendo degli effetti evidenti;
- i contenuti sono offerti tramite l'utilizzo della lingua italiana o sono esplicitamente rivolti agli utenti sul territorio italiano.³⁰

Da tanto emerge una nuova categoria che si afferma nel contesto nazionale e sovranazionale e che merita attenzione ed approfondimenti da parte degli studiosi e delle autorità al fine di individuare una disciplina armoniosa costituendo attività economiche ormai esponenzialmente "influenti".

Si rileva, dunque, come le Linee guida in commento rappresentano un piccolo passo verso la costituzione di un nuovo sistema normativo che possa rispondere alle esigenze di una nuova realtà costituenda, la quale diventa sempre più potente, tanto in termini economici, quanto in termini di influenza delle scelte della società.

4. TUTTO È IN EVOLUZIONE. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE

A valle delle brevi considerazioni svolte è evidente come l'Agcom, in veste di autorità amministrativa indipendente, assume un'importanza

crescente nell'attuale contesto di digitalizzazione dei servizi ed affermazione degli *influencers*.

Questi ultimi rappresentano una categoria emergente che opera in modalità totalmente differenti rispetto alla tradizionale erogazione di servizi.

Pertanto, le linee guida adottate dall'Agcom rappresentano un primo tentativo di stabilire una disciplina dell'attività degli *influencers* che tuttavia non risulta sufficiente.

La carenza normativa di primo livello è significativa di come la strada da percorrere sia ancora all'inizio: considerando il ruolo centrale che ad oggi rivestono gli *influencers* e le loro attività, sarebbe opportuno prevedere una normativa di settore specifica e lasciare agli strumenti di *soft law* soltanto la possibilità di specificare o intervenire in contesti particolarmente tecnici.

In conclusione, il fenomeno degli *influencers* riflette la trasformazione in atto della "società digitale", che richiede un approccio flessibile, idoneo ad adattarsi alle continue innovazioni.

L'adozione di norme di *soft law*, come le linee guida Agcom, offrono soluzioni temporanee e adattabili, che però, nel contesto attuale, non possono sostituire un intervento legislativo strutturato ed armonioso.

La sfida cui oggi assistiamo è quella di conciliare la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la necessità di garantire un sistema normativo stabile ed efficace, capace di assicurare tutela ai consumatori attraverso la corretta comunicazione nel mercato digitale.

Risulta, conclusivamente auspicabile un immediato intervento al fine di evitare distorsioni del sistema che per le dimensioni che sta assumendo condiziona inevitabilmente la società su più livelli e secondo diverse inclinazioni.

³⁰ Allegato A delibera n. 7/24/CONS

CONSIGLIARE LO STATO: L'AVVOCATURA DELLO STATO COME GARANTE SILENZIOSA DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA

di **Gianmarco FALDUTI***

ABSTRACT

Il presente contributo analizza il ruolo dell'Avvocatura dello Stato quale istituzione di rilevanza cruciale nell'ordinamento italiano, con particolare attenzione alla sua funzione consultiva. Dopo un inquadramento storico dell'evoluzione dell'Avvocatura, il lavoro si sofferma sulla sua natura di organo ausiliario dello Stato, evidenziandone il ruolo nell'assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. Viene approfondita la funzione consultiva, spesso sottovalutata rispetto a quella contenziosa, ma centrale per la prevenzione del contenzioso e la razionalizzazione dell'attività amministrativa. Particolare attenzione è dedicata al tema dell'accessibilità dei pareri resi dall'Avvocatura, alla luce del principio di trasparenza e del segreto professionale, nonché alla questione della mancata costituzionalizzazione dell'Avvocatura, che solleva interrogativi sistematici sul suo inquadramento giuridico. L'Avvocatura dello Stato emerge, in conclusione, come presidio tecnico e garanzia di legalità nel sistema amministrativo, nonostante l'assenza di un formale riconoscimento costituzionale.

This paper analyzes the State Legal Service (Avvocatura dello Stato) as a strategic legal institution within the Italian legal system, with a particular focus on its advisory function. Following a historical overview of its development, the study examines its nature as an auxiliary body of the State, highlighting its role in ensuring the legality of administrative action. Special attention is given to the advisory function, often overlooked in comparison to its litigation role, but crucial for preventing disputes and enhancing the coherence of administrative decisions. The paper also addresses the issue of access to legal opinions issued by the State Legal Service, balancing the principles of administrative transparency and professional secrecy. Furthermore, it considers the implications of the absence of constitutional recognition of the institution, raising structural questions about its legal classification. In conclusion, the Avvocatura dello Stato emerges as a technical guarantor of legality within the administrative system, despite lacking formal constitutional status.

SOMMARIO

1. Brevi cenni storici 72

* Dottore in Giurisprudenza.

¹ Sul punto si veda P. GALLO, in S. BATTINI – B. G. MATTARELLA – A. SANDULLI – G. VESPERINI (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007.

² Cfr. In senso positivo ULPiano, in *Digesta, Giustiniano I*, 533 d.C.; in senso contrario T. HOBBS, *Leviathan*, 1651.

2. Il volto attuale dell'avvocatura dello stato 73

3. La funzione consultiva: questioni e prassi 75

4. Considerazioni conclusive 79

1. BREVI CENNI STORICI

L'Avvocatura dello Stato, nonostante l'assenza di un riferimento costituzionale (da sempre superato¹), riveste nell'ordinamento italiano un ruolo estremamente strategico e centrale.

Fin dalla sua nascita tale istituto-ente svolge una funzione essenziale nell'ingranaggio ordinamentale-istituzionale: “difende e consiglia” lo Stato, nella sua forma più ampia.

Infatti, lo Stato, al pari dei privati cittadini, deve operare nel rispetto delle norme, non è *legibus solutus*², e può e deve essere chiamato a rispondere davanti agli organi giurisdizionali della sua azione.

Si tratta di un'istituzione dalle origini antiche. È infatti possibile individuare la prima traccia dell'Avvocatura dello Stato – intesa come corpo di giuristi preposti alla difesa in giudizio degli interessi erariali – nei cd. *Advocati fisci*. Istituzione del diritto romano, sorta durante l'Imperatore Adriano, che assicurava la difesa e la rappresentanza in giudizio del *Fiscus*, il patrimonio dell'Imperatore, e che lo faceva distinguere e separare dall'*Aerarium*, il patrimonio dello Stato.³ Il patrocinio degli *Advocati fisci* riguardava tutti gli interessi patrimoniali dello Stato e, in qualche caso – specie laddove sussistevano dei vantaggi per il fisco –, era loro riconosciuta la facoltà di promuovere azioni penali.⁴

³ Cfr. U. TAMBRONI, *Advocature Erariali*, in II Digesto Italiano, UTET, 1893-1899.

⁴ Cfr. S. SCOCA, *Avvocatura dello Stato*, Noviss. Dig. It., Torino, 1958.

L'antenato più prossimo all'Avvocatura dello Stato di oggi era la Avvocatura Regia del Gran Ducato di Toscana, istituita nel 1765 dal Granduca Leopoldo I di Lorena. Tale Ufficio godeva del principio della "distinzione del posto e della sedia sopra ogni altro difensore", in quanto non si iniziava "lite" se non consigliata dall'Avvocato Regio, sicché disponeva liberamente della causa.⁵ L'Avvocato Regio era innanzitutto consultore dell'Amministrazione, ovvero dirigente del contenzioso e del consultivo legale.⁶

Con l'unificazione dello Stato italiano, si seguì il modello del Gran Ducato di Toscana, istituendo la Regia Avvocatura Erariale⁷ con compiti di consulenza legale e tutela giudiziale e stragiudiziale dell'Amministrazione erariale⁸.

Successivamente, con la legge delega n. 2781/1875, si procedette ad elaborare una riforma per la difesa dello Stato nei giudizi civili. E con il R.D. n. 2194/1876 fu emanato il regolamento di attuazione che è considerato l'atto di nascita dell'Avvocatura dello Stato, denominata all'epoca Regia Avvocatura Erariale, suddivisa in origine in otto Sezioni. L'art.1 del cit. decreto prevedeva infatti che "le difese e le consultazioni legali per le Amministrazioni dello Stato venissero affidate in via esclusiva agli Uffici dei Regi Avvocati Erariali". Nello specifico, gli Uffici dei Regi Avvocati Erariali avevano la rappresentanza e difesa diretta delle Amministrazioni in giudizio ed erano dotati di un potere di direzione-consultazione delle Amministrazioni.⁹

Se con il R.D. n. 1483/1930, la denominazione di Avvocatura Erariale fu cambiata in "Avvocatura dello Stato", con il R.D. n. 2/1931, transitò dal Ministero delle Finanze alle dirette

dipendenze del Presidente del Consiglio dei Ministri. Infine, il R.D. n. 1611/1933 riunì tutte le disposizioni normative che riguardavano la rappresentanza e la difesa dello Stato in giudizio, ed il R.D. n. 1612 dello stesso anno ne regolamentò l'attuazione.

2. IL VOLTO ATTUALE DELL'AVVOCATURA DELLO STATO

Oggi, l'Avvocatura dello Stato – che è Ente ausiliario dello Stato e di determinati altri Enti¹⁰ e/o Amministrazioni¹¹-, ed anche a seguito delle disposizioni di cui alla L. n. 103/1979, consiste in un "pool" di giuristi specializzati che assicura "la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo" dinanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede. Gli uffici sono costituiti da una "avvocatura generale", con sede in Roma, e dalle singole avvocature distrettuali che "hanno sede in ciascun capoluogo di regione" e, comunque, in ogni sede di Corte di appello. Le diramazioni territoriali provvedono quindi alla rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni nelle rispettive circoscrizioni (art. 9 della l. n. 103/79¹²).

L'Avvocatura tutela, in sede giudiziaria, gli interessi patrimoniali e non patrimoniali dello Stato e di altri Enti ammessi al patrocinio (obbligatorio o facoltativo), ai quali presta pure la propria consulenza senza limiti di materia. L'Avvocatura, quindi, svolge da una parte attività contenziosa, perché rappresenta e difende in giudizio l'Amministrazione Statale in tutte le sue articolazioni, e dall'altra

⁵ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, III, Firenze, 1879.

⁶ Cfr. A. BRUNI - G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, Padova, 2011.

⁷ Cfr. R.D. n. 915/1862

⁸ Cfr. F. MENESTRINA, *L'Avvocatura dello Stato in Italia ed all'estero*, in *Rivista dir. Processuale*, 1931, 204.

⁹ Cfr. I. F. CARAMAZZA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in *Rass. Avv. St.*, 2012.

¹⁰ Sul tema degli altri Enti si veda: M. CAPPAL, *Riflessioni sulle possibili relazioni tra potere di segnalazione e legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: esiste un collegamento tra gli articoli 21 e 21 bis della legge 287/1990?*, in *Federalismi.it*, 2013, 24; M. ANTONIOLI, *La rappresentanza in giudizio dell'Autorità e le amministrazioni indipendenti dopo la legge Antitrust*, in

Riv. trim. dir. pubbl., 1995; A. MEZZOTERO – M. V. LUMETTI, *Il Patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sent. 25 marzo 2009 n. 190, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, sent. 6 maggio 2009 n. 4649)*, *Rass. Avv. St.*, 2009; A. CRISMANI – M. CROCE – L.K. GERGIC – E. GIARDINA – G. TOMMASINI, *Il contenzioso di Ateneo*, A. CRISMANI (a cura di), Napoli, 2025.

¹¹ Cfr. M. GERARDO, *I soggetti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato. Regime giuridico e ricognizione degli enti patrocinati*, in *Rass. Avv. St.*, n. 3., 2019.

¹² Attualmente esistono 25 Avvocature Distrettuali che hanno sede in ciascun capoluogo di regione e, comunque, dove siano istituite sedi di corte d'appello.

attività consultiva, perché presta la propria consulenza ai medesimi soggetti.

Rispetto ai sistemi adottati in altri paesi, nell'ordinamento italiano la tutela legale degli interessi, patrimoniali e non patrimoniali dello Stato, è istituzionalmente attribuita ad un corpo di giuristi specializzati, chiamato a svolgere la sua attività quando la cura dell'interesse pubblico – nelle forme del diritto comune e nell'esercizio di potestà – richieda di promuovere o sostenere una controversia giudiziaria, ovvero comporti l'adozione di una determinazione che implichi l'applicazione di regole giuridiche.¹³

I suoi Uffici, posti sotto l'immediata direzione dell'Avvocato Generale, dipendono dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, ma tale gerarchia c.d. "esterna" non interferisce sull'autonomia tecnico-professionale dell'Istituto; l'Avvocatura dialoga infatti direttamente con le Amministrazioni, che sono tenute a fornire i chiarimenti, le notizie ed i documenti necessari per l'esercizio delle competenze che l'ordinamento attribuisce loro¹⁴.

L'Avvocatura dello Stato svolge attività consultiva e svolge attività di rappresentanza, patrocinio ed assistenza in giudizio in virtù di quanto previsto dal T.U. n. 1611 del 30 ottobre 1933, con le modalità previste dal relativo Regolamento approvato con R.D. n. 1612/1933 in favore delle Amministrazioni dello Stato, (talvolta) delle Regioni nonché di vari Enti pubblici.

Il patrocinio può essere cd. obbligatorio¹⁵, può essere cd. autorizzato¹⁶, nel caso di affidamento da parte di altre Amministrazioni pubbliche non statali e di Enti pubblici, e può essere ancora cd. speciale¹⁷, quando si tratta della difesa delle Regioni.

Il patrocinio cd. obbligatorio è un regime processuale esclusivo di assistenza legale e di

patrocinio, connotato da norme imperative ed inderogabili, che trova le sue caratteristiche nel "mandato ex lege"¹⁸, nel cd. principio del foro erariale¹⁹ e nell'applicazione di regole speciali sulla notificazione degli atti processuali²⁰.

Lo *ius postulandi* dell'Avvocatura dello Stato è considerato organico, obbligatorio ed esclusivo. L'organicità comporta che gli Avvocati dello Stato esercitino le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede, derivante direttamente dalla legge, non avendo bisogno di alcun mandato speciale, essendo sufficiente che risulti esclusivamente la loro qualità. Questo rapporto di organicità impedisce al Giudice di indagare sull'esistenza o meno dell'incarico attribuito dall'Amministrazione all'Avvocatura dello Stato, ed inoltre la deliberazione dell'organo statale legittimato a promuovere la lite o resistere resta un mero atto interno, privo di alcuna rilevanza processuale e potrà far nascere, in caso di violazione delle direttive impartite all'avvocatura dall'organo statale titolare della *legitimitatio ad processum*, una responsabilità disciplinare e/o amministrativa in capo al singolo Avvocato dello Stato per danni erariali eventualmente cagionati, ma non produrrà mai alcun effetto invalidante sul processo.²¹ L'obbligatorietà del patrocinio non ammette alcuna deroga, se non in casi tassativamente previsti²², e l'esclusività comporta l'impossibilità per l'Amministrazione di affidare la difesa legale, congiuntamente o alternativamente, a patrocinatore diverso dalla difesa erariale.²³

L'Avvocatura dello Stato può essere autorizzata ad assumere la rappresentanza e difesa anche di altre Amministrazioni pubbliche non statali e di Enti pubblici, così come disposto dall'art.43 T.U. n. 1611/1933. La *condicio sine qua non* per l'esercizio di questo patrocinio cd. autorizzato²⁴ è l'esistenza

¹³ Cfr. G. PALMIERI SANDULLI, *La difesa del Governo italiano nel Contenzioso Internazionale ed Europeo*, Rass. Avv. St., 2022.

¹⁴ Cfr. Enciclopedia Treccani, Vol. 1, pag. 843; nonché Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Il Sole 24 ore, pag. 308.

¹⁵ Cfr. Art.1 T.U. n. 1611/1933.

¹⁶ Cfr. Art. 43 T.U. 1611/1933.

¹⁷ Cfr. Art. 1 R.D. n.1611/1933 ed Art.107 D.P.R. n. 616/1977.

¹⁸ Cfr. CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, n. 1/1997.

¹⁹ Cfr. Art. 6 R.D. n. 1611/1933; CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III, n. 5174/1997.

²⁰ Cfr. Art. 11 R.D. n. 1611/1933; Art. 144 c.p.c.

²¹ Cfr. A. BRUNI - G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, Padova, 2011.

²² Cfr. Art. 5 R.D. n. 1611/1933.

²³ Cfr. M. GERARDO, *I soggetti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato. Regime giuridico e ricognizione degli enti patrocinati*, in Rass. Avv. St., n. 3., 2019.

²⁴ Sul patrocinio autorizzato si veda diffusamente L. MAZZELLA, *Il Patrocinio Autorizzato*, Rass. Avv. St., 1999; A. MEZZOTERO – M. V. LUMETTI, *Il Patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria,*

di un provvedimento di autorizzazione che provenga da disposizioni di legge, da un regolamento o da altro provvedimento approvato con Regio Decreto (ovvero con D.P.R.). Nel momento in cui interviene tale provvedimento, la difesa e la rappresentanza sono assunte dall'Avvocatura dello Stato in maniera organica ed esclusiva e, fatta salva l'ipotesi di un conflitto, si applicano le medesime regole previste per il patrocinio obbligatorio²⁵.

In aggiunta al patrocinio obbligatorio delle Amministrazioni dello Stato ed al patrocinio autorizzato degli enti diversi dallo Stato, l'ordinamento contempla anche il c.d. patrocinio

“speciale” delle Regioni a statuto ordinario e di quelle a statuto speciale. Il patrocinio delle Regioni da parte dell'Avvocatura dello Stato deve essere però differenziato in tre forme: obbligatorio, facoltativo e sistematico.²⁶

Il patrocinio obbligatorio è previsto per le Regioni a Statuto Speciale, in estensione dal modello statale alle singole leggi regionali; per patrocinio facoltativo si intende quello costituito per le Regioni a statuto ordinario ex art.107, comma 3, D.P.R. n. 616/1977; per patrocinio sistematico si fa riferimento invece a quello regolato, sempre per le Regioni a Statuto Ordinario, dall'art.10 L. n. 103/1979, in virtù del quale è possibile l'estensione all'Amministrazione regionale di tutte le funzioni esercitate dall'Avvocatura dello Stato in favore delle Amministrazioni statali, in forza di una determinazione della singola Regione²⁷.

3. LA FUNZIONE CONSULTIVA: QUESTIONI E PRASSI

sent. 25 marzo 2009 n. 190, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, sent. 6 maggio 2009 n. 4649), Rass. Avv. St., 2009.

²⁵ Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, n. 5183/1993.

²⁶ Cfr. E. ZECCA, *Rappresentanza e difesa in giudizio della pubblica amministrazione*, Enciclopedia del Diritto, 1987.

²⁷ Per un'analisi approfondita sul tema si rinvia a: G. ALBENZIO, *Il patrocinio delle regioni da parte dell'avvocatura dello Stato: nuove forme e strutture*, in Rass. Avv. St., 1989; nonché a A. MEZZOTERO – M. V. LUMETTI, *Il Patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo* (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sent. 25 marzo 2009 n. 190, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, sent. 6 maggio 2009 n. 4649), Rass. Avv. St., 2009.

²⁸ Cfr. Art.13 R.D. n.1611/1933.

Oltre alla difesa e rappresentanza in giudizio, e dunque allo svolgimento della funzione contenziosa, l'Avvocatura dello Stato svolge una altrettanto importante (ma spesso meno valorizzata) funzione consultiva, prevista e disciplinata dall'art. 13 R.D. n. 1611/1933. Questa funzione viene considerata la seconda anima – spesso posta in secondo piano ma in realtà funzione amministrativa cruciale – dell'Avvocatura dello Stato, perché consiste in una forma di assistenza tecnica complementare alla rappresentanza e difesa in giudizio degli Enti patrocinati e comprende qualsiasi intervento e/o iniziativa non inquadrabile all'interno della tutela legale contenziosa *stricto sensu*.

La previsione normativa che disciplina la funzione consultiva dell'Avvocatura prevede che: *"L'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predisporre transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio"*²⁸. Vi sono poi numerose altre leggi speciali²⁹, generalmente di fonte primaria, che prevedono la pronuncia di pareri da parte dell'Avvocatura³⁰.

Il parere dell'Avvocatura dello Stato di regola è facoltativo, in quanto la sua adozione non può prescindere dalla volontà dell'organo dell'Amministrazione che si è attivata; può essere obbligatorio soltanto nei casi in cui è espressamente previsto dalla legge, ovvero in caso di acquisizione

²⁹ Cfr. PARERE CO.CO., prot. n. 396900 del 9 settembre 2015.

³⁰ Cfr. CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, n. 524/2010, che tra l'altro stabilisce l'autonoma impugnabilità del parere dell'Avvocatura dello Stato quando pone in essere attività consultiva all'interno di un procedimento amministrativo: *"Il parere espresso dall'Avvocatura Distrettuale Stato in ordine alla adottabilità di un provvedimento amministrativo (nella fattispecie proroga della permanenza in servizio di un docente oltre il 70° anno) è atto di natura consultiva che assolve funzione preparatoria e servente rispetto alla statuizione adottata dall'amministrazione e che, pertanto, può formare oggetto di contestazione in sede di impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento senza onere di chiamata dell'organo che in esso è intervenuto in funzione consultiva."*

necessitata e non rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione, mediante un sub-procedimento per la preparazione dell'atto finale dell'*iter* che spetta all'Ente consultante. In ogni caso la competenza ad emanare pareri è affidata all'Ufficio territorialmente competente in relazione alla circoscrizione dell'Ente

richiedente.³¹

È da evidenziare che la consulenza che l'Avvocatura dello Stato presta, senza limiti di materia, in favore dell'Amministrazione Statale e degli Enti ammessi al patrocinio prescinde dal collegamento con situazioni potenzialmente o attualmente litigiose, spaziando dalle consultazioni legali all'esame di progetti di legge, regolamenti o capitoli, alla predisposizione ed all'esame di contratti e transazioni, al parere sui provvedimenti da adottare in ordine a questioni da definire in via amministrativa.

La funzione consultiva, infatti, è svolta, non solo e non tanto, nell'interesse particolare dell'organismo che se ne avvale (ad esempio, per prevenire una lite), ma anche al fine di garantire l'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa e, dunque, in ultima analisi contribuendo a realizzare la "giustizia nell'amministrazione" (art. 100 Cost.).

Vi è però una differenza sostanziale tra i pareri obbligatori, di natura tecnico-giuridica e che comportano la formulazione di un giudizio, ed i pareri facoltativi, con meri scopi di informazione, che hanno il precipuo fine di orientare l'opinione da parte degli organi esterni. Ciò nonostante, la facoltatività del parere viene comunque ridimensionata dal canone della buona amministrazione, avendo sempre priorità i principi di efficienza e di imparzialità della Pubblica Amministrazione, sicché l'attività consultiva facoltativa si trasforma in "quasi obbligatoria" per via dell'investitura dell'Avvocatura ogni volta che vi sia un dubbio giuridico rilevante³².

L'Amministrazione richiedente può comunque disattendere il parere fornito dall'Avvocatura dello Stato, sia esso facoltativo od obbligatorio, fermo restando che, in questo caso, vi sia una comprovata esigenza e vi sia una motivazione piuttosto rilevante che possa giustificare il dissenso³³.

All'interno dell'Ordinamento statale, nell'ambito della funzione di assistenza consultiva delle Amministrazioni, si affianca, all'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato, alternativamente o in concorrenza. Le due attività si distinguono nettamente³⁴, infatti la funzione consultiva svolta dal Consiglio di Stato³⁵ non è espletabile quando possa in qualche modo incidere su un contenzioso in atto, perché in tal caso potrebbe interferire con l'attività giurisdizionale e ledere i principi di terzietà del Giudice e di parità delle parti. È infatti doveroso evidenziare che il Consiglio di Stato emana il proprio parere solo ed esclusivamente sull'interpretazione della legge e su questioni di massima, essendo organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento³⁶. Proprio questa sua inopinabile terzietà, fa sì che il Consiglio di Stato e la sua attività consultiva non sono destinati a supportare le scelte dell'Amministrazione ogni volta che lo richieda, a propria discrezione. Infatti, questa attività consultiva, che, occorre chiarire viene svolta nell'interesse dell'Amministrazione richiedente e non dell'ordinamento in sé, è quella propria dell'Avvocatura dello Stato.³⁷

È stato, a tal proposito, rilevato che sia l'esegesi letterale sia quella storico-sistematica sono concordi nel qualificare l'attività del Consiglio di Stato, in quanto "consulenza giuridico-amministrativa" (e non "giuridica ed amministrativa"), originariamente prestata in prò del Monarca assoluto, come cd. ausilio di merito, e l'attività dell'Avvocatura, in quanto "consulenza legale" sin dall'origine data ad un organo esecutivo soggetto a quello giudiziario, come cd. consiglio di legittimità.³⁸

³¹ Cfr. A. MEZZOTERO – D. ROMEI, *Il Patrocinio delle Pubbliche Amministrazioni*, CSA Editrice, Milano, 2016.

³² Cfr. P. SACCHETTO, *Imparzialità ed efficienza nell'attività consultiva*, in *Rass. Adv. St.*, 2015.

³³ Cfr. Enciclopedia del diritto, pag. 312.

³⁴ Cfr. *ex multis* CONSIGLIO DI STATO, Sez. II, n.129/1997; id., n. 269/2000; id., n. 576/2000; id., n.2395/2008; id., n. 3857/2012.

³⁵ Cfr. Art. 4 R.D. n.1054/1924.

³⁶ Cfr. CONSIGLIO DI STATO., att. norm., 25 settembre 2002, n. 2994; id., sez. II, 12 novembre 2003, n. 1855.

³⁷ Cfr. A. MEZZOTERO – D. ROMEI, *Il Patrocinio delle Pubbliche Amministrazioni*, CSA, Milano, 2016.

³⁸ Cfr. S. VARVESI, *La funzione consultiva dell'Avvocatura dello Stato*, R.Av.S, 1948, nn. 11-12, 1 ss.

In sostanza, la funzione consultiva svolta dall'Avvocatura dello Stato ha il precipuo fine di garantire la legalità e la correttezza dell'azione amministrativa³⁹, in un'ottica di collaborazione con l'Amministrazione⁴⁰.

In tale prospettiva riveste particolare importanza la questione dell'accessibilità dei pareri – quindi nell'ambito della funzione consultiva – forniti dall'Avvocatura dello Stato alle Amministrazioni che ne abbiano fatto richiesta. Più precisamente, occorre interrogarsi se i pareri dell'Avvocatura sottostanno ai principi generali e alla disciplina dell'accesso agli atti della L. n. 241/1990 ovvero se sono estranei a tale normativa. Com'è noto, la disciplina dell'accesso⁴¹ è da intendersi come principio chiave dell'*agere* amministrativo, inteso come perseguimento dell'interesse pubblico, proiettato in quella cd. casa di vetro⁴². Partendo dalle eccezioni all'accessibilità degli atti che sono previste esplicitamente dalla legge, è da comprendere se tali pareri siano coperti dal cd. segreto professionale e quindi rientrino nell'art. 24, comma 1, della L. n. 241/1990: “è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione

altrimenti previsti dall'ordinamento”. A dire il vero, l'art. 2 del DPCM n. 200/1996⁴³, prevede che “ai sensi dell'art. 24, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)”.

Emerge quindi l'enorme dibattito sulla cd. segretezza amministrativa, sia in termini sostanziali⁴⁴ sia in termini processuali, ed anche lo storico *impasse* tra il diritto di difesa e la tutela alla segretezza nel giudizio amministrativo⁴⁵.

Orbene, la questione viene risolta in forza del principio generale secondo cui occorre distinguere l'attività consultiva in relazione a contenziosi – per i quali la disciplina dell'accesso non si applica – e l'attività consultiva che rappresenta un passaggio procedimentale istruttorio per poi confluire nel provvedimento finale adottato. Solo i pareri erogati nella prima accezione devono ritenersi non accessibili in virtù non della natura dell'atto, bensì della

³⁹ Sui principi dell'azione amministrativa si veda diffusamente: R. CARIDÀ, *Principi Costituzionali e Pubblica Amministrazione*, www.consultaonline.it, 2017; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Giappichelli Editore, Torino, 2005; M. OCCHIANA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA-F. SAITTA, (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012; M. R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M. A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, 1973; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967; R. ROLLI-F. LUCIANI, *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Esi, Napoli, 2008; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAITTA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012; L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e Regole dell'Azione amministrativa*, cit.; A. BARBERA, *Il Buon Andamento dell'azione amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2016; S. CASSESE, *Il diritto alla buona Amministrazione*, *Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna*, Barcellona, 2009; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la supposta tensione con l'imparzialità*, *Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Studi in onore di Alberto Roma*, Napoli, 2014; V. CAPUTI JAMBERGHI, *Buon Andamento dei Pubblici Uffici e Garanzie Costituzionali degli Interessi coinvolti*,

www.giustamm.it, 2014; M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012; M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e Regole dell'Azione amministrativa*, cit.

⁴⁰ Cfr. L. MEZZETTI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2008.

⁴¹ Sull'accesso si veda diffusamente: M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano, 2000; M. OCCHIANA, *I diritti di accesso dopo la l. n. 241/1990*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005; B. G. MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005; A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007; F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, federalismi.it, 2019.

⁴² Cfr. F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908*, Roma, 1908 (fu il primo a voler intendere la pubblica amministrazione, in chiave di trasparenza, come una “casa di vetro”).

⁴³ Denominato “Regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso”.

⁴⁴ Sul tema si rinvia a G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, 1983-1984.

⁴⁵ Per una disamina approfondita del tema si rinvia a S. TRANQUILLI, *Il segreto in giudizio. Contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Napoli, 2023.

funzione che l'atto svolge nell'azione amministrativa e che quindi giustifica la segretezza⁴⁶.

Tale principio è stato in più occasioni ribadito e rimarcato dalla giurisprudenza. Addirittura, i Giudici di Palazzo Spada nel 2010 hanno tipizzato le ipotesi nelle quali il diritto di accesso debba ritenersi escluso, consolidando l'orientamento in materia⁴⁷: *“il diritto di accesso è escluso: a) con riferimento agli atti defensionali; b) con riferimento ai pareri resi da legali: dopo l'avvio di un procedimento contenzioso; dopo l'avvio di un eventuale procedimento precontenzioso; nella fase intermedia successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio di un eventuale procedimento precontenzioso, come allorquando venga richiesta all'Amministrazione l'adozione di comportamenti materiali, giuridici o provvedimenti, finalizzati a porre rimedio ad una situazione che si assume illegittima o illecita. Il diritto di accesso deve essere, viceversa, riconosciuto con riferimento ai pareri richiesti nell'ambito dell'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento amministrativo*⁴⁸”. Da ultimo, si segnala anche la giurisprudenza di merito, nel novero dei pareri dell'Avvocatura dello Stato strettamente legali, ritiene in sintesi che quelli sottratti all'accesso siano i pareri che attengono alle tesi difensive relative ad un procedimento giurisdizionale – cioè quando i pareri legali vengono redatti dopo l'inizio di una controversia giurisdizionale – o ad una fase precontenziosa o ad una lite eventuale, che definiscono una strategia difensiva e/o la condotta processuale dell'Amministrazione di riferimento da

assumere nella controversia giurisdizionale già instaurata ovvero nella futura, eventuale o probabile lite giudiziaria, che il soggetto leso attiverà.⁴⁹ La segretezza, come sottolineato anche da giurisprudenza di merito⁵⁰, si estende addirittura in caso di parere per un accordo transattivo, in quanto rientra in quel cd. contenitore generale della consulenza giuridico-legale esclusiva dell'Avvocatura dello Stato, e di conseguenza viene protetto alla stregua del principio di salvaguardia della strategia difensiva, tra riservatezza e segreto professionale.⁵¹

Si tratta quindi del classico bilanciamento tra trasparenza e segretezza, tra trasparenza e privacy, non passabile di una generalizzazione ma che va di volta in volta calato nella fattispecie concreta per poter offrire una soluzione *ad hoc*.

A livello tecnico, poi, l'importanza assunta oggi dall'attività consultiva è strettamente collegata con la complessità degli apparati organizzativi che lo Stato moderno è andato istituendo. Appare infatti evidente che anche l'attività consultiva – pur essendo di per sé tipicamente strumentale e conoscitiva⁵² – va collocata in un più ampio contesto. L'Avvocatura può, e deve, porsi come struttura tecnica essenziale in posizione strumentale rispetto alle decisioni del potere politico⁵³, centrale o regionale, capace di gestire norme emanate dai legislatori nella prospettiva del pubblico interesse generale. Difatti, tale distinzione di ruolo tra Avvocatura e Amministrazione, costituisce il fulcro della funzione consultiva, tanto più autorevolmente

⁴⁶ Cfr. A. MEZZOTERO – D. ROMEI, *Il Patrocinio delle Pubbliche Amministrazioni*, CSA Editrice, Milano, 2016; N. SAITTA, *L'accesso ai pareri legali tra segreto professionale e trasparenza amministrativa*, www.lexitalia.it, 2008.

⁴⁷ Cfr. *ex multis* CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, n. 3119/2008; CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, n. 1893/2001. CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, n. 513/2001; CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, n. 5105/2000.

⁴⁸ Cfr. CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, n. 7237/2010.

⁴⁹ Cfr. TAR LAZIO, n. 92449/2023.

⁵⁰ Cfr. TAR LAZIO, Sez. I, n. 11472/2024.

⁵¹ Per gentile concessione dell'autore A. MEZZOTERO, riedizione de A. MEZZOTERO – D. ROMEI, *Il patrocinio delle pubbliche amministrazioni*, SA Editrice, Milano, 2016, in corso di pubblicazione.

⁵² Sul punto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 562, che ha qualificato come organo consultivo “qualunque organo o soggetto al quale l'ordinamento conferisce una funzione consultiva”.

⁵³ Sulla separazione fra politica ed amministrazione si veda diffusamente: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della*

pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1966; A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella Pubblica Amministrazione*, Padova, 1973; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1983; A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislative della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di “autonomia strumentale” tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2003; G. D'ALESSIO, *La disciplina normativa della dirigenza pubblica e i rapporti tra politica e amministrazione*, in *“La classe dirigente pubblica. Ruoli di governo e capacità amministrativa”*, Ediesse, Roma, 2013; S. BATTINI, *La separazione fra politica ed amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, G. GARDINI (a cura di), Quaderni della Spisa, Bologna, 2012; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian Style”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019.

esercitabile dall'Avvocatura quanto più essa è estranea all'esercizio del potere pubblico.⁵⁴ Infatti, nonostante l'Avvocatura sia posta alle dipendenze della Presidenza del Consiglio dei Ministri, tale dipendenza non deve essere intesa in senso proprio, quale sotto-ordinazione, in quanto l'Avvocatura oltre a disporre di una propria struttura autonoma, è dotata di peculiari funzioni e compiti. La dipendenza a cui fa riferimento l'art. 17 R.D. n. 1611/1933, deve essere intesa come mero potere di organizzazione dell'Istituto – in termini di nomina –, insieme ad un potere generale di vigilanza sull'attività posta in essere.⁵⁵ Ma l'Avvocatura ha piena autonomia funzionale, amministrativa e contabile.⁵⁶

Tale questione ben si inserisce nel dibattito storico-dottrinale che ha interessato l'Avvocatura dello Stato e la sua mancata esplicitazione all'interno della Carta costituzionale. La questione appare particolarmente delicata.

L'assenza dell'Avvocatura dello Stato in Costituzione sembrerebbe essere dovuta ad una iniziale difficoltà di inquadramento sistematico⁵⁷, non potendo questa essere ricompresa tra gli organi amministrativi, né tra quelli giurisdizionali: si è detto

“ha una natura ibrida”.⁵⁸ A tale difficoltà e/o “svista” da parte dei padri costituenti si era inteso porre rimedio attraverso il progetto di riforma della Carta Fondamentale, predisposto dalla cd. Commissione Bicamerale⁵⁹, il quale prevedeva la costituzionalizzazione delle “*funzioni di rappresentanza, patrocinio e assistenza svolte dall'Avvocatura dello Stato in favore delle Amministrazioni dello Stato*”⁶⁰, rinviando alla legge ordinaria per la definizione degli altri compiti assegnati a tale istituzione. Secondo la dottrina prevalente⁶¹, stante la mancanza in Costituzione, l'Avvocatura dello Stato deve essere considerata come Organo ausiliare del Governo⁶², alla stregua degli altri ricompresi negli artt. 99 e 100 Cost., in virtù del ruolo di primaria importanza all'interno dell'apparato di governo ed amministrativo dello Stato, ed in quanto tale appare opportuno riconoscere la sua natura di organo di rilevanza costituzionale⁶³.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi svolta consente di trarre alcune riflessioni conclusive di ordine sistematico circa il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nell'ordinamento italiano. Pur in assenza di un riconoscimento espresso nel dettato costituzionale – lacuna già rilevata in

⁵⁴ Cfr. I. F. CARAMAZZA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in Rass. Avv. St., 2012.

⁵⁵ Cfr. A. MEZZOTERO – D. ROMEI, *Il Patrocinio delle Pubbliche Amministrazioni*, CSA Editrice, Milano, 2016.

⁵⁶ Cfr. P.G. FERRI, *Avvocatura dello Stato*, in *Enc. Giur. Trec.*, 1988; P. PAVONE, *Lo Stato in Giudizio. Enti pubblici ed Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002; A. BRUNI – G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, UTET Giuridica, 2011.

⁵⁷ Nell'ambito dei lavori dell'Assemblea Costituente, il 27 gennaio 1947 la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione discusse sull'Avvocatura generale dello Stato e sulle Corti d'assise: G. Ambrosini propose un articolo sulla Avvocatura generale dello Stato, così formulato: “*L'Avvocatura dello Stato provvede alla consulenza legale e alla difesa in giudizio dello Stato e degli altri enti indicati dalla legge anche davanti alla Corte costituzionale. Agli avvocati e procuratori dello Stato competono garanzie adeguate per assicurarne l'indipendenza nell'esercizio della loro funzione*”. C. Farini replicò che l'articolo non potesse essere preso in esame dalla Sezione, in quanto l'Avvocatura dello Stato non poteva considerarsi un organo del potere giudiziario, bensì uno speciale organo di cui lo Stato si serve per la sua difesa, in confronto di terzi, in caso di controversie di carattere giudiziario. Non crede che dell'istituto si debba far cenno nella Carta costituzionale; tutt'al più si potrebbe semplicemente dire che all'Avvocatura generale sarà affidata la difesa in giudizio degli interessi dello Stato. G. Cappi, concordando con le osservazioni dell'onorevole Farini, propose di aggiungere un'appendice all'ultimo articolo riguardante la Corte costituzionale, così formulato: “*Avanti alla Corte*

costituzionale la rappresentanza dello Stato è affidata all'Avvocatura generale”. F. Targetti affermò il parere contrario a che la Sezione si occupi della questione della Avvocatura dello Stato, in quanto tale istituto non ha nulla a che vedere con il potere giudiziario, che costituisce l'oggetto del suo mandato. Il Presidente G. Conti precisò che risultava necessario che la Sezione approvasse un articolo sull'Avvocatura dello Stato, affidando poi al Comitato di redazione il compito di trovargli adeguato posto nella Costituzione e l'elaborazione di una nozione dell'istituto per la difesa dello Stato avanti a tutte le giurisdizioni e quindi anche avanti alla Corte Suprema costituzionale. Si pose pertanto in votazione la pregiudiziale che si debba inserire nella Carta costituzionale un articolo riguardante l'Avvocatura dello Stato avvertendo poi che l'articolo proposto dall'onorevole G. Ambrosini sarà trasmesso al Comitato di redazione. Questo tentativo però non ebbe il proseguimento sperato.

⁵⁸ Cfr. P. PAVONE, *Lo Stato in Giudizio. Enti pubblici ed Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002.

⁵⁹ Cfr. L. COST. n. 1 del 24/01/1997.

⁶⁰ Cfr. Atto Camera 3931 – A; Atto Senato 2683 – A.

⁶¹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967; A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984.

⁶² Cfr. P. G. FERRI, *Avvocatura dello Stato*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1 ss., 1988; T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2000; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

⁶³ Per tutti, si vedano gli scritti per il centenario dell'Avvocatura raccolti in AA.VV., *L'avvocatura dello Stato*, Roma, 1976.

dottrina e da tempo oggetto di dibattito politico-istituzionale – l'Avvocatura si è progressivamente affermata come organo ausiliario di primaria rilevanza funzionale, integrato nella Costituzione materiale della Repubblica.

In virtù di ciò, pur scontando l'assenza di un chiaro inquadramento costituzionale, sembra davvero difficile considerare l'Avvocatura dello Stato come un organo "claudicante": è ormai emersa la sua rilevanza quale attore strutturale nel sistema di legalità dell'Amministrazione pubblica. L'Avvocatura, come autorevolmente affermato, *"occupa un posto ben preciso nella costituzione materiale della Repubblica con riferimento alla molteplicità ed alla natura dei soggetti ausiliati, così come alle funzioni ad essa commesse ed alle modalità istituzionali di assolvimento di tali funzioni, essendo chiamata ad esercitare, accanto alla contingente funzione di assistenza del soggetto pubblico, una immanente funzione di giustizia nel sistema unitario e indivisibile dello Stato-ordinamento"*⁶⁴.

L'Avvocatura, infatti, esercita una funzione che va ben oltre il mero patrocinio in giudizio: essa incarna una garanzia di legalità e razionalità dell'azione amministrativa e dell'interesse pubblico⁶⁵, anche attraverso la sua dimensione consultiva.

Quest'ultima, troppo spesso considerata ancillare rispetto all'attività contenziosa, rappresenta in realtà un presidio tecnico-giuridico di fondamentale importanza. La consulenza fornita dall'Avvocatura dello Stato consente di prevenire il contenzioso, di orientare le scelte amministrative nel rispetto dei principi costituzionali e di assicurare una coerenza sistemica tra le norme di rango primario e secondario. L'attività consultiva si pone, quindi, come momento qualificante dell'azione amministrativa, volto non solo alla difesa dell'interesse particolare dell'Amministrazione richiedente, ma anche alla salvaguardia dell'interesse generale alla conformità dell'azione pubblica al diritto, anche in termini di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Nel contesto odierno, l'Avvocatura emerge come una struttura dotata di competenza tecnica, autonomia funzionale e autorevolezza istituzionale, capace di svolgere un ruolo di mediazione qualificata tra il diritto vivente, l'esercizio del potere amministrativo e l'evoluzione giurisprudenziale. La peculiarità della sua posizione, a cavallo tra funzione amministrativa e giurisdizionale, costituisce il fulcro del dibattito sulla sua mancata costituzionalizzazione: una condizione che appare oggi sempre meno giustificabile alla luce del contributo essenziale che l'Istituto fornisce alla salvaguardia dell'equilibrio tra legalità e discrezionalità amministrativa.

In sostanza, l'Avvocatura dello Stato rappresenta, per studiosi e operatori, un osservatorio privilegiato delle problematiche che interessano lo Stato quale entità giuridica, fornendo una visione completa che spazia dalla vita interna (grazie all'attività consultiva) alla vita esterna (grazie all'attività contenziosa) dell'Amministrazione, in un'ottica di trattazione integrale e interdisciplinare.

Alla luce di ciò, appare auspicabile un ripensamento sistematico del ruolo dell'Avvocatura dello Stato, in direzione di un riconoscimento esplicito e formale del suo *status* costituzionale, quale organo ausiliario del Governo, ma anche garante della corretta applicazione del diritto nell'Amministrazione. Un simile approdo risponderebbe all'esigenza di valorizzarne il ruolo istituzionale anche nella sua attività di mediazione e consulenza nei confronti dell'Amministrazione. Mancata valorizzazione della sua attività di consulenza "silenziosa" che pur non compromettendone il funzionamento, rischia comunque di sminuire, sul piano formale, il ruolo che, nei fatti, si presenta come essenziale per il buon andamento, la trasparenza e la legittimità dell'*agere* pubblico specialmente nella prospettiva della deflazione del contenzioso tra soggetti pubblici.

⁶⁴ Cfr. I. F. CARAMAZZA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in *Rass. Adv. St.*, 2012.

⁶⁵ Cfr. Codice Etico dell'Avvocatura dello Stato, *Deliberazione del Comitato nazionale dell'Associazione Unitaria degli avvocati e procuratori dello Stato del 5 maggio 1994 e modifiche della Giunta e del*

Comitato Nazionale dell'Associazione ex art. 54 del T.U. 165 del 2001 come modificato dalla legge n. 190 del 2012 - Deliberazione del Comitato direttivo dell'Associazione Nazionale Avvocati e Procuratori dello Stato del 12 luglio 2013.

L'INTERVENTO DI TERZI NEL PROCEDIMENTO CIVILE SOSPESO IN SEGUITO ALLA PROPOSIZIONE DI UN RINVIO PREGIUDIZIALE: VERSO UN DEFINITIVO CAMBIO DI APPROCCIO?

di **Maria Giovanna DI GIOVANNI***

ABSTRACT

Il lavoro prende le mosse dall'ordinanza del 25 marzo 2025 con cui la Corte di appello di Cagliari, in un procedimento avente ad oggetto la disamina degli effetti da trarre da una decisione della Commissione europea in materia antitrust, ha disposto la comunicazione alla Corte di giustizia dell'Unione europea degli atti e dell'informazione della presenza di una nuova "parte" intervenuta nel processo nazionale sospeso dopo l'attivazione del rinvio, di fatto abilitandola alla partecipazione al procedimento pregiudiziale.

SOMMARIO

1. Premessa	81
2. Le ragioni dell'esclusione di un generale potere di intervento nei procedimenti pregiudiziali.....	82
3. Le regole processuali nazionali relative alla gestione del procedimento sospeso e l'interpretazione risultante da una certa giurisprudenza della corte di cassazione	83
4. Il differente orientamento risultante dalla giurisprudenza amministrativa ...	84
5. I nuovi orientamenti della giurisprudenza civile di merito	85
6. Conclusioni	86

* Dottoressa in giurisprudenza, Avvocato.

¹ Sulla ricostruzione dell'istituto dell'intervento di terzi nei procedimenti diretti si rinvia a M. LATERZA, *Il ruolo delle parti diverse da quelle principali nel processo davanti al giudice dell'Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i Trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 199 ss.. Sulla qualificazione dell'interesse v. C.G.U.E. (ord.), 31 maggio 2022, C-698/21 P, *Naturgy Energy Group c. Commissione*, punto 7; (ord.), 6 novembre 2023, C-249/23 P, *ClientEarth c. Commissione*, punto 6. Per una disamina, invece, delle regole procedurali attraverso cui esperire l'intervento v. A. MAFFEO, *Le regole "orizzontali" generali*, in R. MASTROIANNI (a cura di) *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 360 ss.

² Per una ricostruzione delle ragioni da cui trarre l'esclusione della possibilità dell'intervento di terzi si rinvia a M. CONDINANZI, *La partecipazione al pregiudiziale: tertium non datur*, in *Riv. contenzioso europeo*, 1, 2023, p. 1 ss.

1. PREMESSA

A differenza di quanto accade con riferimento ai "ricorsi diretti", in cui, ai sensi dell'art. 40 dello Statuto della Corte, ogni soggetto privato che dimostri di possedere uno specifico interesse¹, può utilmente esperire un intervento nel processo che si svolge dinanzi ai giudici dell'Unione, con l'unica limitazione per le cause interistituzionali e quelle tra Stati membri e istituzioni, nei ricorsi pregiudiziali non è ammesso l'intervento di terzi².

L'art. 23 dello Statuto, infatti, limita la possibilità di presentare osservazioni e memorie solo a Stati membri³, Commissione europea, Parlamento e Consiglio⁴, nonché alle "parti" del procedimento principale⁵. Conseguentemente, laddove un soggetto privato intendesse intervenire dinanzi alla Corte di giustizia nell'ambito di un procedimento pregiudiziale dovrebbe previamente esperire, nel rispetto delle regole processuali nazionali, l'intervento nel giudizio nazionale *a quo* e, solo all'esito, potrà partecipare al processo dinanzi ai giudici di Lussemburgo.

Tanto premesso, le regole processuali vigenti nell'ordinamento italiano sembrerebbero escludere la possibilità di esperire un intervento nel

³ Tale facoltà, laddove la questione pregiudiziale dovesse rientrare in uno dei settori di applicazione dell'accordo SEE, è rimessa anche agli Stati di detto accordo oltre all'Autorità di vigilanza AELS (EFTA).

⁴ Invero si segnala che è in conseguenza della recente modifica realizzata con il regolamento (UE, EURATOM) 2024/2019 che modifica il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, che è stato riconosciuto a Parlamento e Consiglio un generale potere di intervento che, in precedenza era limitato esclusivamente all'ipotesi in cui i quesiti pregiudiziali vertessero su un atto da essi adottato.

⁵ Cfr. C.G.U.E., 1° marzo 1973, C-62/72, *Bollmann*, punto 4, in cui si chiarisce che «con l'espressione "parti in causa", l'art. 20 del protocollo sullo statuto della Corte CEE indica quelle che hanno tale qualità nella lite pendente dinanzi al giudice nazionale».

procedimento sospeso all'esito della sottoposizione di quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia.

Tuttavia, una diversa prospettazione si è inizialmente fatta largo in una certa giurisprudenza amministrativa cui, più recentemente, sembra aderire anche quella civile, se non altro di merito.

Sulla scorta di quanto evidenziato, il presente contributo, intende analizzare le regole processuali nazionali italiane al fine di individuare se ed a quali condizioni risulti possibile esperire utilmente l'intervento di terzo in un processo civile sospeso al fine di acquisire la qualità di "parte" del processo nazionale e partecipare al procedimento pregiudiziale presso la Corte UE.

L'occasione muove da una recentissima ordinanza resa il 25 marzo 2025 dalla Corte di appello di Cagliari che, in un procedimento avente ad oggetto la disamina degli effetti da trarre da una decisione della Commissione europea in materia *anti-trust*⁶, ha disposto la comunicazione alla Corte di giustizia dell'Unione europea degli atti e dell'informazione della presenza di una nuova "parte" intervenuta dopo l'attivazione del rinvio, di fatto abilitandola alla partecipazione al procedimento pregiudiziale.

Ai sensi, infatti, dell'art. 97 del proprio regolamento di procedura, la Corte, laddove il giudice del rinvio dovesse comunicare la presenza nel giudizio nazionale di una nuova parte processuale, pressoché automaticamente, è tenuta a riconoscere a quest'ultima l'accesso al fascicolo ed il diritto a partecipare al processo assumendolo nella fase in cui si trova⁷.

2. LE RAGIONI DELL'ESCLUSIONE DI UN GENERALE POTERE DI INTERVENTO NEI PROCEDIMENTI PREGIUDIZIALI

Il rinvio pregiudiziale, come è noto, è un procedimento di tipo non contenzioso fondato sulla collaborazione tra Corte di giustizia dell'UE e giudice nazionale in virtù del quale quest'ultimo, in presenza di un dubbio sulla corretta interpretazione da dare ad una norma del diritto dell'Unione europea ovvero sulla validità di un atto adottato dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione, può – e se di ultima istanza deve – rimettere la questione alla giurisdizione europea.

Quanto rilevato implica che trattandosi di un procedimento "da giudice a giudice" esso costituisce un incidente all'interno del giudizio che si svolge dinanzi al giudice nazionale⁸ al quale è quindi rimessa la valutazione della necessità del rinvio e della pertinenza del dubbio interpretativo o di validità con il procedimento *a quo*.

Corollario di ciò è che le parti del giudizio nazionale, per quanto possano esercitare un ruolo fondamentale al fine di determinare il convincimento del giudice in merito alla necessità di rivolgersi alla Corte, oltre che nella definizione dei quesiti da sottoporre⁹, la decisione di attivare il meccanismo di cui all'art 267 TFUE e definirne il perimetro resta nell'esclusiva discrezionalità del giudice nazionale¹⁰. La Corte, peraltro, interpreta in modo alquanto rigoroso la differenza di funzioni tra giudice dell'Unione e giudice nazionale¹¹.

In ragione della descritta qualificazione del procedimento pregiudiziale, lo Statuto della Corte di giustizia e le norme procedurali che regolano lo svolgimento dei procedimenti dinanzi agli organi

⁶ Nello specifico si tratta della decisione che ha accertato il cartello attuato da numerosi istituti bancari ed avente ad oggetto la manipolazione del parametro Euribor.

⁷ In tal senso v. R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento all'art. 23 St.*, cit., p. 130 i quali, sottolineano come, in ragione del rispetto dei reciproci ruoli, la Corte «sposti il filtro della valutazione dell'ammissibilità dell'intervento ad un livello inferiore rimettendolo ai giudici nazionali conformemente alle regole di procedura vigenti nei singoli Stati e nel rispetto delle regole generali che sovrintendono al corretto funzionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale».

⁸ In tal senso si esprimono R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 273.

⁹ Sul punto v. *amplius* P. DE PASQUALE, *Il ruolo delle parti nel rinvio pregiudiziale: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. contenzioso europ.*, 2, 2023.

¹⁰ Cfr. C.G.U.E., 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei Geologi*, nonché, per una più ampia ricostruzione G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Il diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 417 ss.

¹¹ Come peraltro affermato anche in C.G.U.E., 24 luglio 2023, C-107/23 PPU, *Lin*, punto 76, al giudice dell'Unione spetta esclusivamente pronunciarsi sull'interpretazione e la validità delle disposizioni dell'Unione la cui applicazione rileva nel giudizio *a quo*, mentre la risoluzione della controversia rimane di competenza del giudice nazionale.

giurisdizionali dell'UE¹², limitano il novero dei soggetti abilitati ad intervenire nel procedimento pregiudiziale.

Conseguentemente, nonostante la portata delle decisioni pregiudiziali non sia circoscritta al solo procedimento da cui trae origine ma espliciti anche effetti di natura extraprocessuali¹³, i soggetti diversi da quelli menzionati all'art. 23 dello Statuto, quand'anche portatori di uno specifico interesse, non risultano essere abilitati a partecipare al procedimento pregiudiziale dinanzi ai giudici UE.

Come già anticipato, quindi, l'unico espediente per partecipare al procedimento dinanzi alla Corte di giustizia è l'intervento dinanzi alle giurisdizioni nazionali che, tuttavia, risulta essere interamente disciplinato dalle regole processuali nazionali.

3. LE REGOLE PROCESSUALI NAZIONALI RELATIVE ALLA GESTIONE DEL PROCEDIMENTO SOSPESO E L'INTERPRETAZIONE RISULTANTE DA UNA CERTA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Le disposizioni contenute nel Trattato e nelle regole di procedura dell'Unione non forniscono particolari indicazioni in merito al comportamento richiesto al giudice nazionale in seguito alla presentazione di un rinvio pregiudiziale.

Dall'art. 23 dello Statuto, infatti, è possibile esclusivamente rilevare che, in seguito alla decisione di rivolgersi alla Corte di giustizia in via

pregiudiziale, il giudice nazionale è tenuto a sospendere il procedimento nazionale¹⁴.

Tale previsione trova conferma, per quanto concerne l'ordinamento italiano, all'art. 3 della legge del 13 marzo del 1959, n. 204, in cui si precisa che il provvedimento attraverso cui viene materialmente interessata la Corte di giustizia sia il tipico atto con cui nell'ordinamento nazionale vengono adottati i provvedimenti interlocutori, vale a dire l'ordinanza.

Conseguentemente, in assenza di specifiche disposizioni dell'ordinamento dell'Unione, è alla luce delle regole processuali nazionali che occorre valutare i provvedimenti consentiti al giudice nazionale dopo la proposizione di un rinvio *ex art.* 267 TFUE.

Ebbene, secondo le regole processuali nazionali, laddove la sospensione del processo trovi fondamento in una legge speciale che, al di là della previsione della detta sospensione, nulla disponga in merito ai poteri del giudice, alla gestione del processo sospeso trovano applicazione le ordinarie disposizioni del codice di procedura preordinate a disciplinare il processo nella fase di quiescenza.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, assumono, quindi, rilievo l'art. 297 c.p.c., il quale sancisce le regole per la prosecuzione del processo una volta venuta meno la causa di sospensione¹⁵, ed il successivo art. 298 c.p.c. che, invece, disciplina gli effetti derivanti dall'intervenuta sospensione durante la quale non possono essere compiuti atti del procedimento¹⁶.

Di qui l'esistenza di una sostanziale preclusione per il giudice nazionale di compiere atti decisori e aventi impulso processuale circostanza che, come

¹² Il regolamento di procedura della Corte di è stato da ultimo modificato il 2 luglio 2024 mentre quello del Tribunale il 10 luglio 2024. Entrambi i regolamenti sono disponibili sul sito della C.G.U.E. www.curia.it e in G.U.U.E. serie L 2025/2095 del 12 agosto 2024.

¹³ Cfr. sul punto A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 263 ss.

¹⁴ Sul punto si rinvia a quanto *amplius* rilevato da R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento all'art. 23 St.*, in C. AMALFITANTO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Le regole del processo dinanzi ai giudici dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 125 ss.

¹⁵ Nello specifico, l'art. 297 cpc sancisce che «Se col provvedimento di sospensione non è stata fissata l'udienza in cui il processo deve proseguire, le parti debbono chiederne la fissazione entro il termine perentorio di tre mesi dalla cessazione della

causa di sospensione di cui all'articolo 3 del codice di procedura penale o dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia civile o amministrativa di cui all'articolo 295.

Nell'ipotesi dell'articolo precedente l'istanza deve essere proposta dieci giorni prima della scadenza del termine di sospensione.

L'istanza si propone con ricorso al giudice istruttore o, in mancanza, al presidente del tribunale.

Il ricorso, col decreto che fissa l'udienza, è notificato a cura dell'istante alle altre parti nel termine stabilito dal giudice».

¹⁶ La disposizione prevede che «Durante la sospensione non possono essere compiuti atti del procedimento.

La sospensione interrompe i termini in corso, i quali ricominciano a decorrere dal giorno della nuova udienza fissata nel provvedimento di sospensione o nel decreto di cui all'articolo precedente».

affermato dalla Corte di Cassazione, impedirebbe al giudice addirittura di pronunciarsi sulla richiesta di riassunzione del processo laddove tale richiesta dovesse essere formulata prima della cessazione della causa di sospensione¹⁷.

La rilevata applicazione di tali disposizioni dovrebbe avere come necessaria conseguenza quella di precludere la possibilità per il giudice nazionale di valutare l'ammissibilità dell'intervento esperito nel processo sospeso da un qualunque soggetto che sostenga di avere un interesse alla causa¹⁸, quand'anche tale interesse dovesse essere esclusivamente connesso alla possibilità di presentare osservazioni alla Corte di giustizia.

In tal senso, peraltro, occorre dar conto di un discretamente consolidato orientamento in seno alla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁹ secondo cui sono da ritenersi "atti del procedimento" - e dunque preclusi durante la fase di sospensione - tutte quelle attività processuali che presuppongono lo svolgimento di richieste al giudice del processo e l'adozione dei conseguenziali provvedimenti da parte di questi e, dunque, quelle attività che costituiscono svolgimento ulteriore del giudizio sospeso. Peraltro, il divieto di compiere atti del procedimento e, quindi, di emettere decisioni durante il periodo di sospensione comporta la nullità della pronuncia²⁰.

4. IL DIFFERENTE ORIENTAMENTO RISULTANTE DALLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Se, come evidenziato al paragrafo precedente, la giurisprudenza della Corte di Cassazione porterebbe ad escludere la possibilità dell'esperimento di un intervento nel processo nazionale sospeso al fine di acquisire la qualità di parte processuale e, in tal modo, partecipare al processo dinanzi ai giudici europei, un orientamento di segno opposto si riscontra nella giurisprudenza amministrativa.

Una prima apertura si ravvisa, infatti, nella statuizione resa dal Consiglio di Stato che, con una propria ordinanza²¹, ha annullato il provvedimento con il quale il TAR Lombardia aveva dichiarato l'inammissibilità dell'intervento spiegato da *Federfarma* in un giudizio nazionale sospeso per l'intervenuta proposizione di un rinvio pregiudiziale²².

Secondo la massima giurisdizione amministrativa, infatti «l'ordinamento consent[er] al giudice di assumere provvedimenti urgenti anche nello stato di sospensione del giudizio principale disposta a seguito dell'ordinanza di rimessione di questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, e che non possa quindi denegarsi in ogni caso, impregiudicati altri profili di ammissibilità e quelli di merito, il diritto di difesa di controparte, che è venuta a conoscenza del contenzioso proprio dopo la citata rimessione».

Partendo dalla constatazione della presenza nel codice del processo amministrativo di regole abilitanti l'adozione di una tutela cautelare anche nel processo sospeso, in dottrina vi è chi ha inteso giustificare l'evidenziato approccio delle giurisdizioni amministrative attraverso una lettura "funzionale" delle esigenze cooperative sottese al meccanismo del rinvio pregiudiziale e nella necessità, di non pregiudicare i diritti di difesa dell'interveniente²³.

Questo approccio ha trovato più recentemente conferma nell'ordinanza con cui il TAR Piemonte, ha ammesso, nel procedimento sospeso, l'intervento di diverse associazioni di categoria sul presupposto che per quest'ultime «l'esigenza di intervenire nel giudizio si manifesta proprio a causa del rinvio pregiudiziale che ha dato origine alla sospensione del processo» per cui una «rigida interpretazione [dell'art. 298 c.p.c.] condurrebbe a precludere ad un soggetto interessato, sino ad allora

¹⁷ Cfr. Cassazione civ., sez. seconda, 14 febbraio 2013, n. 3718.

¹⁸ Cfr. sul punto, A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova, 1996; R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è «più realista del re»?*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 91 ss..

¹⁹ Cfr. Cass. civ., sez. seconda, 12 ottobre 2000, n. 13595.

²⁰ Cass. civ., sez. seconda, 4 marzo 2004, n. 4427.

²¹ Cons. St., ord. 16 novembre 2012, n. 5788.

²² TAR Lombardia 17 ottobre 2012, n. 2548.

²³ In tal senso v. G.F. LICATA, *In tema di attività processuale ammissibile durante la sospensione del processo amministrativo per pregiudizialità comunitaria (riflessioni a margine di T.A.R. Lombardia, Milano, 17 ottobre 2012, terza sezione, ordinanza n. 2548 e Consiglio di Stato, sezione terza, 16 novembre 2012, ordinanza n. 5788)*, in, *Ildirittoamministrativo.it*, 2013, p. 7.

rimasto estraneo al giudizio del rinvio, la possibilità di intervenire»²⁴.

Il medesimo orientamento ha da ultimo trovato applicazione da parte del TAR Bologna che ha dichiarato ammissibili gli interventi effettuati da «intervenienti [che] non hanno propost[o] domande nuove né comunque ampliato il “*thema decidendum*” desiderando soltanto aderire all’azione esercitata dalla ricorrente principale al fine precipuo di partecipare al giudizio di rinvio pregiudiziale, facoltà del resto espressamente ammessa dai citati artt. 96 e 97 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia e ritenuta meritevole di tutela a presidio dell’effettivo contraddittorio nel giudizio pregiudiziale (C.G.U.E. 6.10.2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, EU:C:2015:655, spec. punti 35-37)»²⁵.

5. I NUOVI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE DI MERITO

Già prima dell’adozione dell’ordinanza da cui trae spunto il presente contributo, anche nella giurisprudenza civile di merito sembrava timidamente trovare applicazione il descritto approccio risultante dalla giurisprudenza amministrativa.

Il Tribunale di Milano, infatti, nella sua sezione specializzata in materia di imprese, nel dicembre 2022 aveva già adottato un’ordinanza con cui, sul presupposto che la qualità di parte processuale viene ad essere acquisita all’atto del deposito dell’istanza di intervento, aveva di fatto abilitato la parte interveniente – nella specie la Regione Puglia – a partecipare al processo dinanzi ai giudici di Lussemburgo²⁶.

Secondo il giudice meneghino l’esperimento dell’intervento è reso possibile in quanto non costituisce un atto materialmente originato all’interno

del processo sospeso bensì un atto ad esso esterno che si inserisce nel processo con diverse finalità²⁷.

Tanto rilevato, la recente ordinanza resa dalla Corte di appello di Cagliari si mostra di particolare interesse anche in ragione della considerazione che l’intervento adesivo è stato spiegato non solo nella fase di quiescenza del processo per l’intervenuta proposizione di un rinvio pregiudiziale ma per la prima volta solo in secondo grado²⁸.

Ed infatti, ai sensi dell’art. 344 cpc, «nel giudizio d’appello è ammesso soltanto l’intervento dei terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell’articolo 404».

In effetti, l’ordinanza della Corte di appello di Cagliari si pronuncia su una specifica istanza dell’interveniente con cui quest’ultimo, facendo rilevare che ai sensi dell’art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia solo le parti del processo principale possono sottoporre memorie ed osservazioni scritte e che l’interventore deve accettare il processo nello stato in cui si trova, chiedeva di comunicare al giudice dell’Unione la presenza di una nuova parte processuale onde non vedersi pregiudicati i propri diritti lasciando «impregiudicata ogni valutazione di competenza dell’adita Corte di appello in ordine all’ammissibilità dello spiegato intervento nonché alla pure richiesta integrazione dei quesiti pregiudiziali».

Da quanto rilevato, ne consegue che la Corte territoriale sarda non abbia adottato alcuna statuizione in ordine all’ammissibilità dello spiegato intervento adesivo ma, ciononostante, abbia implicitamente aderito alla prospettazione del Tribunale di Milano tendente a riconoscere la qualità di parte in senso processuale, almeno fino alla decisione sull’ammissibilità, anche al soggetto che abbia spiegato un intervento nel corso del processo sospeso.

²⁴ Cfr. TAR Piemonte, sez. prima, ordinanza del 24 gennaio 2019, n. 77.

²⁵ TAR Bologna con sentenza del 29 giugno 2020, n. 434.

²⁶ L’ordinanza del Tribunale di Milano del 22 dicembre 2022 non è pubblica ma sul contenuto della stessa si segnala L. PAGLIERANI, *Brevi note sull’intervento del terzo nel procedimento nazionale sospeso a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2, 2023.

²⁷ In tale prospettiva l’ordinanza del 22 dicembre 2022 del Tribunale di Milano richiama Cass. civ., sez. seconda, n. 765 del 1976 secondo cui «il terzo [...] ben può intervenire [...] nel processo sospeso o interrotto per morte dell’attore, a ciò non

ostando l’art. 304 cod. proc. civ. – che stabilisce non potersi compiere durante l’interruzione atti del procedimento, poiché l’atto di intervento non appartiene al procedimento interrotto, ma ad altro che vi si inserisce con diversa finalità».

²⁸ Nel caso sottoposto all’attenzione della Corte sarda l’intervento è stato esperito da una associazione di consumatori a sostegno delle ragioni di un risparmiatore che, in un giudizio contro l’istituto bancario finanziatore, invocava la nullità della clausola di determinazione degli interessi stante la manipolazione del parametro di riferimento (Euribor) ad opera di un cartello *antitrust* accertato dalla Commissione europea.

6. CONCLUSIONI

Quanto illustrato nei paragrafi precedenti dimostra un sempre più deciso cambio di approccio anche da parte della giurisprudenza civile tendente sempre più a far ricorso ad una interpretazione orientata verso la garanzia di una più ampia partecipazione alla definizione della corretta interpretazione o della verifica della validità delle norme europee garantendo, delle disposizioni processuali nazionali.

In tale prospettiva, quindi, la previsione dell'art. 48, secondo comma, c.p.c., che attribuisce al giudice, per le ipotesi di sospensione processuale conseguente alla proposizione del regolamento di competenza, la possibilità di autorizzare il compimento degli atti che egli ritenga essere "urgenti"²⁹ potrebbe essere utilizzata, *mutatis mutandi*, anche con riferimento alla sospensione derivante dall'attivazione del meccanismo pregiudiziale³⁰.

Corollario di ciò, tenuto conto del limitato tempo di cui dispongono le parti per sottoporre le osservazioni alla Corte di giustizia dopo la presentazione dell'ordinanza di rinvio (2 mesi) e della circostanza che l'interveniente dovrà accettare il processo dell'UE nello stato in cui si trova e, dunque, ben potrebbe trovarsi a disporre di un termine decisamente inferiore se non addirittura a non disporre di alcun termine³¹, è che il giudice nazionale sarà tenuto a riscontrare con la massima sollecitudine l'istanza di intervento mediante la comunicazione degli atti al giudice UE, riservandosi all'esito della riassunzione ogni valutazione nel merito.

Ciò detto, l'apertura risultante dalla recente giurisprudenza civile alla possibilità di considerare parte processuale il soggetto che abbia spiegato un intervento nella fase di quiescenza del processo

conseguente all'attivazione del meccanismo pregiudiziale, e ciò a prescindere dalla valutazione di ammissibilità, porterebbe, di fatto, ad allargare notevolmente le maglie dei soggetti ammessi a partecipare al giudizio dinanzi ai giudici dell'Unione.

Se da una parte, tale apertura potrebbe consentire interventi, come una sorta di *amicus curiae*, da parte di soggetti portatori di interessi diffusi³² e, in tale prospettiva, contribuire ad offrire alla Corte la possibilità di disporre di maggiori informazioni al fine di garantire una più corretta valutazione degli interessi in gioco e realizzare una più compiuta opera di bilanciamento, dall'altro potrebbe portare ad un abuso dell'istituto.

In tale secondo caso, non potrebbe escludersi che la Corte di giustizia rispolveri l'approccio già manifestato, seppur sotto la vigenza di un diverso regolamento di procedura, nel caso *Football Association Premier League e a.*³³. In tale precedente, infatti, dinanzi all'ammissione nel processo sospeso, seppur nel rispetto delle regole processuali vigenti nel proprio ordinamento, dell'intervento di un terzo da parte del giudice *a quo*, la Corte di giustizia ha dichiarato inammissibili le osservazioni dell'interveniente riscontrando l'assenza di una reale sussistenza di un proprio interesse al procedimento nazionale³⁴.

Ad ogni modo, in attesa di verificare se l'orientamento risultante dalla recente ordinanza della Corte cagliaritana possa trovare ulteriori conferme, se del caso anche per il tramite della giurisprudenza di legittimità, resta il rilievo di una importante apertura volta a garantire una più ampia presa in considerazione di interessi diffusi.

²⁹ In giurisprudenza, ad esempio, è stato ritenuto possibile il rilascio della procura a un nuovo difensore (Cass. civ., sez. lavoro, 20 marzo 1999, n. 2618) e perfino l'espletamento della prova te

³⁰ Come sottolinea G.F. LICATA, *op. cit.*, un'altra possibilità di adottare provvedimenti nel corso della sospensione processuale concerne l'adozione di provvedimenti cautelari che, ai sensi dell'articolo 669 *quater* c.p.c., possono essere assunti anche durante la sospensione o l'interruzione del processo.

³¹ Al fine di garantire i diritti di difesa e la corretta amministrazione della giustizia, l'art. 73, n. 3, del reg. proc. della Corte e, attualmente anche dell'art. 213, n. 3 reg. proc. del Trib. ladove una parte che ne avrebbe avuto diritto non abbia

partecipato alla fase scritta del procedimento e faccia richiesta di udienza di discussione, il giudice dell'UE non può statuire senza tenere l'udienza.

³² Sulla prospettata utilità di prevedere la possibilità della partecipazione nel processo dell'Unione di soggetti ulteriori rispetto alle parti nella qualità *amici curiae* v. I. ANRÒ, *L'amicus curiae presso la Corte di giustizia dell'Unione europea: qualche riflessione per l'apertura delle porte del Kirchberg*, in *Rivista del contenzioso europeo*, fasc. 1, 2023, p. 62 ss.

³³ C.G.U.E., ord. 16 dicembre 2009, C-403/08, C-429/08, *Football Association Premier League e a.*

³⁴ Sul punto v. quanto sostenuto da R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento all'art. 23 St.*, cit., p. 129.

CORTE DI GIUSTIZIA 24 GIUGNO 2025 NELLA CAUSA C-351/23, GR REAL, ECLI:EU:C:2025:474

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

La protezione dei consumatori e il diritto a un'effettiva tutela giurisdizionale impongono che, in determinate circostanze, essi possano contestare la validità del trasferimento di proprietà a terzi derivante da un'esecuzione ipotecaria sull'abitazione familiare. Ciò si verifica, in particolare, quando i consumatori non abbiano potuto ottenere, in sede giudiziaria, la sospensione o la dichiarazione di nullità dell'esecuzione, nonostante la presenza di elementi concreti che facciano presumere il carattere abusivo di una clausola contrattuale posta a fondamento dell'esecuzione medesima, e benché l'acquirente fosse a conoscenza del procedimento giudiziario pendente al momento del trasferimento.

SOMMARIO

1. **Antefatto della causa..... 87**
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia..... 88**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Il 7 aprile 2011, i convenuti PO e RT hanno stipulato con una banca slovacca un contratto di mutuo dell'importo di 63.000 euro, da rimborsare in rate mensili, con scadenza fissata al 20 gennaio 2030. Le condizioni generali del contratto contenevano una clausola che prevedeva la decadenza del termine in caso di mancato pagamento. L'obbligazione era garantita da un'ipoteca sull'abitazione principale dei mutuatari.

A causa di ritardi nel pagamento delle rate, il 3 novembre 2016 la banca ha esercitato la clausola di decadenza, intimando ai mutuatari il pagamento immediato del debito residuo. Contestualmente, ha avviato la procedura per l'esecuzione della

garanzia ipotecaria, chiedendo la vendita all'asta dell'immobile in via stragiudiziale.

Il 21 aprile 2017, PO e RT hanno presentato ricorso all'*Okresný súd Prešov* (Tribunale circoscrizionale di Prešov), chiedendo che fosse ordinata alla banca la sospensione dell'esecuzione e, in via cautelare, il blocco della procedura fino alla definizione del giudizio principale.

La prima asta, prevista per il 25 aprile 2017, è andata deserta. Il 26 maggio seguente, il giudice ha respinto la richiesta di misure provvisorie. I convenuti hanno proposto appello dinanzi alla Corte regionale di Prešov. Tuttavia, prima che questa potesse decidere, il 18 luglio 2017, l'immobile è stato venduto nella seconda sessione d'asta alla società GR REAL, attiva nel settore immobiliare e creditizio. La vendita è stata effettuata nonostante l'opposizione formale di PO, che aveva informato l'organizzatore e l'aggiudicatario dell'esistenza di un contenzioso ancora pendente sull'esecuzione forzata.

Il 9 agosto 2017, la Corte regionale ha annullato l'ordinanza del primo grado e ha disposto il riesame della domanda cautelare, rilevando che il Tribunale avrebbe dovuto valutare le contestazioni dei convenuti sulla mancata accettazione della clausola di decadenza.

Tuttavia, il 19 dicembre 2017, a seguito dell'avvenuta vendita dell'abitazione, i convenuti hanno ritirato il ricorso introduttivo. Pertanto, l'11 gennaio 2018, il procedimento è stato chiuso.

Poiché i convenuti si sono rifiutati di lasciare l'immobile – in quanto era la loro unica abitazione, condivisa con i figli, compresi due minori – la società GR REAL ha avviato una causa di sfratto dinanzi al Tribunale di Prešov. La domanda è stata respinta, e tale decisione è stata confermata dalla Corte regionale.

¹ Massima non ufficiale.

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Tuttavia, l'8 aprile 2021, la Corte Suprema slovacca ha annullato entrambe le decisioni e ha rinviato la causa al giudice di primo grado per accertare il diritto di proprietà della società acquirente. Il Tribunale circoscrizionale ha poi accolto la domanda della GR REAL, ordinando lo sgombero dell'immobile e respingendo le obiezioni dei convenuti sulla legittimità della vendita.

Entrambe le parti hanno impugnato la decisione dinanzi alla Corte regionale di Prešov, giudice del rinvio. I convenuti hanno denunciato la violazione dei loro diritti di consumatori e del diritto all'abitazione.

Il giudice del rinvio ha nutrito dubbi sulla validità della clausola di decadenza prevista nel contratto di mutuo, poiché inserita nelle condizioni generali della banca e – secondo quanto sostenuto – non esplicitamente portata a conoscenza dei mutuatari. Inoltre, si è interrogato sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE nel caso di un'aggiudicazione stragiudiziale: in particolare, se l'acquirente, pur essendo a conoscenza dell'esistenza di una controversia pendente sulla validità della clausola che ha portato alla vendita, potesse comunque beneficiare di una tutela assoluta, o se questa potesse essere limitata in considerazione dell'opposizione attiva dei consumatori e di eventuali dubbi sulla buona fede dell'aggiudicatario.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La Corte di giustizia ha in primo luogo analizzato se un procedimento avente ad oggetto lo sfratto del consumatore da parte dell'aggiudicatario dell'immobile rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13. A tale fine, ha evidenziato la necessità di valutare non solo la natura e l'oggetto del procedimento, ma anche le circostanze particolari della controversia, tra cui l'atteggiamento del consumatore nei confronti dell'esecuzione e l'esistenza di elementi che facciano presumere la presenza di clausole abusive nel contratto di mutuo ipotecario.

La Corte di giustizia ha rilevato che, nel caso di specie, i consumatori non erano rimasti inerti. Avevano infatti presentato un ricorso volto a sospendere l'esecuzione forzata, accompagnato da una

domanda di provvedimenti provvisori, ed avevano informato della loro iniziativa la parte interessata dalla vendita all'asta. Sebbene tale ricorso fosse stato successivamente ritirato, ciò non poteva essere interpretato come un comportamento passivo, in quanto tale rinuncia sembrava motivata dalla sopravvenuta realizzazione della vendita, che avrebbe reso la domanda priva di oggetto.

Inoltre, il giudice del rinvio aveva rilevato la presenza, al momento della vendita, di indizi concordanti circa la potenziale abusività di una clausola contrattuale — in particolare la clausola di decadenza dal termine — che aveva giustificato l'attivazione dell'esecuzione forzata. Queste circostanze hanno indotto la Corte di giustizia a concludere che, diversamente da altri casi (come nella sentenza *Banco Santander*), la direttiva 93/13 fosse pienamente applicabile alla controversia in esame.

In particolare, la Corte di giustizia ha affermato che un procedimento giudiziario rientra nell'ambito della direttiva quando, da un lato, l'aggiudicatario di un bene immobile chiede lo sfratto del consumatore, e dall'altro, quest'ultimo contesta, mediante domanda riconvenzionale, la legittimità del trasferimento di proprietà, avvenuto nonostante la pendenza di un ricorso giurisdizionale mirato a sospendere l'esecuzione a causa dell'esistenza di clausole abusive. Tale contestazione assume rilievo qualora il consumatore abbia effettivamente esercitato i rimedi legali che un consumatore medio avrebbe potuto attivare in modo ragionevole, e abbia anche comunicato la pendenza del procedimento all'aggiudicatario.

Passando al secondo profilo, la Corte di giustizia ha osservato che una normativa nazionale che consente la prosecuzione dell'esecuzione forzata stragiudiziale anche in presenza di una domanda di sospensione pendente e di elementi che suggeriscano l'abusività delle clausole contrattuali su cui l'esecuzione si fonda, è incompatibile con il diritto dell'Unione. Tale incompatibilità è ancora più marcata qualora l'ordinamento nazionale non preveda alcuna possibilità, in un momento successivo, di ottenere la nullità dell'esecuzione stessa per via giudiziaria.

Nel caso di specie, i rimedi disponibili non garantivano un controllo giurisdizionale effettivo sulla

clausola contestata prima della vendita. Secondo la Corte, ciò viola l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, il quale impone che il consumatore possa effettivamente ottenere la sospensione del procedimento esecutivo basato su una clausola contrattuale il cui carattere abusivo sia stato oggetto di contestazione in giudizio. In assenza di tale possibilità, l'eventuale accertamento del carattere abusivo fornirebbe solo una protezione postuma, di natura risarcitoria, insufficiente a tutelare efficacemente il consumatore, tanto più se la perdita dell'abitazione familiare è già divenuta irreversibile.

Pertanto, la Corte di giustizia ha stabilito che, in situazioni come quella oggetto del procedimento principale, la tutela dei diritti di terzi che abbiano acquistato la proprietà non può prevalere in modo assoluto sulla protezione dei consumatori, soprattutto se la procedura di esecuzione si è svolta senza un controllo giurisdizionale sulle clausole contrattuali potenzialmente abusive e in violazione del diritto a un'abitazione e a un ricorso effettivo.

CORTE DI GIUSTIZIA 3 LUGLIO 2025 NELLA CAUSA C-610/23, AL NASIRIA, ECLI:EU:C:2025:514

A cura di **Emanuela DE FALCO***

MASSIMA¹

Nel contesto della protezione internazionale, la normativa greca che obbliga il richiedente a presentarsi di persona all'udienza per l'esame del proprio ricorso, prevedendo inoltre che l'assenza comporti la presunzione di irregolarità del ricorso stesso, è stata ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

SOMMARIO

1. **Antefatto della causa..... 90**
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia 91**

1. ANTEFATTO DELLA CAUSA

Il 28 febbraio 2019, FO, cittadino iracheno, ha presentato una domanda di protezione internazionale presso il *Perifereiako Grafeio Asylou Samou* (Ufficio regionale per l'asilo di Samos, Grecia), adducendo che la sua vita era in pericolo nel paese di origine.

Nel corso di un colloquio, svoltosi il 24 febbraio 2020 presso l'Ufficio regionale per l'asilo di Salonicco, FO ha ulteriormente precisato di essere stato vittima di un grave episodio di violenza a causa di una relazione sentimentale con una giovane donna, venendo colpito con un'arma da fuoco da un membro della famiglia di quest'ultima. Nonostante avesse denunciato l'accaduto alle autorità di polizia, nessun provvedimento era stato adottato. FO ha inoltre dichiarato di essere stato condannato a morte da una decisione tribale, per aver proseguito tale relazione, presentando a sostegno un documento datato 1° ottobre 2018 che, secondo una traduzione non ufficiale, ordinava la sua esecuzione.

Ciononostante, con decisione del 18 maggio 2020, l'Ufficio regionale per l'asilo di Salonicco ha respinto la sua domanda ritenendo le sue dichiarazioni non credibili e il documento prodotto privo di valore probatorio, a causa dell'imprecisione del contenuto e dell'impossibilità di verificarne l'autenticità.

FO ha quindi presentato ricorso, il 27 agosto 2021, dinanzi alla 3^a commissione di ricorso indipendente, con l'assistenza di un avvocato mandatario. In tale occasione, gli è stato notificato che l'esame del ricorso si sarebbe tenuto l'11 ottobre 2021 e che, nonostante la procedura fosse generalmente scritta, egli avrebbe dovuto presentarsi personalmente all'udienza, salvo ricorressero particolari eccezioni previste dalla normativa.

FO, tuttavia, non si è presentato all'udienza. Dopo aver verificato l'assenza di impedimenti giuridici o di forza maggiore, la commissione ha respinto il ricorso in quanto manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 97, paragrafo 2, della legge 4636/2019, senza procedere all'esame del merito. È stata inoltre disposta la misura del rimpatrio immediato senza concessione di un termine per la partenza volontaria.

Avverso tale decisione, FO ha proposto un ricorso di annullamento dinanzi al *Dioikitiko Protodikeio Thessalonikis* (Tribunale amministrativo di primo grado di Salonicco), giudice del rinvio, sostenendo che la sua assenza era dovuta a gravi difficoltà economiche che gli avevano impedito di recarsi da Salonicco ad Atene, e che la decisione della commissione aveva violato il suo diritto a un ricorso effettivo, non avendo esaminato il merito della domanda.

Il giudice del rinvio ha ritenuto rilevante la questione, evidenziando che le commissioni di ricorso indipendenti, istituite con l'articolo 4,

¹ Massima non ufficiale.

* Dottoranda di ricerca in "EU Law and Circular Economy", Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

paragrafo 1, della legge 4375/2016, esercitano funzioni giurisdizionali conformemente all'articolo 46 della direttiva 2013/32/UE e all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla luce della sentenza *D. e A.* (C-175/11), tali commissioni devono garantire un esame effettivo e completo, in fatto e in diritto, delle domande di protezione.

In tale contesto, il giudice si è interrogato sulla compatibilità dell'obbligo di comparizione personale e delle relative conseguenze processuali – segnatamente la presunzione di infondatezza del ricorso in caso di mancata comparizione – con il diritto dell'Unione. In particolare, si è chiesto se tale meccanismo nazionale sia conforme ai principi di effettività e di equivalenza, nonché se costituisca un onere sproporzionato per i richiedenti, soprattutto in assenza della possibilità di rappresentanza legale in udienza o della previsione di misure compensative.

Secondo il giudice, tale obbligo procedurale potrebbe rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a un rimedio effettivo, compromettendo le garanzie previste dalla direttiva 2013/32 e dalla direttiva 2008/115. Inoltre, ha osservato che il rigetto per manifesta infondatezza, così come applicato dalla normativa greca, produce effetti giuridici ulteriori – tra cui l'immediato rimpatrio senza termine per la partenza volontaria e il divieto d'ingresso – che si discostano dalla logica dell'ordinamento dell'Unione, che ammette invece solo una presunzione di ritiro tacito della domanda in casi simili, e non una presunzione di infondatezza nel merito.

Alla luce di tali considerazioni, con ordinanza di rinvio pregiudiziale, il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni interpretative, concernenti l'articolo 46 della direttiva 2013/32, il principio di equivalenza, il principio di effettività e la coerenza con la direttiva 2008/115.

2. LE MOTIVAZIONI DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con le sue due questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 46 della direttiva 2013/32, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta,

debba essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che, in caso di inosservanza da parte di un richiedente protezione internazionale dell'obbligo procedurale di comparire personalmente dinanzi al giudice competente a statuire sul suo ricorso, presentato avverso una decisione di rigetto della sua domanda, stabilisce una presunzione di proposizione abusiva del ricorso e prevede che esso sia respinto in quanto manifestamente infondato, senza alcun esame nel merito.

Nel caso di specie, i dubbi del giudice del rinvio derivano dal fatto che, conformemente alla normativa nazionale di recepimento dell'articolo 46 della direttiva 2013/32, la mancata comparizione personale del richiedente dinanzi all'organo giurisdizionale determina una presunzione secondo cui il ricorso sarebbe stato proposto unicamente allo scopo di ritardare o ostacolare l'esecuzione di una decisione di allontanamento, autorizzandone quindi il rigetto in quanto manifestamente infondato. Tuttavia, tale presunzione automatica non tiene conto delle circostanze individuali e potrebbe pregiudicare il diritto del richiedente a un esame completo nel merito, in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Secondo il giudice del rinvio, infatti, l'assenza del richiedente potrebbe essere dovuta a cause indipendenti dalla volontà di eludere o ritardare l'espulsione, come problemi logistici, sanitari o amministrativi. In tal senso, la direttiva 2013/32 prevede che dall'inosservanza di determinati obblighi procedurali possa derivare, al massimo, una presunzione di ritiro implicito della domanda, ma non un rigetto per manifesta infondatezza. Tale distinzione non è meramente formale: mentre il ritiro implicito comporta la cessazione dell'esame per mancato interesse, il rigetto nel merito produce effetti preclusivi più rilevanti, incidendo sull'eventuale riproposizione della domanda.

L'articolo 46 della direttiva, al paragrafo 1, sancisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, senza stabilire in maniera esaustiva le modalità procedurali. Tuttavia, al paragrafo 3, viene precisato che tale ricorso deve comportare un esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto rilevanti, anche ai fini della valutazione delle esigenze di protezione internazionale secondo

la direttiva 2011/95. Come affermato nella sentenza *Alheto* (C-585/16), l'obiettivo è assicurare un esame esaustivo e aggiornato, senza dover rinviare la decisione all'autorità amministrativa, promuovendo la celerità e l'efficienza del sistema senza sacrificare il rispetto delle garanzie procedurali.

A tal fine, l'articolo 46, paragrafo 4, lascia agli Stati membri il compito di stabilire le modalità procedurali necessarie all'esercizio del diritto al ricorso, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, in particolare del principio di effettività e dell'articolo 47 della Carta, che garantisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. La giurisprudenza costante della Corte conferma che, pur nell'autonomia procedurale degli Stati membri, ogni misura deve rispettare i diritti fondamentali e non vanificare l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione.

Nel caso di specie, la normativa greca di recepimento, in particolare gli articoli 92 e 97 della legge 4636/2019, prevede l'obbligo per il richiedente di comparire dinanzi alle commissioni di ricorso, tutte con sede ad Atene, pena la presunzione che il ricorso sia abusivo e il conseguente rigetto per manifesta infondatezza. Sebbene la previsione di obblighi procedurali rientri nella discrezionalità nazionale, tale conseguenza automatica si configura come una restrizione sproporzionata al diritto a un ricorso effettivo, in quanto ostacola l'accesso a un esame nel merito per motivi potenzialmente estranei alla volontà del richiedente.

L'articolo 52, paragrafo 1, della Carta consente limitazioni ai diritti fondamentali solo se previste dalla legge, proporzionate e giustificate da obiettivi di interesse generale. In questo caso, sebbene gli obiettivi di efficienza e celerità del procedimento siano legittimi, la misura in questione appare eccessiva rispetto a tali fini, poiché sacrifica in modo automatico l'esame individuale della domanda e compromette il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale. L'articolo 46, paragrafo 11, della direttiva 2013/32, pur consentendo agli Stati membri di stabilire presunzioni di ritiro del ricorso, non giustifica la sostituzione di tale ritiro con un rigetto per manifesta infondatezza senza valutazione individuale.

In definitiva, la Corte di giustizia ha sottolineato che sebbene una normativa nazionale possa prevedere obblighi procedurali e presunzioni volte ad assicurare che solo i ricorsi effettivamente motivati siano trattati, tali misure devono essere compatibili con l'esigenza di garantire un ricorso effettivo. Una presunzione come quella prevista dal diritto greco, che comporta il rigetto del ricorso senza alcun esame nel merito, in caso di mancata comparizione personale, si rivela sproporzionata e, pertanto, contraria agli articoli 46 della direttiva 2013/32 e 47 della Carta.

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***

MASSIMA¹

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** 93
2. **Le motivazioni della pronuncia della corte di giustizia** 93

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

* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy”, Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Massima non ufficiale.

cittadinanza, tale competenza deve essere esercitata in 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.

L'ART. 56, COMMA 3, C.P. (DESISTENZA) OPERA ESCLUSIVAMENTE SE L'INTERRUZIONE DELL'AZIONE È VOLONTARIA - CASS. PEN. SEZ. I 3 APRILE 2025, N. 13104

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA¹

L'istituto della desistenza può operare soltanto se interviene in una fase nella quale l'attività esecutiva non è ancora esaurita, altrimenti potrà configurarsi soltanto l'ipotesi di recesso attivo. Inoltre, la desistenza per assumere rilievo deve essere volontaria, ossia l'interruzione della condotta deve essere la conseguenza di un'autonoma e libera determinazione del soggetto agente, che decide di arrestare l'azione che ha iniziato a porre in essere senza che sia intervenuto o sopravvenuto alcun fattore esterno che ne impedisca o ne renda vana la prosecuzione.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 95
2. **La decisione** 95
3. **Conclusioni** 97

1. IL FATTO

Il GIP, con sentenza resa il 12 luglio 2019, condannava l'imputato del reato di cui agli artt. 56 e 575, 577, commi 1 e 3, c.p. commesso in danno della moglie alla pena di anni tre, mesi uno e giorni dieci di reclusione.

Il difensore dell'imputato proponeva appello deducendo la mancata applicazione dell'art. 56, comma 3, del codice penale evidenziando che l'imputato avrebbe desistito dall'azione omicidiaria.

La Corte di Appello, tuttavia, non dava seguito alle deduzioni difensive, confermando la decisione resa nel corso del primo grado di giudizio.

Avverso la sentenza l'imputato, a mezzo del difensore, proponeva ricorso per Cassazione, deducendo la violazione di legge e vizio di motivazione in relazione all'art. 56, comma 3, c.p.

In specie, evidenziava che l'imputato non aveva «posto in essere atti diretti in modo non equivoco a cagionare la morte della moglie avendo desistito volontariamente dall'azione o impedito l'evento per recesso attivo».

Per una migliore comprensione del motivo di ricorso è bene sintetizzare la vicenda storica.

L'imputato, tentava di strangolare la moglie con un cavo elettrico predisposto a cappio. L'azione veniva, però, interrotta grazie all'intervento della figlia dei due coniugi, all'esito del quale il prevenuto desisteva dall'azione, lavava il pavimento e si allontanava per costituirsi.

In sintesi, dunque, la condotta tenuta dall'imputato avrebbe dovuto essere qualificata come tentativo incompiuto, tanto da poter ritenere che la vita della vittima non sia mai stata in pericolo e, quindi, considerato che lo stesso interrompeva volontariamente la condotta, il caso di specie sarebbe una tipica ipotesi di desistenza volontaria.

2. LA DECISIONE

Il ricorso, basato sul solo motivo descritto, veniva dichiarato infondato.

La Corte di Cassazione, prima di esaminare il motivo proposto con il ricorso ex art. 606 c.p.p., ricostruiva l'istituto del tentativo. La teoria generale del reato definisce quest'ultimo come la fattispecie generale di reato di pericolo, in quanto caratterizzato «dalla punibilità di atti che, per definizione, non hanno raggiunto lo scopo perseguito dall'agente e tipizzato dal legislatore nella norma incriminatrice di parte speciale».

Il fondamento giuridico della punibilità del tentativo deve essere ravvisato «nella esposizione a pericolo, o nella mancata neutralizzazione di un pericolo, per il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e proprio alla luce di detto inquadramento devono essere pertanto valutati gli elementi essenziali della direzione non equivoca degli atti e della loro idoneità, fondamenti strutturali del tentativo, necessari anche al fine di accertare l'intenzione perseguita».

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

dall'autore e, quindi, la sussistenza dell'elemento psicologico»².

La fattispecie tentata deve essere letta, poi, in modo autonomo rispetto al reato consumato, sicché – come tutti i reati consumati – si rende indispensabile la sussistenza sia dell'elemento soggettivo sia dell'elemento oggettivo.

Il primo si identifica con il dolo - ad esclusione della sua forma eventuale – escludendosi la forma colposa, data l'ontologica incompatibilità con la fattispecie generale.

Da un punto di vista oggettivo, il delitto tentato ruota attorno a tre concetti chiave: idoneità degli atti; univocità degli stessi; il mancato compimento dell'azione o il mancato verificarsi dell'evento.

Dunque, l'azione posta in essere dal soggetto attivo deve esporre al pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Tale capacità deve essere comunque esaminata con una prognosi *ex post*, sulla base delle conseguenze prevedibili dall'agente.

In altri termini, le eventuali difficoltà concrete che il soggetto agente dovesse trovare non rilevano per la sussistenza o meno del tentativo, perché queste ne costituiscono l'essenza. Invero, ogni evento ha una maggiore o minore probabilità di verificarsi e che, proprio laddove non si dovesse verificare, saremo in presenza di un delitto tentato piuttosto che consumato.

Purtuttavia, quest'ultima caratteristica non è di per sé sufficiente a dare rilevanza penale alla condotta, dato che un'azione può essere potenzialmente idonea a conseguire una pluralità di risultati, per cui sola l'univoca direzione può colorare di offensività la condotta tenuta.

Ebbene, quando il legislatore specificava, nell'art. 56 c.p., che l'atto dovesse essere diretto in “modo non equivoco”, costruiva un “criterio di assenza della condotta” diretto a stabilire se l'azione, letta nella sua oggettività (contesto nel quale si inseriva; natura; essenza) potesse rivelare - secondo l'*id quod plerumque accidit* - il fine perseguito dall'agente.

Gli Ermellini, a tal proposito, ribadivano un principio di diritto ormai consolidato riguardante gli “atti preparatori” e gli “atti esecutivi”.

Infatti, per la configurabilità del tentativo possono assumere rilievo anche i c.d. atti, purché siano in qualche modo tipici, cioè corrispondenti alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata e, di conseguenza, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, potendosi così affermare 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, ed indipendenti dalla volontà del reo.

Di conseguenza, la verifica dell'univocità deve essere accertata ricostruendo, sulla base delle prove disponibili, la direzione teleologica della volontà dell'agente quale emerge dalle modalità di estrinsecazione concreta della sua azione, allo scopo di identificare quale sia stato il risultato da lui avuto di mira, sì da pervenire con il massimo grado di precisione possibile alla individuazione dello specifico bene giuridico aggredito e concretamente posto in pericolo.

Tanto ricostruito in riferimento alla struttura dell'istituto di parte generale, la Suprema Corte chiariva le caratteristiche della desistenza, prevista dal terzo comma dell'art. 56 c.p.

Il presupposto principale dell'istituto è il tentativo incompiuto, pertanto nei casi di tentativo compiuto, al più, può configurarsi l'attenuante del recesso attivo (art. 56, comma 4, c.p.).

Quindi, la desistenza può assumere rilievo solo qualora «*intervenga in una fase nella quale l'attività esecutiva non è ancora esaurita, altrimenti può configurarsi solo - in astratto - l'ipotesi del recesso attivo, mediante impedimento dell'evento*»³.

Per ritenere il tentativo non punibile, è poi necessaria la volontarietà dell'interruzione causale della condotta. Detto altrimenti, l'arresto deve provenire da un'autonoma e libera determinazione del soggetto agente, che decide di bloccare l'azione che ha iniziato a porre in essere senza l'intervento di alcun fattore esterno che – per l'appunto - ne impedisca o ne renda vana la prosecuzione.

Tanto premesso in astratto, nel caso concreto la Corte di Cassazione rigettava il ricorso siccome

² Pagina 4 della motivazione, nonché Cass. Pen. Sez. V, n. 4033/2015

³ Così anche Cass. Pen. Sez. II, n. 16054/2018; Sez. V, n. 50079/2017.

il tentativo era compiuto; e l'interruzione della condotta proveniva dapprima dalla reazione della vittima e, in secondo luogo, dall'intervento della figlia minore che si avventava al fine di fermare il padre.

3. CONCLUSIONI

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

La sentenza è di grande interesse, perché ha come epicentro un istituto di parte generale (*rectius* il tentativo) che è in parte ancora discusso in dottrina e giurisprudenza. Si pensi, ad esempio, a quanto espresso sul tema degli atti preparatori. Sebbene la sentenza in rassegna abbia dato atto di una disputa ormai “superata”, è anche vero che si rinvencono ancora pronunce chine sulla distinzione tra “atti preparatori” e “atti esecutivi”.

Al di là di ciò, i principi di diritto distillati dagli Ermellini sono condivisibili, perché frutto di un'attenta riflessione di assunti monolitici sia in giurisprudenza che in dottrina.

Da ultimo, la Cassazione chiarisce (nuovamente) la distinzione tra reato impossibile e tentativo, dando pregio alla teoria per cui l'art. 49 c.p. trova applicazione nei casi di impossibilità assoluta dell'azione⁴ e non anche nei casi di impossibilità relativa.

⁴ Il tentativo è escluso solo dall'inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato o per l'inesistenza in rerum natura dell'oggetto dell'azione.

IL DELITTO DI CUI ALL'ART. 612 TER COD. PEN. È INTEGRATO ANCHE NELL'IPOTESI IN CUI LA PERSONA OFFESA NON SIA RICONOSCIBILE DALLE PARTI INTIME OGGETTO DI ILLECITA DIFFUSIONE NÉ DA ULTERIORI ELEMENTI - CASS. PEN. SEZ. V, 25 MARZO 2025 N. 11743

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA¹

Il delitto di cui all'art. 612-ter cod. pen., c.d. revenge porn, è integrato anche nell'ipotesi in cui la persona offesa non sia riconoscibile dalle parti intime oggetto di illecita diffusione né da ulteriori elementi. La norma incriminatrice tutela, infatti, le vittime dalla diffusione di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, che avvenga senza il consenso delle persone rappresentate, e non richiede anche che esse siano riconoscibili.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 98**
- 2. La decisione 98**
- 3. Conclusioni 100**

1. IL FATTO

La Corte di Appello confermava la sentenza di primo grado, con la quale si condannava l'imputato per il delitto di cui all'art. 612-ter cod. pen.

L'imputato, per il tramite del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione articolando tre motivi.

Il primo concerneva la violazione degli artt. 612 ter, co. 1 e 2, cod. pen. e 192-533, comma 1, cod. proc. pen., nonché il vizio di motivazione, poiché dal messaggio inviato dall'imputato non poteva desumersi che l'immagine sessualmente esplicita ritraesse effettivamente la persona offesa, come, invece, affermavano i giudici di merito, desumendone l'identificazione dal contesto della conversazione tra i due.

Con la seconda prospettazione, denunciava l'infrazione degli artt. 192 e 533, co. 1, cod. proc. pen., nonché il vizio di motivazione illogica.

Il consulente tecnico di parte, dimostrava l'invio, sebbene il materiale non risultava presente sul suo dispositivo, concludendo per la verosimile cancellazione del materiale.

Tale assunto si giustificava per la presenza di uno *screenshot* della conversazione, il quale – tuttavia – non veniva acquisito al fascicolo del dibattimento.

L'ultimo motivo si riferiva ad una mancata applicazione degli artt. 152, 529, 336 e 340 cod. pen. e del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, poiché la persona offesa rimaneva assente all'udienza preliminare e dinanzi al Giudice monocratico, tenendo, dunque, un comportamento contrastante con la persistente volontà a che l'imputato venisse penalmente perseguito.

2. LA DECISIONE

La Corte riteneva il ricorso non fondato, ritenendo tutti i motivi proposti inammissibili.

Il primo motivo non poteva trovar seguito in quanto, la decisione impugnata, doveva qualificarsi alla stregua di una "doppia conforme": il convincimento espresso dalla sentenza di primo grado, veniva ribadita e ripercorsa dalla Corte d'Appello, nonostante le censure mosse dalla difesa.

Tanto premesso, allora, qualsiasi tipo di valutazione di legittimità si sarebbe risolta in una rivalutazione nel merito delle prove.

Tra l'altro, la persona offesa veniva riconosciuta non solo dalle conversazioni intervenute con gli amici, ma anche dai riferimenti posti dall'imputato alla fine della relazione amorosa con la vittima, i quali denotavano la consapevolezza da parte del destinatario dell'identità della donna della quale erano ritratte nelle immagini inviate le parti intime.

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale

Il Collegio precisava, poi, che anche se non fosse stata accertata l'identità della persona, la circostanza sarebbe stata inconsistente.

“Ciò in quanto il delitto di cui all'art. 612-ter cod. pen., c.d. revenge porn, è integrato anche nell'ipotesi in cui la persona offesa non sia riconoscibile dalle parti intime oggetto di illecita diffusione né da ulteriori elementi.

La norma incriminatrice tutela, infatti, le vittime dalla diffusione di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, che avvenga senza il consenso delle persone rappresentate, e non richiede anche che esse siano riconoscibili.

Invero, il delitto in esame è collocato nell'ambito di quelli posti a tutela della libertà morale individuale ed è diretto alla protezione della sfera di intimità e della privacy, intesa quale diritto a controllare l'esposizione del proprio corpo e della propria sessualità, in un'ottica di autodeterminazione della sfera sessuale individuale (Sez. 5, n. 14927 del 22/02/2023, T., Rv. 284576, in motivazione), che deve ricevere una protezione assoluta, ossia che prescinda dalla concreta riconoscibilità da parte dei destinatari del video o delle immagini a contenuto sessualmente esplicito della persona le cui parti intime siano rappresentate perché, anche ove ciò non avvenga, si realizza la violazione del bene protetto”².

Ugualmente infondato era il secondo motivo.

Stando alla lettura della difesa, l'acquisizione degli screenshot avrebbe dovuto seguire, trattandosi di corrispondenza privata, le forme normate dall'art. 254 cod. proc. pen.

L'argomento veniva ritenuto inconsistente. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 170 del 2023, puntualizzava che le forme previste dall'art. 254 cod. proc. pen., riguardano esclusivamente il sequestro della corrispondenza “*in itinere*”, non anche le comunicazioni che ormai sono sui dispositivi dei soggetti interessati:

«(...) la disciplina recata dall'art. 254 cod. proc. pen. regola esclusivamente il sequestro di corrispondenza operato presso i gestori di servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni: dunque, il sequestro di corrispondenza in itinere, che interrompe il flusso comunicativo».

Ugualmente inapplicabile era il principio di diritto affermato dalla recente sentenza n. 39548 del 2024³.

Una prima ragione consta nella provenienza dell'istantanea, ossia dalla stessa persona offesa.

Di conseguenza, la segretezza della corrispondenza veniva elisa, proprio perché l'immagine veniva consegnata dallo stesso soggetto che aveva partecipato alla conversazione.

In secondo luogo, l'inutilizzabilità dell'immagine non sarebbe dirimente: la produzione documentale non era stata decisiva nell'affermazione della penale responsabilità del ricorrente, questa veniva motivata sulla base delle dichiarazioni convergenti rese sia dalla vittima che dal C., grazie alle quali si è ricostruita l'accaduto.

Anche l'ultimo motivo veniva ritenuto infondato.

L'art. 152, terzo comma, n. 1, cod. pen. stabilisce che: “vi è remissione tacita della querela anche nell'ipotesi in cui il querelante, senza giustificato motivo, non compare all'udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone”.

Contestualmente, l'art. 142 disp. att. cod. proc. pen., disciplina il contenuto dell'atto di citazione, precisando che questo contiene altresì l'avvertimento che la mancata comparizione senza giustificato motivo del querelante all'udienza in cui è citato a comparire quale testimone integra remissione tacita di querela, nei casi in cui essa è consentita.

Ebbene, nella fattispecie in esame, la regola in questione non poteva trovare applicazione poiché la persona offesa non veniva mai citata, siccome il Tribunale, sul consenso delle parti, acquisiva le sue dichiarazioni. Inoltre, perseguire la lettura proposta dal ricorrente, secondo cui l'art. 152, co. 3, n. 1, cod. pen. sarebbe applicabile anche laddove la persona offesa non si presenti all'udienza nella quale si presta consenso all'acquisizione al dibattimento delle sue dichiarazioni, significherebbe ampliare il concetto di remissione tacita della querela al di là della volontà del legislatore senza, però, che ne ricorrano le esigenze che giustificavano l'introduzione della nuova ipotesi.

² Testualmente la sentenza alle pagine 3 e 4

³ In tema di mezzi di prova, sono affetti da inutilizzabilità patologica, in considerazione della loro natura di corrispondenza, i messaggi “WhatsApp” acquisiti, in violazione dell'art.

254 cod. proc. pen. mediante screenshot eseguiti dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa e senza ragioni di urgenza, in assenza di decreto di sequestro del pubblico ministero.

In altri termini, la remissione tacita della querela può realizzarsi esclusivamente laddove il querelante - senza giustificato motivo - non compaia all'udienza alla quale veniva citato in qualità di testimone; di contro, la disciplina dell'art. 152 cod. pen. non sussume anche le ipotesi in cui la vittima che non partecipa al dibattimento quando le parti abbiano dato il consenso all'acquisizione delle sue dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari e, dunque, non sia stata citata in qualità di testimone nel dibattimento.

3. CONCLUSIONI

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento del e spese processuali.

La pronuncia è criticabile da due punti di vista: contrasta il principio di offensività; contraddice la procedibilità a querela di parte prevista nell'articolo 612 ter c.p.

L'impossibilità di individuare la persona ripresa senza il proprio consenso e, dunque, di ricollegare l'identità della stessa, elide la lesività (e, quindi, l'offensività) della condotta diffusiva.

Non si pretende, ovviamente, che la riconoscibilità pervenga all'esito di un filmato ritraente il viso della vittima, potendo identificarla anche per il tramite di segni particolari (come dei tatuaggi) ovvero da altri elementi della condotta, ad esempio qualora alla pubblicazione si accompagni la diffusione dei dati personali dalla persona offesa dal reato.

Pur non volendo accedere al principio di offensività, ricorrere allo strumento penale ignorando l'identificazione della P.O. porrebbe nel nulla la prevista procedibilità a querela del delitto.

IL DIVIETO DI RAPPRESENTANZA DELL'ENTE EX ART. 39 D. LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231, NON SI ESTENDE AL RAPPRESENTANTE LEGALE DESTINATARIO DI UNA SENTENZA IRREVOCABILE DI PROSCIoglimento PER INTERVENUTA PRESCRIZIONE DEL REATO PRESUPPOSTO – CASS. PEN., SEZ. II, 6 MAGGIO 2025, N. 16932

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO***

MASSIMA³⁹⁴

Il divieto di rappresentanza dell'ente previsto dall'art. 39 D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in capo al legale rappresentante che sia imputato del reato presupposto, non si estende a colui che sia stato imputato in un procedimento penale esauritosi con sentenza irrevocabile di non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 101**
- 2. La decisione 102**
- 3. Conclusioni 103**

1. IL FATTO

Con la sentenza impugnata, la Corte di Appello aveva dichiarato l'inammissibilità delle impugnazioni proposte da due enti imputati ai sensi del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in relazione ai reati c.d. presupposto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.) e falso ideologico (art. 479 c.p.), ascritti ai rispettivi rappresentanti legali per avere indebitamente ottenuto finanziamenti finalizzati alla realizzazione o ristrutturazione di due frantoi oleari.

Nei procedimenti penali a carico dei rappresentanti legali delle due società, si era già pervenuti, in via separata, all'emissione di due sentenze di non doversi procedere per intervenuta prescrizione dei reati, divenute irrevocabili negli anni 2010 e 2011.

A seguito della sentenza di primo grado, resa in data 13 febbraio 2023, che aveva riconosciuto la responsabilità delle due persone giuridiche, con contestuale condanna alle sanzioni pecuniarie e interdittive, i rappresentanti legali avevano nominato due nuovi difensori per gli enti conferendo loro procura speciale ai fini della proposizione dell'atto di appello.

La Corte d'Appello, però, con la sentenza quivi impugnata riteneva che i rappresentanti legali versassero, rispetto alle predette nomine, in una perdurante situazione di conflitto di interessi a causa della loro pregressa posizione processuale di imputati dei reati dai quali erano scaturiti gli illeciti contestati alle società ricorrenti.

Ritenendo, dunque, violato il dettato dell'art. 39 D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, la Corte di merito concludeva per il difetto di legittimazione in capo ai due legali rappresentanti dichiarando, conseguentemente, l'inammissibilità delle impugnazioni proposte.

Con motivi pressoché sovrapponibili, proponevano ricorso per Cassazione i due enti-imputati deducendo la violazione di legge e vizio di motivazione per avere la Corte territoriale esteso la causa di incompatibilità del legale rappresentante dell'ente di cui all'art. 39, comma I, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 anche al legale rappresentante non più imputato, bensì destinatario, in epoca ben antecedente alla nomina del difensore, di una sentenza irrevocabile di proscioglimento.

Si sottolineava, difatti, come la predetta disposizione sancisse al suo interno un principio generale, contenuto nel lemma «l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale» e una ed unica deroga «salvo che questi sia [e non anche sia stato] imputato del reato da cui dipende l'illecito

* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

³⁹⁴ Massima non ufficiale.

amministrativo». Ponendosi, dunque, tale eventualità come un'eccezione alla regola generale, a parere dei ricorrenti, non poteva essere suscettibile di un'interpretazione analogica.

Una delle società ricorrenti, poi, con il secondo motivo di censura, eccepiva altresì la nullità dell'intero procedimento sostenendo che, laddove si dovesse aderire ad una interpretazione estensiva del predetto art. 39, essendo il legale rappresentante indagato sin dal principio, egli non avrebbe mai potuto nominare alcun difensore di fiducia della società e, quindi, già nella fase delle indagini preliminari il Pubblico Ministero avrebbe dovuto nominare un difensore d'ufficio per l'ente; onere, questo, tuttavia, mai adempiuto dalla Pubblica Accusa.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, investita della questione, ha accolto il motivo comune ad entrambi i ricorsi, con effetto assorbente rispetto alle ulteriori doglianze dedotte.

Richiamando la propria consolidata giurisprudenza in tema, invero, il Giudice nomofilattico ha evidenziato come il conflitto di interessi cristallizzato nella disposizione di cui all'art. 39, comma I, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si configuri come presunto in via assoluta (cd. *iuris et de iure*), e non richieda una verifica in concreto da parte del giudice che, per l'effetto, non è gravato di alcun onere motivazione sul punto (cfr. Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 2024, n. 13003; Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2022, n. 35387).

Il medesimo principio di diritto, d'altronde, era già stato sancito dalle Sezioni Unite Gabrielloni del 2015, che pronunciandosi sul punto, avevano puntualizzato che *«la disposizione vieta esplicitamente al rappresentante legale, che sia indagato/imputato del reato presupposto, di rappresentare l'ente, una proibizione che si giustifica perché il rappresentante legale e la persona giuridica si trovano in una situazione di obiettiva e insanabile conflittualità processuale, dal momento che la persona giuridica potrebbe avere interesse a dimostrare che il suo rappresentante ha agito nel suo esclusivo interesse o nell'interesse di terzi ovvero a provare che il reato è stato posto in essere attraverso una elusione fraudolenta dei modelli organizzativi adottati, in questo modo escludendo la propria*

responsabilità e facendola così ricadere sul solo rappresentante». Proprio a tal motivo, continua il Supremo Consesso, *«il divieto di rappresentanza stabilito dall'art. 39 è, dunque, assoluto e non ammette deroghe, in quanto funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo; d'altra parte, tale diritto risulterebbe del tutto compromesso se l'ente partecipasse al procedimento attraverso la rappresentanza di un soggetto portatore di interessi confliggenti da un punto di vista sostanziale e processuale»* (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2015, n. 33041).

Alla luce di tale panoramica giurisprudenziale, però, la Corte di legittimità precisa che la questione giuridica attinente agli odierni ricorrenti risulta parzialmente differente rispetto alle pronunce appena richiamate.

Il fulcro del quesito, invero, può essere così sintetizzato: il divieto di rappresentare l'ente nel procedimento penale può estendersi anche al rappresentante legale che sia stato indagato o imputato in un procedimento penale esauritosi prima della nomina del procuratore speciale?

Ebbene, a tale interrogativo il Giudice di legittimità ha fornito una risposta negativa.

Secondo la Corte, invero, il primo comma dell'art. 39 D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non può trovare applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti, e, dunque, la sua portata non può essere estesa in via analogica a situazioni in cui il rappresentante legale non rivesta più, al momento del conferimento della procura speciale, la qualità di imputato.

In tal senso depone certamente il tenore letterale della disposizione, che impiega il tempo verbale al congiuntivo presente (*“sia imputato”*), escludendo, dunque, implicitamente il riferimento a soggetti che abbiano cessato tale qualità.

D'altronde, una siffatta conclusione poteva altresì essere dedotta dalla trama motivazionale delle già menzionate Sezioni Unite Gabrielloni che pongono un accento proprio sulla contemporaneità della qualifica personale rivestita dal legale rappresentante al momento del conferimento del mandato difensivo dell'ente (*«quello della non legittimazione, con riferimento alla imputazione degli effetti di atti posti in essere nell'interesse dell'ente indagato, da parte del rappresentante contemporaneamente indagato del reato*

presupposto, deve intendersi, appunto, principio di carattere generale che permea di sé l'intero procedimento»).

Al medesimo epilogo, poi, conduce anche una seconda argomentazione. La Corte di Cassazione, invero, rammenta che ai sensi dell'art. 60, comma II, c.p.p., *«la qualità di imputato si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna»*.

Ebbene, nei casi di specie (come è stato correttamente osservato nei ricorsi) la declaratoria di prescrizione emessa nei confronti dei legali rappresentanti delle società ricorrenti, in difetto di contestuali statuizioni civili, non potrebbe dar luogo neanche alla revisione dei processi allora avviati contro di loro (sul punto, Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2018, n. 6141), escludendo *de facto* ogni possibile reviviscenza della posizione processuale pregressa dei rappresentanti legali.

L'ultimo argomento menzionato dalla Corte, infine, riguarda il carattere eccezionale della disposizione in esame. Il divieto di rappresentanza previsto dall'art. 39, comma I, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, difatti, costituisce una deroga al principio generale secondo cui l'ente è rappresentato nel processo penale dal proprio legale rappresentante. Ed è proprio il suo carattere eccezionale, in pieno accordo con quanto statuito all'art. 14 delle preleggi, che non rende la disposizione suscettibile di essere applicata oltre i casi in essa considerati.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, in accoglimento delle impugnazioni elevate, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata disponendo, al contempo, la trasmissione degli atti alla Corte di Appello, in diversa composizione, per ulteriore corso.

DOLO ALTERNATIVO COMPATIBILE CON TENTATIVO, IN QUANTO LA CONDOTTA EQUIVOCA È DIRETTA A PERSEGUIRE OBIETTIVI CHIARI DELL'AGENTE - CASS. PEN. SEZ. V, 11 MARZO 2025, N. 9907

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA¹

Il dolo alternativo è figura pienamente compatibile con il tentativo poiché è una condotta nient'affatto equivoca diretta a perseguire obiettivi chiari nella mente dell'agente: il dolo alternativo, infatti, costituisce a tutti gli effetti una forma di dolo diretto; consta di un atteggiamento volitivo mirante a un preciso evento, accanto al quale se ne prefigura, certo o anche solo altamente probabile, uno inferiore costituente anch'esso scopo della condotta.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 104
2. **La decisione** 105
3. **Conclusioni** 106

1. IL FATTO

Con la sentenza in esame la Corte di appello, in riforma della pronuncia di primo grado con cui il Tribunale assolveva l'imputato per l'insussistenza del fatto di reato di cui agli artt. 56, 624, 625 co.1 c.p., ha ritenuto integrati gli estremi del tentativo punibile e, pertanto, ha condannato l'imputato alla pena di un anno di reclusione ad Euro 300,00 di multa per il reato di tentato furto aggravato dall'aver agito travisato ai danni della persona offesa (egli in sella al motorino con targa alterata, prima seguiva e poi aggirava la vittima cercando ripetutamente di palpeggiare la tasca ove teneva il portafoglio).

Avverso la già menzionata sentenza ricorre per Cassazione l'imputato articolando sei motivi:

-con il primo motivo lamenta la nullità dell'ordinanza di rinnovazione dell'istruttoria mediante l'audizione del querelante, per la violazione degli

artt. 125, co. 3, per ordinanza immotivata, 603, co. 1 e 3bis, per mancanza di istanza di rinnovazione, e 438 c.p.p., nonché per motivazione manifestamente illogica.

In ossequio alla volontà dell'imputato di farsi giudicare secondo le forme del rito abbreviato "secco" la rinnovazione in tal caso sarebbe vietata;

-con il secondo motivo, deduce la nullità derivata dalla sentenza, ex art. 185 c.p.p.;

-con il terzo motivo il ricorrente lamenta la nullità della sentenza ex art. 125, co. 3., art. 192, co. 2, e art. 530 c.p.p., per vizi di motivazione e travisamento della prova, laddove afferma la sussistenza di atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il furto;

-con il quarto motivo, il ricorrente eccepisce la nullità dell'impugnata sentenza per violazione degli artt. 125, co. 3 c.p.p. in relazione all'art. 56, co. 3 c.p. e per vizi di motivazione e travisamento della prova, censurando il rigetto dell'ipotesi di volontaria desistenza e l'affermazione della Corte. Non vi sarebbero stati fattori esterni che avevano costretto l'imputato ad interrompere l'azione. La volontarietà della desistenza non andrebbe intesa come spontaneità, bensì come scelta operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne;

-con il quinto motivo, deduce la nullità della sentenza per violazione degli artt. 125, co.3 c.p.p. e 62-bis e 133 c.p. e l'esistenza di motivazione apparente, in relazione alla mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche e alla determinazione della pena;

-con il sesto motivo, contesta la nullità della sentenza di appello per violazione di legge e di vizi di motivazione, per aver rigettato l'istanza di sostituzione della pena irrogata con la detenzione domiciliare, ai sensi degli artt. 20-bis c.p. e 53 e 56 L. 698/1981.

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹Massima non ufficiale.

La Suprema Corte è chiamata a ribadire il proprio orientamento sulla compatibilità della figura del dolo alternativo con il tentativo.

2. LA DECISIONE

La Corte, rigettate tutte le preliminari questioni processuali poste giacché la rinnovazione istruttoria può spiegarsi anche nel processo argomentativo che motiva la decisione in sentenza, ritiene altresì infondati i motivi relativi alla configurabilità del tentativo di furto.

Nello specifico:

-i primi due motivi sono infondati in quanto, il giudice di appello che dispone la rinnovazione istruttoria può sviluppare il processo argomentativo che motiva la decisione anche in sentenza, posto che ciò risulta coerente con la previsione di cui all'art. 586 c.p.p., in forza del quale l'impugnazione, avverso le sentenze emesse nel corso del dibattimento, può essere proposta solo con l'impugnazione della sentenza (così Sez. III, n. 1455 del 10.11.2023, dep. 2024, Rv. 285736-01).

Il comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. è di immediata applicazione nel giudizio di appello nel testo modificato dall'art. 34, co. 1, lett. I), n.1, d.l.gs. 150/2022, in assenza di disposizioni transitorie e in base al principio *tempus regit actum* e con riferimento al tempo in cui l'atto viene compiuto.

Tale disposizione, continua la Corte, fa chiaramente salva l'applicazione dei commi 1 e 3 del medesimo articolo e, dunque, della possibilità di disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale d'ufficio, se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.

È chiaro altresì che tale regola non subisce eccezioni nel caso di giudizio abbreviato: è stato più volte ribadito (si veda, Cass. Sez. II, n. 30776 del 10.05.2023, Rv. 284947/01), che nel giudizio di appello conseguente allo svolgimento nelle forme del rito abbreviato del giudizio in primo grado, è consentito al giudice disporre, ai sensi dell'art. 603, co. 3, c.p.p., i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti.

Come è stato altresì rilevato che *“l'interesse dell'imputato a vedersi giudicato in base ad un compendio probatorio non completo, ed a bloccare quindi ogni integrazione in senso a lui sfavorevole, non può soccombere rispetto*

all'interesse dello Stato alla ricerca della verità, anche a costo di sacrificare l'ulteriore interesse statale alla rapida definizione del processo” (in tal senso, Cass. Sez. I, n. 44324 del 18.04.2012, Stasi);

-anche il terzo e il quarto motivo sono infondati. La Corte d'appello ha ritenuto integrato il furto sulla base degli argomenti desunti dalle dichiarazioni della persona offesa e dagli atti di indagine dei Carabinieri. Dunque, la Corte d'appello ha concluso ritenendo che l'imputato avesse posto in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il reato di furto.

La Corte ribadisce la piena compatibilità del dolo alternativo con la figura del tentativo in quanto trattasi di una forma di dolo diretto in cui il reo prevede e vuole, con scelta equipollente, uno degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria (in questo senso, Cass. Sez. I n. 47339 del 24.09.2024, Rv. 287335-01).

Per la configurabilità del tentativo, chiarisce la Corte, rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia deciso di attuarlo con azione dalla significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato, salvo il verificarsi di eventi indipendenti non prevedibili dal reo.

Per queste ragioni, risulta indubbio che la condotta dell'imputato, volta a frugare le tasche della vittima, fosse diretta a derubare e, pertanto, la Corte di appello correttamente ha motivato in merito, ricavando utili elementi di giudizio da tutte le circostanze desunte *aliunde*, cioè dagli accadimenti appurati in prossimità del fatto contestato.

Inoltre, nel caso in esame non può nemmeno ravvisarsi un'ipotesi di desistenza volontaria, come affermato dalla difesa, in quanto, secondo pacifico principio, nei reati di danno a forma libera la desistenza volontaria è configurabile solo nella fase del tentativo incompiuto, ossia fino a quando non siano stati attuati gli atti da cui origina il processo causale idoneo a produrre l'evento (si veda, Cass. Sez. 5, n. 50079 del 15.05.2017, Rv. 271435-01);

-il quinto motivo è inammissibile, in quanto trattasi di motivazione che non può dirsi assente e



che è priva di profili di manifesta illogicità o altri vizi motivazionali;

-l'ultima censura è fondata: l'art. 58 della legge 689/1981, oggetto di modifiche recenti da parte della Legge Cartabia, prevede che *“il giudice, nei limiti della legge e tenuto conto dei criteri indicati dall'art. 133 c.p., se non ordina la sospensione condizionale della pena può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurazione la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati (...)”*.

Ecco che i “fondati motivi”, che non consentono la sostituzione della pena, richiedono, come afferma la Suprema Corte, di un'adeguata e “rafforzata” motivazione in merito al giudizio di bilanciamento, in chiave prognostica, tra le istanze volte a privilegiare forme sanzionatorie consone alla finalità rieducativa e l'obiettivo di assicurare l'effettività della pena. Si tratta comunque di una valutazione discrezionale del giudice che va operata sulla base dei criteri posti all'art. 133 c.p. e, dunque, considerando primariamente le personalità del condannato.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte annulla la sentenza impugnata limitatamente alle sanzioni sostitutive, con rinvio per nuovo esame sul punto ad altra sezione della Corte di Appello.

Rigetta nel resto il ricorso.

IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE, LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA PER ESSERE LEGITTIMAMENTE UTILIZZATA COME FONTE RICOSTRUTTIVA DEL FATTO NON NECESSITA DI ALTRI ELEMENTI DI PROVA CHE NE CONFERMINO L'ATTENDIBILITÀ - CASS. PEN. SEZ. III, 16 APRILE 2025, N. 15128

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA¹

La testimonianza della persona offesa, perché possa essere legittimamente utilizzata come fonte ricostruttiva del fatto per il quale si procede non necessita di altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità ma, anzi, al pari di qualsiasi altra testimonianza, è sorretta da una presunzione di veridicità secondo la quale il giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 107**
- 2. La decisione 107**
- 3. Conclusioni 109**

1. IL FATTO

Il Tribunale riteneva colpevole dei reati ascritti l'imputato dei delitti di cui agli artt. 572, comma 2, 582 - 609 *bis* c.p.

La Corte d'Appello riqualificava la circostanza aggravante del fatto commesso con armi e le residue circostanze aggravanti di cui all'art. 572, secondo comma, c.p. in quelle di cui all'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p., rideterminando la pena in anni cinque, mesi quattro e giorni quindici di reclusione, confermando nel resto la condanna dell'imputato.

Avverso la sentenza di gravame veniva proposto ricorso per Cassazione dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello e dall'imputato, per il tramite del proprio difensore.

Il Procuratore generale articolava due motivi.

Il primo denunciava l'inosservanza della legge penale in relazione all'erroneo calcolo della pena.

Nel determinare la pena per la continuazione, la Corte di appello riteneva più grave il delitto di violenza sessuale commesso nel 2020 applicando, però, la pena base in misura superiore al minimo edittale vigente all'epoca della consumazione del medesimo delitto commesso nel 2016.

Nella medesima direzione si poneva il secondo motivo. Con questo il Procuratore generale deduceva la mancanza o l'illogicità della motivazione, in quanto il Giudice di seconde cure ometteva di chiarire l'esclusione della maggiore gravità della violenza sessuale commessa con il coltello nel 2016, benché, in entrambi gli episodi contestati (2016 e 2020), l'atto sessuale sia stato il medesimo.

L'imputato, d'altro canto, proponeva tre motivi.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p., osservava che la persona offesa, sulla cui base veniva poi emanata la sentenza di condanna, non poteva ritenersi credibile, non riuscendo a collocare nel tempo gli episodi da lei sofferti.

Inoltre, il Collegio giudicante ignorava, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo, il contesto affettivo e d'intimità dei due rapporti sessuali incriminati, i quali venivano intervallati da copulazioni di tipo consenziente.

Successivamente, sottolineava la carenza di motivazione in ordine agli aumenti di pena applicati a titolo di continuazione.

Infine, deduceva la mancata applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. in relazione al reato di detenzione illegale di armi bianche proprie.

2. LA DECISIONE

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

La Terza sezione della Corte di Cassazione riteneva entrambi i ricorsi inammissibili.

Per quanto riguarda il primo profilo del ricorso dell'imputato, ossia la non credibilità della persona offesa, la Corte ribadiva un principio di diritto quanto mai pacifico in giurisprudenza: in generale, la testimonianza della persona offesa, perché possa essere legittimamente utilizzata come fonte ricostruttiva del fatto per il quale si procede non

necessita di altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità ma, anzi, al pari di qualsiasi altra testimonianza, è sorretta da una presunzione di veridicità secondo la quale il giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso.

È però vero che l'esame della vittima del reato deve essere più penetrante e specifico laddove questa si portatrice di un interesse personale. Purtroppo, questa considerazione non si traduce in un

aprioristico giudizio di inaffidabilità della testimonianza stessa e non consente di collocarla, di fatto, sullo stesso piano delle dichiarazioni provenienti dai soggetti indicati dall'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.

Quanto analizzato sinora deve essere temperato dalla particolarità dei reati sessuali, ove, spesso, sono presenti esclusivamente i due protagonisti della vicenda (imputato-persona offesa).

«In questi casi la deposizione della persona offesa può essere assunta anche da sola come fonte di prova della colpevolezza, ove venga sottoposta ad un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l'ha resa, dato che in tale contesto processuale il più delle volte l'accertamento dei fatti dipende necessariamente dalla valutazione del contrasto delle opposte versioni di imputato e parte offesa, soli protagonisti dei fatti, in assenza, non di rado, anche di riscontri oggettivi o di altri elementi atti ad attribuire maggiore credibilità, dall'esterno, all'una o all'altra tesi».

Diretta conseguenza è che non sarebbe giuridicamente corretto fondare il giudizio di inattendibilità sul solo dato dell'oggettivo contrasto con altre prove testimoniali, soprattutto se provenienti da persone che non hanno assistito al fatto.

Di contro, seguendo questa lettura, si introdurrebbe una gerarchia tra fonti di prova viziata da

una valutazione di aprioristica inattendibilità della testimonianza della persona offesa che, come detto, non è ammissibile.

Bisogna, poi, ricordare come la valutazione della credibilità della persona offesa costituisce una questione di merito e, come tale, non può essere scrutinata in sede di legittimità, salvo che il Giudice sia incorso in palese contraddizione.

Infine, la circostanza per cui le due violenze sessuali, consumate nell'ambito di un rapporto coniugale, erano intervallate da rapporti consensuali è muta rispetto all'integrazione del reato, anche da un punto di vista soggettivo.

Questa considerazione ribalta, a favore dell'imputato, *«la ratio puniendi della violenza sessuale quasi che nel rapporto affettivo si affievolisca, nel nome di un arcaico obbligo coniugale, il diritto assoluto del partner di decidere se e quando acconsentire a disporre del proprio corpo a fini sessuali. Ed è deduzione, sotto questo profilo, irricevibile».*

Ugualmente infondato era il secondo motivo.

Ripercorrendo il calcolo della pena posto dalla Corte d'Appello, questo appare corretto e adeguatamente motivato.

Infatti, veniva indicata come pena base per il delitto più grave, il minimo edittale del reato di cui all'art. 609 *bis* c.p., commesso nel 2020, equivalente ad anni sei di reclusione.

Riconosciute, poi, le attenuanti generiche ai sensi dell'art. 62 *bis* c.p., veniva diminuita ad anni quattro anni di reclusione.

Infine, riconosciuto il vincolo della continuazione interna di mesi sei; di ulteriori mesi sei per il delitto di maltrattamenti; di mesi due e giorni quindici per le lesioni personali; di mese uno di reclusione per le lesioni rubricate al capo D; di altri giorni quindici per il reato di cui al capo E; la pena finale veniva calcolata in anni cinque, mesi quattro e giorni quindici di reclusione.

La Terza Sezione riprendeva il principio di diritto affermato dalle SS.UU. n. 47127/2021, secondo cui:

«in tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite. Il grado di impegno motivazionale richiesto in ordine ai singoli aumenti di pena è correlato all'entità degli stessi e tale da

consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene».

Ebbene, nel caso di specie, la Corte d'Appello milanese ragionava in modo sintetico, ma in modo adeguato alla complessiva mitezza della condanna inferiore, comunque, al minimo edittale del reato più grave.

Anche l'ultimo motivo, relativo al mancato riconoscimento della causa di non punibilità rappresentata dall'art. 131 *bis* c.p., era da considerarsi infondato.

I Giudici distrettuali ne escludevano l'operatività sia perché si trattava di tre armi bianche sia per la sua capacità lesiva delle tre, da valutarsi unitamente al rilievo per cui il ricorrente commetteva commesso i reati di maltrattamenti e violenza sessuale, in costanza di detenzione delle armi.

La Corte di Cassazione riteneva altresì infondato il ricorso del P.G.

Il primo motivo articolava l'erroneo calcolo della pena susseguente agli aumenti dovuti alla continuazione.

La risposta degli Ermellini riprendeva il principio di diritto espresso dalle SS.UU. n. 25939/2013, per cui: *«In tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto in*

base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse».

Il delitto di violenza sessuale commesso nel 2020 veniva punito – a seguito della riforma del 2019 – con pena edittale più elevata rispetto al testo *pre-riforma* (reclusione da cinque a dieci

anni). Sicché veniva correttamente individuato il fatto più grave nella violenza sessuale del 2020, a prescindere dalle concrete modalità di consumazione del meno grave reato commesso nel 2016.

3. CONCLUSIONI

Dichiara inammissibile il ricorso del PG.

Dichiara inammissibile il ricorso dell'imputato che condanna al pagamento delle spese processuali

e della somma di euro tremila in favore della cassa delle ammende.

INVASIONE DI TERRENI ED EDIFICI ED ELEMENTI STRUTTURALI DEL REATO - CASS. PEN., SEZ. II, 9 GIUGNO 2025, N. 2181

A cura di **Antonino DI MAIO***

MASSIMA¹

Ai fini della configurabilità della fattispecie penale di invasione di terreni ed edifici, la condotta si deve caratterizzare non soltanto per la natura sine titulo dell'occupazione ma anche qualora tale azione venga promossa nonostante tra le parti vi sia un rapporto di parentela, o vi sia un preesistente titolo di cortesia o un'antecedente autorizzazione da parte del titolare del bene immobile.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 110
2. **La decisione** 110
3. **Conclusioni** 111

1. IL FATTO

Il difensore dei ricorrenti proponeva ricorso per cassazione avverso la decisione della Corte di Appello di Torino che confermava quanto statuito dal giudice di primo grado il quale aveva condannato gli imputati, in concorso tra loro, per i delitti di invasioni di terreni ed edifici e di deturpamento e di imbrattamento di edifici altrui.

Nel caso di specie, i prevenuti avevano occupato un appartamento che risultava di proprietà comunale.

Sul punto, i legali degli imputati esponevano i seguenti motivi di doglianza avverso la decisione impugnata.

Preliminarmente, un primo motivo alludeva alla motivazione erronea con cui l'organo giudicante non aveva considerato il rilievo difensivo della preesistente autorizzazione goduta dai ricorrenti per l'occupazione dell'abitazione, sulla base di quanto confermato dalle dichiarazioni testimoniali che non erano state antecedentemente smentite.

Un secondo ulteriore motivo atteneva alla carenza dell'elemento psicologico del reato, posto che non sussisterebbe la connotazione dolosa della fattispecie penale nel caso di un diritto di ospitalità fruito dall'agente, come confermato dalle dichiarazioni del teste.

Infine, nei successivi motivi, il legale degli imputati contestava l'inapplicabilità dell'art. 131-bis, c.p., in virtù della mancata considerazione delle condizioni socio-economiche dei ricorrenti e della natura esigua del danno prodotto, nonché la scarsa proporzione della sanzione penale rispetto al caso concreto, in virtù del mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, da ritenersi prevalenti rispetto al giudizio di bilanciamento.

Con riguardo alle esigenze di risocializzazione degli imputati, infine, la decisione della Corte di Appello non si soffermava sulla necessità di applicare le sanzioni sostitutive rispetto al caso di specie, con conseguente violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.

2. LA DECISIONE

Le doglianze oggetto del ricorso risultano inammissibili.

Quanto al primo motivo, occorre osservare che tali rilievi difensivi assumano natura meramente fattuale, laddove un costante orientamento giurisprudenziale ha ribadito l'impossibilità per la Suprema Corte di optare per una rielaborazione in chiave critica dei criteri probatori già analizzati dal giudice di merito, così delineando un *modus operandi* avulso dal severo giudizio di legittimità (Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 22.1.2014 n. 10289).

Con riferimento al secondo motivo, la Corte di Cassazione ha aderito al saldo indirizzo critico secondo cui l'art. 633 c.p. è integrato qualora l'agente occupi un'unità abitativa *sine titulo*, ovvero in virtù dell'introduzione in un appartamento di

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹Massima non ufficiale.

proprietà di un ente pubblico, previo consenso di colui che ne sia proprietario o ne abbia altro diritto di godimento, nel caso di un rapporto di cortesia o di parentela (Cass. pen. Sez. II, 24.3.2023 n. 27041).

Com'è noto, il concetto di "invasione" afferisce all'azione di colui che penetri illecitamente in un fondo o in uno stabile appartenente ad altro individuo, con l'intenzione di permanervi in maniera arbitraria.

L'espressione "invasione arbitraria" sottende la natura indebita del comportamento criminoso ed espone tale fattispecie penale al rischio di indesiderabili incertezze interpretative, in quanto i confini della scriminante del consenso dell'avente diritto nell'occupazione di un fondo altrui risultano, come può osservarsi nella decisione oggetto di commento, alquanto labili²

Con riguardo al terzo motivo, la fattispecie criminosa di cui all'art. 633 c.p. è integrata dal c.d. dolo specifico, nel senso che l'agente deve rappresentarsi e voler conseguire il possesso del fondo o dell'edificio altrui, comportandosi *uti dominus*, al fine di occuparlo o di acquisire un profitto³.

Sul punto, occorre precisare che ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo bisogna provare l'evidente promozione di una finalità di profitto o di occupazione da parte dell'agente, al fine di evitare ipotesi di *dolus in re ipsa*.

Tra gli ulteriori motivi avanzati dal ricorrente degli imputati, non può ritenersi applicabile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto rispetto al caso di specie, in virtù della perdurante durata dell'occupazione e delle modalità entro cui si è esplicata la condotta, i quali rappresentano fattori ostativi all'adozione dell'art. 131-bis, c.p.

Nemmeno può ritenersi configurabile la possibilità di attuare un'automatica censura sul giudizio di bilanciamento delle circostanze, la cui critica può ammettersi solamente nel caso in cui quest'ultime siano espressione di evidente arbitrio o di

illogico ragionamento giuridico (Cass. pen. Sez. II; 08.6.2017 n. 31543).

Infine, risulta inconferente la doglianza sulla mancata irrogazione delle pene sostitutive, laddove già la sentenza impugnata argomentava in maniera esaustiva e coerente i motivi sulla non concedibilità delle medesime.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte dichiara inammissibili i ricorsi ai sensi dell'art. 616 c.p.p. e condanna le parti ricorrenti al pagamento delle spese processuali e di una somma di denaro parti ad euro 3000 da versare alla Cassa delle ammende.

² Per una panoramica generale, si veda D. NOTARO, *Delitti contro il patrimonio immobiliare*, in *Diritto penale*, A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (Dirr.), Utet, 2022, pp. 7084-7085; D. PULITANÓ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*,

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 65. T. PADOVANI, *Invasioni di edificio e stato di necessità*, in *Arch. pen.*, 1970, II, p. 425.

³ LA CUTE, *Sull'elemento soggettivo del reato di invasione di edifici*, in *Giur. Merito*, 1971, p. 378.

LA GENITORIALITÀ CONDIVISA, AL DI FUORI DI UN RAPPORTO DI CONIUGIO O DI CONVIVENZA, NON PUÒ COSTITUIRE, DA SOLA, IL PRESUPPOSTO PER RITENERE SUSTISTENTE UN RAPPORTO “FAMILIARE” RILEVANTE AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI CUI ALL’ART. 572 COD. PEN. - CASS. PEN. SEZ. III, 12 MAGGIO 2025, N. 17852

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA¹

La mera genitorialità condivisa, al di fuori di un rapporto di coniugio o di convivenza, non può costituire, da sola, il presupposto per ritenere sussistente un rapporto “familiare” rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 572 cod. pen., in quanto gli obblighi di formazione e mantenimento dei figli previsti dall’art. 337-ter, cod. civ. a carico dei genitori non determinano un rapporto reciproco fra questi ultimi, essendo il loro comune figlio l’unico soggetto da essi interessato.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 112**
- 2. La decisione 112**
- 3. Conclusioni 113**

1. IL FATTO

Il Tribunale condannava l'imputato per i delitti di cui agli artt. 612 *bis* (capo A); 572 (capo B) e 635, comma 2 (capo C), cod. pen.

Nel giudizio di gravame, la Corte d'Appello di dichiarava non doversi procedere per il delitto di cui all'art. 635 cod. pen. per intervenuta prescrizione e rideterminava la pena, assorbendo il reato di cui al capo a) nel delitto di cui al capo b). Confermava, nel resto, la sentenza.

Avverso la sentenza di gravame l'imputato, per il tramite del suo difensore, proponeva ricorso per Cassazione.

Il primo motivo, dedotto ai sensi dell'art. 606, lett. d) cod. proc. pen., lamentava la mancata assunzione di una prova decisiva e difetto di motivazione perché la Corte d'Appello non accoglieva la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, rilevante al fine di valutare l'attendibilità dei testi.

Con il secondo motivo, ai sensi dell'art. 606, lett. e) cod. proc. pen., si denunciava la violazione di legge e il difetto di motivazione in relazione all'assorbimento di atti persecutori in quello di maltrattamenti in famiglia.

Infine, lamentava il difetto di motivazione in relazione alla mancata applicazione delle circostanze attenuanti generiche.

2. LA DECISIONE

Il primo motivo di ricorso era infondato.

Per giurisprudenza consolidata, l'acquisizione di una prova documentale in secondo grado può avvenire soltanto se la prova richiesta sia rilevante e decisiva rispetto al quadro probatorio già acquisito.

Il motivo veniva rigettato perché i mezzi di prova indicati non erano idonei a scardinare il l'impianto dimostrativo formato nel corso del primo grado di giudizio.

D'altro canto il secondo motivo veniva ritenuto fondato.

Dalla motivazione del Giudice di prime cure emergeva che l'imputato e la persona offesa dal reato, avevano sì intrapreso una relazione sentimentale, avviando anche una convivenza – di circa un anno – dopo la nascita del figlio dei due, ma senza unirsi nel vincolo matrimoniale.

Vista la presenza di due segmenti temporali, uno in cui era individuabile un rapporto di

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

¹ Massima non ufficiale.

convivenza, un altro in cui quest'ultimo era venuto meno, il Tribunale riteneva responsabile l'imputato colpevole sia del reato di maltrattamenti sia del reato di atti persecutori.

La Corte d'Appello, tuttavia, dissentiva con tale percorso logico-giuridico, rideterminando la pena ritenendo il delitto di cui all'art. 612 *bis* cod. pen. assorbito in quello di cui all'art. 572 cod. pen.

A tal proposito, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione affermava che i concetti di "famiglia" e di "convivenza" devono essere intesi in senso ristretto, ossia di comunità connotata da una stabile relazione affettiva, contraddistinta dalla duratura comunanza di affetti implicante reciproche aspettative di solidarietà e assistenza,

«sicché può configurarsi l'ipotesi aggravata di atti persecutori di cui all'art. 612-bis, comma 2, cod. pen., e non il reato di maltrattamenti in famiglia, quando le reiterate condotte moleste e vessatorie siano perpetrate dall'imputato dopo la cessazione della convivenza "more uxorio" con la persona offesa»².

Ancora, l'argomento della genitorialità condivisa al di fuori del rapporto di coniugio o di convivenza, al fine di affermare il suddetto assorbimento, è inconsistente.

Gli obblighi ricadenti sul padre e sulla madre non possono costituire di per sé il presupposto per ritenere sussistente un rapporto "familiare" rilevante ai fini della configurabilità del reato, in quanto gli obblighi di formazione e mantenimento dei figli previsti dall'art. 337-ter, cod. civ. a carico dei genitori non determinano un rapporto reciproco fra questi ultimi, essendo il loro comune figlio l'unico soggetto da essi interessato.

3. CONCLUSIONI

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello.

² Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, n. 31390/2023.

ART. 131 BIS C.P. E COMPORTAMENTO ABITUALE - CASS. PEN. SEZ. VI, 17 APRILE 2025, N. 15268

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA¹

Ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità, il comportamento è considerato abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello in esame; nella valutazione dell'an di detto presupposto, il giudice può fare riferimento, oltre che alle condanne irrevocabili e alle precedenti pronunzie relative a reati in precedenza ritenuti non punibili a sensi dell'art. 131bis c.p., anche agli illeciti il cui accertamento è ancora in fase di cognizione, di cui il giudice è in grado di valutare l'esistenza. Posto che l'art. 131bis, co. 3, c.p., allorché tipizza l'abitudine del comportamento, fa riferimento alla commissione di più reati e non a precedenti condanne, «la pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 114**
- 2. La decisione 114**
- 3. Conclusioni 115**

1. IL FATTO

La Corte d'Appello territorialmente competente, in conferma della pronuncia del giudice di prime cure, condannava l'imputato alla pena ritenuta di giustizia per il reato di cui all'art. 385 c.p., ritenendo inapplicabile la causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. in virtù dei precedenti specifici dell'imputato.

Avverso tale provvedimento, l'imputato a mezzo del proprio difensore ricorreva in Cassazione deducendo violazione di legge e vizi della motivazione: nello specifico,

- la Corte avrebbe ritenuto inapplicabile l'art. 131 bis c.p. nonostante dal certificato del casellario giudiziale non risultassero precedenti a carico dell'imputato; oltre a ciò, non avrebbe tenuto conto della minima offensività del fatto criminoso realizzato, desumibile dalle concrete modalità della condotta (essendo stata contestata una singola violazione);

- come vizi della violazione, la Corte di appello avrebbe, nell'esclusione delle attenuanti generiche, fatto riferimento all'avvenuto riconoscimento della circostanza di cui all'art. 385, ultimo comma, c.p., come se il riconoscimento dell'una attenuante escludesse l'applicazione dell'altra.

Pertanto, la questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava i presupposti per l'applicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.

2. LA DECISIONE

La questione veniva affrontata dalla Cassazione, la quale ribadiva il principio per cui il giudizio sulla particolare tenuità del fatto richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, tenendo conto, come disciplinato dall'art. 133, co. 1, c.p., di diversi criteri, ossia modalità della condotta, grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo (si veda Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681).

Con riferimento al primo motivo, il massimo Consesso precisava che, ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità, il comportamento dell'autore è abituale quando lo stesso, anche successivamente al reato per cui si procede, commette almeno due illeciti, oltre quello preso in esame; è necessario pertanto che, nella valutazione dell'an, il giudice possa fare riferimento, oltre che alle condanne irrevocabili e alle precedenti pronunzie (relative a reati in

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

precedenza ritenuti non punibili a sensi dell'art. 131**bis** c.p.), anche agli illeciti il cui accertamento è ancora in fase di cognizione, di cui il giudice è in grado di valutare l'esistenza.

Si affermava infatti che, posto che l'art. 131**bis**, co. 3, c.p., ipotizzando l'abitudine del comportamento, fa riferimento alla commissione di più reati e non a precedenti condanne (l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate), *«la pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza»*.

Per quanto riguarda il secondo motivo, lo stesso veniva assorbito.

3. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto si precedeva a disporsi l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Palermo per nuovo giudizio in punto di verifica della sussistenza dei presupposti richiamati per l'applicazione dell'art. 131-bis c.p.

COMMETTE IL DELITTO DI ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO IL CONIUGE CHE ESTRAPOLA I MESSAGGI WHATSAPP DEL PARTNER - CASS. PEN., SEZ. V, 23 MAGGIO 2025, N. 19421

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA¹

Integra il delitto di cui all'art. 615 ter cod. pen. la condotta del soggetto che viola lo spazio comunicativo privato di cui solo la persona offesa è titolare, con connesso ius excludendi alios, in quanto abbinato ad un telefono cellulare nella sua esclusiva disponibilità e protetto da password.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 116
2. **La decisione** 117
3. **Conclusioni** 118

1. IL FATTO

Con sentenza la Corte di appello ha ridotto la pena inflitta a mesi sei e giorni venti di reclusione, previa concessione delle circostanze aggravanti generiche, confermando, per il resto, il giudizio di penale responsabilità per i reati di cui agli artt. 81, 615 ter e 610 cod. pen.-

Dalla sentenza di primo grado emergeva che l'imputato, impossessandosi di un telefono cellulare in uso alla ex moglie, nonostante la protezione dei dati a mezzo password, aveva estratto alcuni messaggi che la stessa aveva scambiato con altra persona, consegnandoli quindi al proprio legale affinché ne facesse uso nel giudizio civile di separazione, nell'ottica di una eventuale pronuncia di addebito.

Inoltre, in un momento successivo, l'imputato - dopo che aveva provveduto a fare sostituire la chiave della serratura della propria abitazione, essendo in corso il giudizio di separazione, e previa, comunque, comunicazione al medesimo - presentatosi presso l'abitazione e rimasto fuori dalla porta,

dopo essere andato a prendere senza preavviso i figli da scuola, le aveva impedito di avvicinarsi ai figli, che attendevano seduti sulla scala, pretendendo che trascorressero la giornata con lui e intimandole di volere accedere all'interno.

La persona offesa riferiva che, in tale occasione, l'imputato aveva continuato ad inveire contro anche dopo l'arrivo dei Vigili del Fuoco, il cui intervento era stato sollecitato proprio dal medesimo.

L'imputato ha proposto ricorso.

Con il primo motivo denuncia violazione di legge e vizio di motivazione in relazione all'art. 529, comma 2, cod. proc. pen.

Deduce che: con querela aveva affermato di essere a conoscenza che, “già nel corso dell'anno 2020”, l'imputato aveva estrapolato alcuni messaggi dal suo telefono, da una chat intrattenuta con un collega di lavoro, facendo screenshot ed inviandoli ai suoi genitori; la querela sarebbe, pertanto, tardiva; sarebbe censurabile la conclusione espressa dalla Corte di appello secondo cui la realizzazione dell'accesso deve essere collocato “in un'epoca antecedente e prossima al 10 marzo 2023”; i documenti allegati alla querela del 27 marzo 2023 corrispondevano a quelli che l'imputato aveva fotografato con il proprio cellulare, inviandoli a se stesso con una mail del 14 febbraio 2020; l'imputato, inoltre, si era limitato ad effettuare fotografie con il proprio cellulare al contenuto di alcuni messaggi della moglie, relativi ai mesi di gennaio e febbraio 2020, e non “del registro chiamate” e non sarebbe configurabile alcun accesso ad un sistema informatico.

Con il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 615 ter cod. pen. e vizio di motivazione. Deduce che: la condotta di accesso abusivo è stata contestata con riferimento a due diversi apparecchi cellulari e la Corte territoriale aveva accolto la tesi che entrambi i telefoni fossero protetti da password,

* Avvocato del Foro di Venezia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

¹ Massima non ufficiale.

senza alcuna prova tecnica e sulla base della sola dichiarazione della persona offesa la quale, tuttavia, era stata ritenuta non attendibile dal tribunale del riesame (nella prospettazione in termini di mera amicizia del rapporto con il suo collega di lavoro); non era stata considerata la natura strumentale della querela, presentata a distanza di pochi giorni dall'utilizzo dei messaggi nel giudizio civile; in assenza di prova che il sistema sia stato protetto da password, i dati carpiri, sia pure in violazione della privacy, non possono ritenersi ottenuti attraverso l'introduzione in un sistema informatico.

Con terzo motivo denuncia violazione di legge penale in relazione all'art. 610 cod. pen.-

Deduce che la persona offesa aveva arbitrariamente e clandestinamente fatto sostituire la serratura della porta di ingresso di casa; il mancato avvicinamento della medesima ai figli era stato determinato da una sua scelta prudenziale; l'imputato, nell'intimare ai propri figli di non allontanarsi dalla sua persona, aveva agito nell'esercizio delle sue facoltà genitoriali, considerato che la madre, pur di raggiungere il suo scopo di estromettere l'imputato dall'abitazione familiare, li aveva lasciati fuori di casa; sarebbe penalmente irrilevante il fatto, pur sottolineato in sentenza, di avere negato al figlio piccolo, di undici anni, il permesso per andare dalla madre.

Il Sostituto Procuratore generale ha concluso chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

Il difensore della parte civile si è riportato alla comparsa conclusionale che ha depositato chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

Il difensore dell'imputato ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

2. LA DECISIONE

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere articolati:

La Corte, si sofferma sulla natura del reato di cui all'art. 615 *ter* cod. pen.-

La condotta posta in essere dall'imputato- consistita nel violare lo spazio comunicativo privato di cui solo la persona offesa era titolare, con connesso *ius excludendi alios*, in quanto abbinato ad un telefono cellulare nella sua esclusiva disponibilità e protetto

da password- ha integrato, invero, il reato di cui all'art 615 *ter* cod. pen.-

La fattispecie in esame è stata introdotta dalla legge n. 547 del 23 dicembre 1993, come “computer's crime”, nella sezione concernente i delitti contro la inviolabilità del domicilio, a tutela della privacy della persona da ogni illecita interferenza attuata attraverso l'abusiva introduzione o permanenza nel collegamento con i sistemi informatici o telematici, contro la volontà espressa o tacita dell'avente diritto. La collocazione del reato in questione nella sezione relativa ai delitti contro la inviolabilità del domicilio dipende, come si evince dalla relazione di accompagnamento al relativo disegno di legge, dalla considerazione dei sistemi informatici alla stregua di «*un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantito dall'art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli artt. 614 e 615 del codice penale*».

Il bene giuridico tutelato dalla norma in commento viene individuato dalla giurisprudenza di legittimità, con orientamento costante, nella difesa del domicilio informatico sotto il profilo dello *ius excludendi alios*, anche in relazione alle modalità che regolano l'accesso dei soggetti eventualmente abilitati.

Nella ricostruzione della fattispecie sottoposta al suo esame, in particolare, il giudice di merito deve porsi nella prospettiva indicata, al fine di verificare se l'introduzione o il mantenimento nel sistema informatico, anche da parte di chi aveva titolo per accedervi, sia avvenuto in contrasto o meno con la volontà del titolare del sistema stesso, che può manifestarsi, sia in forma esplicita, che tacita.

Integra la fattispecie criminosa di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico protetto, prevista dall'art. 615 *ter* cod. pen., la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere non solo (come è ovvio) da un soggetto non abilitato ad accedervi, ma anche da chi, pure essendo abilitato, violi le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, ovvero ponga in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle per le quali l'accesso è consentito. Non hanno rilievo, invece, per la

configurazione del resto, gli scopi e le finalità che soggettivamente hanno motivato l'ingresso al sistema.

Le Sezioni Unite hanno, inoltre, sottolineato come il delitto previsto dall'art. 615 *ter* cod. pen. debba ritenersi integrato dalla condotta del soggetto che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita.

La Corte rimarca altresì la definizione di sistema informatico cioè quel complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate - per mezzo di un'attività di "codificazione" e "decodificazione" - dalla "registrazione" o "memorizzazione", per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di "dati", cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli (bit), in combinazione diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare "informazioni", costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente.

In tal senso quindi anche la piattaforma whatsapp deve essere considerata un sistema informatico, essendo un'applicazione software progettata per gestire la comunicazione tra utenti attraverso messaggi, chiamate e videochiamate, utilizzando reti di computer per trasmettere i dati, combinando hardware, software e reti per offrire il suo servizio.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente al reato di violenza privata, perché il fatto non sussiste.

Rigetta nel resto il ricorso e rinvia per la rideeterminazione del trattamento sanzionatorio ad altra sezione della Corte di appello. Previa compensazione nella misura della metà, condanna, inoltre, il ricorrente alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalla

parte civile, ammessa al patrocinio a spese dello stato, che saranno liquidate dalla Corte di Appello con separato decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 d.p.r. 115/2002, disponendo il pagamento in favore dello Stato.

SUL CALCOLO DELLA PENA RESIDUA IN CASO DI REVOCA DEL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ - CASS. PEN., SEZ. I, 3 LUGLIO 2025, N. 24510

A cura di **Francesco MARTIN***

MASSIMA¹

In tema di reato di guida in stato di ebbrezza, l'art. 186, comma 9-bis, cod. strada introduce una deroga alla durata edittale della pena del lavoro di pubblica utilità indicata dall'art. 54, comma 2, d.lgs. n. 274 del 2000, ma non anche al criterio di computo della pena stessa sostitutiva stabilito dal comma quinto dello stesso articolo

SOMMARIO

1. **Il fatto** 119
2. **La decisione** 119
3. **Conclusioni** 121

1. IL FATTO

Con sentenza, il Tribunale, in esito a rito abbreviato, aveva condannato l'imputato alla pena di quattro mesi di arresto e 2.000,00 euro di ammenda in relazione al reato di cui all'art. 186, comma 7, cod. strada, sostituita ex art. 186, comma 9-bis, dello stesso codice con lo svolgimento di 292 ore complessive di lavori di pubblica utilità.

Con nota del 25 luglio 2024, l'U.E.P.E. comunicava che il condannato, dopo aver prestato 181 ore lavorative, aveva interrotto l'esecuzione della pena sostitutiva adducendo motivi di lavoro e cessando, poi, di presentarsi presso l'ente destinatario delle sue prestazioni.

Con l'ordinanza in epigrafe, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale, in funzione di giudice dell'esecuzione, preso atto della comunicazione dell'U.E.P.E. territoriale, sulla richiesta del P.M., disponeva la revoca della pena sostitutiva, con ripristino della pena principale.

Avverso la suddetta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione l'interessato, per il tramite del difensore, deducendo l'illegittimità del provvedimento per aver ripristinato, nella sua integralità, la pena originaria senza tener conto delle ore di lavoro svolto.

Il Procuratore generale di questa Corte, nella sua requisitoria scritta, ha concluso per l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato, alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la revoca della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, disposta per inosservanza delle prescrizioni, comporta il ripristino della sola pena residua, calcolata sottraendo dalla pena complessivamente inflitta il periodo di positivo svolgimento dell'attività, mediante i criteri di ragguaglio dettati dall'art. 58 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

2. LA DECISIONE

I motivi analizzati dalla Suprema Corte possono così essere articolati:

La Corte ha dato continuità alla consolidata esegesi di legittimità, secondo cui la revoca del lavoro di pubblica utilità, disposta per mancata osservanza delle prescrizioni, comporta il ripristino della sola pena residua, calcolata sottraendo dalla pena complessivamente inflitta il periodo di positivo svolgimento dell'attività, mediante i criteri di ragguaglio dettati dall'art. 58 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Entrambi gli artt. 186 e 187 cod. strada operano il richiamo esplicito, in quanto compatibile, all'istituto del lavoro di pubblica utilità come disciplinato dal d. lgs. n. 274 del 2000, che regola il procedimento davanti al Giudice di pace e prevede il pannello di sanzioni irrogabili per i reati attribuiti alla sua competenza.

In particolare, si è posto in rilievo il disposto dell'art. 58, secondo il quale ad ogni effetto giuridico l'obbligo di permanenza domiciliare ed il

* Avvocato del Foro di Venezia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

lavoro di pubblica utilità si considerano come pene detentive della specie corrispondente a quella della pena originaria.

Già di per sé, si è detto, la norma nel suo tenore testuale indirizza a ritenere che, se l'attività imposta sia stata svolta regolarmente nei termini prescritti per un lasso temporale apprezzabile, quel periodo debba considerarsi quale espiatione di pena equiparata alla detenzione e non possa essere posto nel nulla come mai avvenuto con la riviviscenza della sanzione originaria.

Si sono, poi, ricavate utili indicazioni esegetiche, al riguardo, nella sentenza n. 2 del 2008 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 157 cod. pen., quinto comma, come sostituito dall'art. 6 della legge n. 251 del 2005, sollevate, in riferimento all'art. 3 Cost., quanto al regime di prescrizione applicabile ai reati di competenza del Giudice di pace che siano puniti con la pena della detenzione domiciliare o del lavoro di pubblica utilità; si è rilevato trattarsi di sanzioni applicabili in alternativa ad arresto ed ammenda in base ad un meccanismo di conversione preventivamente ed astrattamente stabilito dal legislatore, il quale, in base alla testuale previsione dell'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000, ha sancito una equiparazione tra pena sostituita e pena sostitutiva che è "destinata ad operare anche per istituti di carattere sostanziale che non riguardano la fase applicativa della sanzione, come nel caso che si debba stabilire se per un reato di competenza del giudice di pace sia ammesso o non il ricorso all'oblazione".

La disposizione scrutinata, laddove stabilisce che, «per ogni effetto giuridico», le pene dell'obbligo di permanenza domiciliare e del lavoro socialmente utile si considerano detentive della specie corrispondente a quella della pena originaria, è "norma di natura speciale, cioè appositamente dettata per i reati di competenza del Giudice di pace, sorretta da una ratio unitaria e mirata ad omologare i reati in questione, quando siano per essi previste anche le pene «para-detentive», alla generalità dei reati puniti con pene detentive. Tale criterio di ragguaglio è posto senza distinzioni, per tutti i casi

in cui l'applicabilità di una norma o di un istituto dipende dalla durata e dalla specie della pena".

L'inosservanza degli obblighi inerenti al lavoro di pubblica utilità può comportarne la revoca, ma l'adozione di tale provvedimento impone al giudice, quanto agli effetti della revoca stessa, di tener conto del periodo di lavoro espletato sino al momento della commessa trasgressione e, previa effettuazione del ragguaglio dei giorni di lavoro non prestato con la pena detentiva sostituita secondo i criteri di cui ai d.lgs. n. 274 del 2000, art. 58, di scomputarlo dalla restante pena ancora da eseguire nelle forme ordinarie».

Quanto ai criteri di computo della pena sostitutiva, deve rilevarsi, per completezza, che la previsione dell'art. 186, comma 9-bis, cod. strada, secondo cui il lavoro di pubblica utilità deve avere una durata corrispondente a quella della pena detentiva irrogata e della pena pecuniaria convertita, ragguagliando l'importo di 250,00 euro a un giorno di lavoro di pubblica utilità, introduce una deroga all'art. 54, comma 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, nella parte in cui afferma: «In deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità».

Tale deroga, però, riguarda la sola parte relativa alla previsione della durata edittale della pena del lavoro di pubblica utilità, compresa da un minimo di dieci giorni a un massimo di sei mesi.

La disposizione dell'art. 186, comma 9-bis, cod. strada, invece, non introduce alcuna deroga al criterio di computo della pena sostitutiva stabilito dall'art. 54, comma 5, del d.lgs. n. 274 del 2000, secondo cui un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro; criterio che deve ritenersi ugualmente valevole nell'ipotesi di applicazione della pena del lavoro di pubblica utilità a seguito di condanna per il reato previsto dall'art. 186 cod. strada.

In questi termini, il sistema derogatorio previsto dall'art. 186, comma 9-bis, cod. strada, ai fini della sostituzione della pena detentiva e pecuniaria,

rispetto al combinato disposto degli artt. 54,55 e 58 del d.lgs. n. 274 del 2000, non coinvolge il criterio generale di computo prescritto dal quinto comma dell'art. 54 dello stesso decreto, rilevando esclusivamente in relazione alla durata edittale della pena del lavoro di pubblica utilità.

La Corte ha quindi affermato il seguente principio di diritto: *«In tema di reato di guida in stato di ebbrezza, l'art. 186, comma 9-bis, cod. strada introduce una deroga alla durata edittale della pena del lavoro di pubblica utilità indicata dall'art. 54, comma 2, d.lgs. n. 274 del 2000, ma non anche al criterio di computo della pena stessa sostitutiva stabilito dal comma quinto dello stesso articolo».*

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte annulla l'ordinanza impugnata, limitatamente alla determinazione della pena residua da espiare, con rinvio per nuovo esame al Tribunale.

REVENGE PORN IN CASO DI RICEZIONE (O ACQUISTO) DI MATERIALI DA SITI LIMITATI AI SOLI ISCRITTI - CASS. PEN., SEZ. V, 10 LUGLIO 2025, N. 25516

A cura di **Andrea PROVENZANO***

MASSIMA¹

Integra il reato di cd. revenge porn la condotta di chi, avendo ricevuto (o comunque acquisito), materiale visivo pubblicato su un sito web di incontri il cui accesso è limitato ai soli iscritti, lo trasmetta a terzi senza il consenso della persona ritratta. Quest'ultima facoltà, invero, in virtù del consenso espresso dalla persona offesa al momento dell'apertura dell'"account", è limitata ai soli appartenenti alla comunità virtuale a cui il materiale era stato originariamente inviato e unicamente all'interno di essa.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 122
2. **La decisione** 122
3. **Conclusioni** 123

1. IL FATTO

Il Tribunale del Riesame di Santa Maria Capua Venere ha confermato il decreto di convalida di perquisizione e sequestro preventivo disposto in relazione al delitto di cui all'art. 612 *ter* c.p. dal pubblico ministero.

Avverso l'ordinanza il ricorrente articolava diversi motivi.

In particolare, il ricorrente lamentava violazione di legge. Premessa di tale censura è che il delitto di cd. *revenge porn* punisce la diffusione di immagini o video, dal contenuto sessualmente esplicito, "destinati a rimanere privati". È su quest'ultimo sintagma che si appunta la doglianza.

Osserva, infatti, il ricorrente che la piattaforma da cui era stato estrapolato il video è liberamente accessibile, nonché a titolo gratuito, mentre il reato contestato richiede che l'accesso al sito web sia limitato ai soli registrati allo stesso.

2. LA DECISIONE

La Cassazione non ha aderito alla tesi prospettata dal ricorrente e ha ritenuto il ricorso manifestamente infondato.

Dapprima, invero, la Corte ribadisce che, in base al disposto dell'art. 325 c.p.p., contro le ordinanze di riesame in materia di misure cautelari reali è possibile esclusivamente ricorso per violazione di legge. Nella nozione di "violazione di legge" sono ricompresi non solo gli *errores in iudicando* e *in procedendo* ma anche i vizi di motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a supporto della decisione o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, pertanto, inidoneo a rendere comprensibile l'iter logico seguito dal giudice. Deve, dunque, trattarsi di un vizio processuale che sostanzia una inosservanza della specifica norma processuale che impone, a pena di nullità, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Poi, i giudici di legittimità evidenziano che il ricorso è in contrasto con la giurisprudenza di legittimità occupatasi del reato previsto e punito dall'art. 612 *ter* c.p. In particolare, infatti, si osserva che sia il sito web che la piattaforma da cui il video è estrapolato nel caso di specie richiedono la previa registrazione dell'utente. Quanto alla piattaforma, poi, essa è accessibile ai soli iscritti.

Dunque, come già stabilito in precedenti pronunce sul tema e come correttamente statuito nella decisione impugnata, integra il reato la condotta di chi, avendo ricevuto (o comunque acquisito), materiale visivo pubblicato su un sito web di incontri il cui accesso è limitato ai soli iscritti, lo trasmetta a terzi senza il consenso della persona ritratta. Quest'ultima facoltà, invero, in virtù del consenso espresso dalla persona offesa al momento

* Funzionario UPP presso il Tribunale di Torino. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

dell'apertura dell'account", è limitata ai soli appartenenti alla comunità virtuale a cui il materiale era stato originariamente inviato e unicamente all'interno di essa.

3. CONCLUSIONI

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

ART. 13 COMMA 3-BIS D.LGS. 74/2000 TRA RETROATTIVITÀ E ONERE PROBATORIO: LA CASSAZIONE DETTA I LIMITI DELL'OPERATIVITÀ DELLA NUOVA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ – CASS. PEN., SEZ. V, 2 MAGGIO 2025, N. 16526

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO***

MASSIME¹

La causa di non punibilità prevista dall'art. 1, lett. f), n. 3) del d.lgs. del 14 giugno 2024 n. 87, che ha aggiunto il nuovo comma 3-bis all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, trattandosi di causa di non punibilità introdotta con vigenza dal 29 giugno 2024 al 1 gennaio 2026, in ragione della abrogazione ad opera dell'art. 101, comma 1, lett. cc) del d.lgs. 5 novembre 2024, n. 173, trova applicazione, in quanto norma più favorevole, retroattivamente, vertendosi in tema di norma sostanziale, ex art. 2, comma 4, c.p..

È onere dell'interessato indicare gli specifici elementi e le circostanze dai quali poter desumere che la sopravvenuta e non transitoria crisi di liquidità sia determinata da cause non imputabili all'imputato, specificando quali siano le stesse, nonché comprovandone la posteriorità all'incasso dell'IVA e all'effettuazione delle ritenute certificate.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 124
2. **La decisione** 125
3. **Conclusioni** 127

1. IL FATTO

Con la sentenza impugnata, la Corte di Appello confermava la condanna a carico dell'amministratore unico di una società per i reati di bancarotta impropria da reato societario e bancarotta preferenziale (capo 1), omesso versamento all'INPS delle trattenute previdenziali (capo 4) e omesso versamento di IVA relativo all'anno di imposta 2015 (capo 3, lett. b). In parzialmente riforma della pronuncia emessa dal Giudice di prime cure, invece, dichiarava estinto

per prescrizione il reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 relativo all'anno di imposta 2014 (capo 3, lett. a).

Avverso tale decisione veniva proposto ricorso per Cassazione, articolato in due motivi di doglianza.

Con il primo motivo si deduceva il vizio di motivazione in ordine ai capi 3, lett. b, e 4 circa il dolo richiesto per l'integrazione delle fattispecie incriminatrici. Il ricorrente, dopo aver evidenziato la maturazione del termine di prescrizione per entrambi i reati, lamentava il mancato riconoscimento della forza maggiore impeditiva del pagamento dell'IVA, asseritamente determinata da una incolpevole carenza di liquidità, comprovata dal mancato pagamento da parte dei clienti della società.

A sostegno di tale doglianza, peraltro, si rappresentava che l'imputato avesse acceduto alla rateizzazione del debito tributario e che i pagamenti ad essa relativi non fossero stati adempiuti a causa dell'intervento del sequestro preventivo disposto dall'Autorità Giudiziaria.

Sul punto, si richiamava altresì il dettato della nuova clausola di esclusione della punibilità introdotta, ad opera del d.lgs. 87/2024, all'art. 13, comma 3-bis, d.lgs. 74/2000.

Con il secondo motivo, invece, si invocava il vizio di motivazione in ordine all'elemento soggettivo del reato di bancarotta preferenziale. A parere del ricorrente, la Corte territoriale non avrebbe tenuto debitamente conto della circostanza che gli unici debiti soddisfatti erano quelli nei confronti dei lavoratori – il cui pagamento risultava necessario per salvaguardare l'attività sociale ed evitare il fallimento –; mentre per il debito tributario e previdenziale erano in atto piani di rateizzazione, il cui inadempimento era

* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massime non ufficiali.

dipeso dal sopravvenuto (e già citato) sequestro preventivo.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, investita della questione, ha ritenuto l'impugnazione inammissibile.

In ordine al primo motivo di censura, anzitutto, la Corte di legittimità rileva come, sebbene nell'*incipit* il ricorrente si riferisca sia all'omesso versamento delle trattenute previdenziali sia all'omesso versamento dell'IVA, in verità, le argomentazioni si concentrino esclusivamente su quest'ultima fattispecie, determinando l'assoluta genericità delle deduzioni relative al reato di cui all'art. 3, co. 6, d.lgs. 8/2016.

Con specifico riferimento al delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, in particolare, la Suprema Corte chiarisce come il Giudice di Appello, in continuità con l'orientamento consolidato, abbia escluso la sussistenza della forza maggiore, rilevando come la scelta di privilegiare il pagamento dei lavoratori, al fine di consentire la prosecuzione delle attività di impresa, non esclude il dolo generico richiesto per la configurabilità della fattispecie incriminatrice.

L'omesso versamento dell'IVA, determinato dal mancato incasso per inadempimento contrattuale, infatti, non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, atteso che *«l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi»* (cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 maggio 2022, n. 27202; Cass. pen., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6506; Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2018, n. 6220; Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2013, n. 19099).

L'omesso versamento dell'IVA, inoltre, non può essere giustificato, neppure ai sensi dell'art. 51 c.p., dal pagamento degli stipendi dei lavoratori dipendenti, posto che *«l'ordine di preferenza in tema di crediti prededucibili, che impone l'adempimento prioritario dei crediti da lavoro dipendente (art. 2777 cod. civ.) rispetto ai crediti erariali (art. 2778 c.c.), vige nel solo ambito delle procedure esecutive e fallimentari e non può essere richiamato in contesti diversi, ove non opera il principio della "par condicio creditorum", al fine di escludere l'elemento soggettivo del reato»* (cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2018, n. 52971).

Sul punto, la Corte ribadisce che la consapevole scelta di non adempiere al pagamento dell'IVA per garantire la prosecuzione dell'attività e la salvaguardia dell'occupazione costituisce prova del dolo, non escludibile dai motivi che hanno indotto l'agente a delinquere².

D'altronde, appare granitico l'orientamento di legittimità che, in tema di omesso versamento dell'IVA, limita il riconoscimento della forza maggiore ai soli casi in cui essa derivi da fatti non imputabili all'imprenditore, che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggano al suo dominio finalistico.

Generica, poi, è apparsa la richiesta di applicazione della nuova clausola di esclusione della punibilità di cui all'art. 13, comma 3-bis, d.lgs. 74/2000³.

La nuova disposizione - che in quanto norma più favorevole trova applicazione retroattivamente - opera al ricorrere di due condizioni: (i) l'omesso versamento deve dipendere da cause non imputabili all'autore del reato; (ii) tali cause devono essere sopravvenute all'effettuazione delle ritenute certificate o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Il legislatore, inoltre, individua espressamente, quale causa tipizzata e non imputabile all'imprenditore, la crisi di liquidità non transitoria determinata da: a) l'inesigibilità dei

² Concetto, questo, che la Suprema Corte, in occasione della sentenza Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 8352, ha condensato nella formula *«la scelta di non pagare prova il dolo; i motivi della scelta non lo escludono»*.

³ Il testo del su menzionato comma 3-bis prevede espressamente che *«I reati di cui agli articoli 10-bis e 10-ter non sono punibili se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute,*

rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Ai fini di cui al primo periodo, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi»

crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi; b) il mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche; c) la non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi.

In materia, tuttavia, la giurisprudenza appare unanime nel ritenere che la clausola in esame non trovi applicazione nei casi di mancato incasso dell'IVA, bensì quando il pagamento sia effettivamente intervenuto ma la provvista non sia stata accantonata e destinata al versamento erariale. Ne consegue che tanto le cause generatrici della crisi di liquidità, quanto la crisi stessa, devono manifestarsi in un momento successivo rispetto all'avvenuto incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Pertanto, una crisi preesistente all'insorgenza dell'obbligo tributario ostacola l'operatività della disposizione in esame.

Del resto, è la stessa *ratio* della clausola a suggerire una soluzione di siffatto genere, nella misura in cui «si ritiene non punibile il solo imprenditore che si sia trovato dinanzi ad una crisi di liquidità successiva, dovendo diversamente ritenersi che il pregresso inadempimento dei debitori - rispetto all'incasso dell'IVA - sia invece riconducibile all'ordinario rischio di impresa e debba essere "gestito" dall'imprenditore».

Ed ancora, quanto agli oneri probatori, richiamando la consolidata giurisprudenza in materia di forza maggiore⁴, è stato ribadito che l'imputato che invochi la nuova causa di non punibilità dovrà dimostrare che la crisi di liquidità sia stata determinata da cause a lui non imputabili, che tali cause siano sopravvenute all'incasso dell'imposta, che la crisi sia insorta successivamente e, infine, che quest'ultima non rivesta carattere meramente transitorio. Difatti, «l'onere di allegazione gravante sull'imputato opera in relazione ai presupposti fattuali della esimente che rientrino nella sfera personale di conoscenza del medesimo, venendo meno ove le circostanze conosciute o conoscibili "ex actis" consentano al giudice di svolgere anche autonomamente il relativo apprezzamento» (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2024, n. 27411).

Nel caso in esame, per contro, l'invocazione della causa di esclusione della punibilità si appalesa

del tutto generica, in quanto priva di qualsivoglia prova specifica a supporto degli elementi richiesti per la sua operatività. Anzi, le condotte di omesso versamento di IVA relative all'annualità 2015, per le quali si invoca il riconoscimento della causa di non punibilità, appaiono del tutto sovrapponibili a quelle accertate per l'anno di imposta 2014 (cristallizzate nel capo 3, lett. a, già dichiarato prescritto) e, dunque, indicative della preesistenza della crisi di liquidità.

Nel concludere, dunque, per l'inammissibilità del motivo di ricorso, la Suprema Corte afferma i seguenti principi di diritto:

(1) «la causa di non punibilità prevista dall'art. 1, lett. f), n. 3) del d.lgs. del 14 giugno 2024 n. 87, che ha aggiunto il nuovo comma 3-bis all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, trattandosi di causa di non punibilità introdotta con vigenza dal 29 giugno 2024 al 1 gennaio 2026, in ragione della abrogazione ad opera dell'art. 101, comma 1, lett. cc) del d.lgs. 5 novembre 2024, n. 173, trova applicazione, in quanto norma più favorevole, retroattivamente, vertendosi in tema di norma sostanziale, ex art. 2, comma 4, c.p.»;

(2) «è onere dell'interessato indicare gli specifici elementi e le circostanze dai quali poter desumere che la sopravvenuta e non transitoria crisi di liquidità sia determinata da cause non imputabili all'imputato, specificando quali siano le stesse, nonché comprovandone la posteriorità all'incasso dell'IVA e all'effettuazione delle ritenute certificate».

Con riferimento, invece, al secondo motivo di doglianza, il Giudice di legittimità osserva come, in verità, la Corte territoriale abbia fatto buon governo del consolidato principio di diritto secondo cui, in tema di bancarotta preferenziale, l'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, «consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale; ne consegue che tale finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile» (cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2018,

⁴ Tra tutte, si veda Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 8352; Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 40795; Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416; Cass. pen., Sez. III, 5

dicembre 2013, n. 5467; Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2221.

n. 54465; Cass. pen., Sez. V, 2 febbraio 2024, n. 4814).

Nel caso in esame, al contrario, sebbene l'insolvenza fosse già conclamata e il patrimonio netto risultasse negativo fin dal 2014, *«l'imprenditore aveva proseguito l'attività di impresa, finanziandosi con l'evasione fiscale e previdenziale»*. Elementi, questi, che hanno indotto la Suprema Corte a concludere per la manifesta infondatezza del motivo.

Infine, con riferimento alla dedotta maturazione del termine prescrizionale per i reati di cui ai capi 3, lett. b, e 4, la Corte rileva che, pur essendo decorso il termine in pendenza del giudizio di legittimità, l'inammissibilità del ricorso preclude la formazione di un valido rapporto processuale, impedendo così la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione ai sensi dell'art. 129 c.p.p.⁵

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, alla luce delle argomentazioni *supra* esposte, ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione proposta e condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

⁵ È stato richiamato, in particolare, il principio di diritto statuito in Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, secondo cui *«l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p.»*. La valenza di detto principio di diritto è stata

confermata dal Supremo Consesso anche in occasioni successive: Cass. pen., Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 33542; Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2015, n. 12602; Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2016 n. 6903.

PARCHEGGIO IN VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI SOSTA E RESPONSABILITÀ A TITOLO DI COLPA IN IPOTESI DI INCIDENTE - CASS. PEN., SEZ. IV, 21 LUGLIO 2025, N. 26491

A cura di **Andrea PROVENZANO***

MASSIMA¹

Poiché la responsabilità a titolo di colpa richiede la verifica del tipo di rischio che la norma cautelare mirava a prevenire, in caso di incidente stradale dal quale siano derivate lesioni personali il giudice deve verificare se il divieto di sosta violato fosse, nel caso specifico, diretto a evitare intralci alla circolazione stradale in determinate aree oppure alla diversa esigenza di riservare spazi di sosta a categorie protette. Solo nel primo caso, il divieto attiene al rischio di verifica di sinistri: tali ostacoli, facilmente evitabili per chi tenga una condotta di guida prudente ed accorta, potrebbero, infatti, non esserlo in caso di restringimento della carreggiata per violazione del divieto di sosta.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 128
2. **La decisione** 128
3. **Conclusioni** 129

1. IL FATTO

Il Tribunale ha assolto l'imputato con la formula liberatoria "il fatto non sussiste" dal reato di cui all'art. 590 bis c.p. in relazione all'art. 583 co. 1 n. 1 c.p. All'imputato era contestato di aver parcheggiato il proprio veicolo in divieto di sosta – riducendo, così, lo spazio utile di percorrenza della carreggiata – così determinando la caduta di una persona che, nel tentativo di evitare tale veicolo, ha urtato un altro mezzo di trasporto.

Questo, in sintesi, il fatto: la persona offesa stava transitando a bordo di una bicicletta. Giunto su una strada nella quale vi era uno scooter posteggiato in violazione del divieto di sosta, che occupava parte della carreggiata, la persona offesa, nello spostarsi verso sinistra per superare tale veicolo si scontrava

con un motocarro che sopraggiungeva nella medesima corsia e rovinava contro lo scooter parcheggiato. Ne derivano alla persona offesa lesioni descritte nel capo di imputazione.

L'assoluzione del titolare dello scooter era motivata dall'assenza del nesso causale tra il sinistro e il parcheggio del veicolo in violazione del divieto di sosta: il restringimento della carreggiata non aveva impedito il contemporaneo passaggio della bicicletta e del motocarro.

Avverso tale pronuncia il Procuratore Generale della Corte di Appello ha proposto ricorso.

Con il primo motivo lamentava violazione di legge. Si ritiene errore di diritto ritenere che il segnale di divieto di sosta sia volto solo a regolare la speditezza della circolazione e non anche a prevenire incidenti. Si osserva che non possono piuttosto esservi automatismi tra violazione della regola cautelare e attribuzione di responsabilità, dovendosi accertare, nel caso concreto, se un parcheggio in divieto di sosta abbia creato pericolo per la circolazione.

Con il secondo motivo lamentava manifesta illogicità della motivazione in ordine all'esclusione del nesso causale. La sentenza impugnata, infatti, nel ritenere che il restringimento della carreggiata non aveva impedito il contemporaneo passaggio della bicicletta e del motocarro aveva omissso di considerare che la consulenza tecnica aveva precisato che lo spazio libero rimasto tra i veicoli, a causa del restringimento della carreggiata, fosse di soli 30 centimetri (e non di un metro, come sarebbe stato se non ci fosse stato lo scooter).

2. LA DECISIONE

La Cassazione ha ritenuto il ricorso fondato.

I giudici di legittimità ricordano che la responsabilità colposa implica che la violazione della regola cautelare abbia determinato la

* Funzionario UPP presso il Tribunale di Torino. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

concretizzazione del rischio che detta regola mirava a prevenire, poiché alla colpa dell'agente va ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla violazione della regola cautelare.

Dopo tale necessaria premessa, la sentenza annotata prosegue evidenziando che l'apposizione del divieto di sosta può essere riconducibile alla finalità di evitare intralci alla circolazione stradale in determinate aree (in particolare, quelle descritte dall'art. 158 CdS, quali incroci, presenza di dossi, corsie riservate a mezzi pubblici ecc.), oppure può essere riconducibile alla diversa esigenza di riservare spazi di sosta a categorie protette (e non già dalla necessità di non intralciare la circolazione). Deve, pertanto, essere accertata la ragione della apposizione del divieto di sosta, ai fini di comprendere se la previsione abbia finalità cautelare e rispetto a quale rischio.

Qualora, infatti, il divieto miri ad evitare che, in determinati luoghi, la circolazione non sia intralciata, impedita o resa difficoltosa dalla presenza di ostacoli, il divieto attiene al rischio di verificazione di sinistri, non solo perché potrebbe trattarsi di ostacoli non visibili o inattesi (come in presenza di dossi o curve, dove infatti è vietata, oltre alla sosta, anche la fermata), ma anche perché tali ostacoli, facilmente evitabili per chi tenga una condotta di guida prudente ed accorta, potrebbero non esserlo in caso contrario.

Da qui la conclusione secondo cui il Tribunale di Savona abbia omissso di motivare in merito alla natura cautelare del divieto nel caso di specie e, in caso affermativo, in relazione a quale rischio.

Per tale motivo, la Suprema corte ritiene necessario un approfondimento volto a chiarire, ai fini della corretta individuazione della natura delle prescrizioni e del tipo di rischio che il divieto mirava a prevenire, le ragioni della apposizione del divieto di sosta nel caso di specie.

3. CONCLUSIONI

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale in diversa composizione fisica.

PROFILI GIURIDICI DELLA FIGURA DELLO STEWARD: ESCLUSIONE DELLA QUALIFICA DI INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO - CASS. PEN., SEZ. VI 12 MARZO 2025, 29089 N. 1908

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO***

MASSIMA¹

Gli steward, pur operando in ambito di eventi sportivi sotto il coordinamento delle Forze dell'ordine, svolgono esclusivamente mansioni materiali, senza poteri autoritativi o coercitivi; pertanto, non possono essere qualificati come incaricati di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 130
2. **La decisione** 130
3. **Conclusioni** 131

1. IL FATTO

Il fatto in oggetto vede la conferma in appello della condanna per il reato di corruzione propria - ex art. 318 c.p. - di quattro incaricati di pubblico servizio in qualità di *steward* presso uno dei cancelli del settore ospiti dello stadio e dei soggetti che hanno dato loro una somma di denaro per compiere un atto contrario alla legge.

Uno degli imputati in concorso con altri due soggetti giudicati in un procedimento separato, era giudicato colpevole di aver fatto entrare i tifosi senza biglietto, previo pagamento di una somma di denaro; compiendo così un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Gli altri imputati venivano – invece - condannati per aver promesso e consegnato la somma in questione e quindi per essere i soggetti che avevano indotto gli incaricati di pubblico servizio a compiere un atto contrario alla legge.

Il ricorso per Cassazione è stato presentato dagli imputati (le cui eccezioni sono sovrapponibili a quelle di C.S.), l'unico *steward* giudicato insieme ai tifosi, il quale articolava un singolo motivo con cui deduceva la violazione di legge.

Il tema affrontato dalla Suprema Corte e ad essa sottoposto dal sopracitato ricorrente è relativo alla qualifica dell'incaricato di pubblico servizio.

2. LA DECISIONE

La Corte di Legittimità rileva la fondatezza dei ricorsi presentati.

Si evidenzia, infatti, l'erroneità del fondamento dal quale la Corte d'Appello faceva derivare la qualifica di incaricato di pubblico servizio, ossia dalle funzioni riconosciute agli *steward* dall'art. 2 del d.m. 8 agosto 2007 e dall'art. 6 quarter della l. 401 del 1989.

La lettura in combinato disposto delle suddette normative stabilisce che le società organizzatrici degli eventi sono responsabili del controllo dei titoli di accesso agli stadi, del regolare uso degli impianti sportivi, della collaborazione con le Forze dell'ordine e del divieto di fare ingresso di armi. Dette società si affidano ai c.d. *steward*, assistenti che devono materialmente porre in essere le attività sopraelencate, sotto la responsabilità, il coordinamento e la supervisione del c.d. G.O.S., nonché degli ufficiali di pubblica sicurezza nominati dal questore.

Di conseguenza, è opportuno affermare che gli *steward* sono soggetti legati alle società che organizzano eventi sportivi da un rapporto di lavoro di matrice privatistica. A loro non è consentito portare armi e per poter svolgere le proprie funzioni e tutelare al meglio la sicurezza devono coordinarsi con le Forze dell'ordine incaricate.

* Avvocato, 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".

¹ Massima non ufficiale.

Lo stesso art. 6 d.m. 8 agosto 2007 prevede che, nel caso in cui uno o più soggetti trasgrediscano alle norme di accesso e di permanenza all'interno dell'impianto sportivo, gli *steward* hanno soltanto l'obbligo di richiamare gli inosservanti, di accertarne l'ideantità in caso di reiterata trasgressione e di inottemperanza rispetto al richiamo e di allertare, eventualmente, le Forze dell'ordine. Da ciò si comprende che l'attività degli *steward* è complementare ed accessoria rispetto a quella della polizia². Tutte le attività da loro svolte non sono caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche.

La Suprema Corte ribadisce che la funzione dell'incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p. è disciplinata da norme di diritto pubblico, ma defice dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione con la quale risulta essere, invece, in rapporto di accessorialità e complementarietà.

L'attività svolta dall'incaricato di pubblico servizio sarebbe da considerare di rango intermedio fra l'attività intellettuale delle pubbliche funzioni e quella di carattere prettamente materiale. È, infatti, consolidato in Giurisprudenza, l'orientamento per cui la qualifica di incaricato di pubblico servizio è stata riconosciuta ai soggetti che hanno il potere di adottare in autonomia provvedimenti conformativi della condotta dei destinatari del servizio. La medesima posizione è stata negata, invece, a quei soggetti che non hanno mansioni intellettive e che sono chiamati a compiere generiche attività di carattere materiale, poste in esecuzione di ordini di servizio o di prescrizioni.

3. CONCLUSIONI

Lo *steward* si limita a compiere un'attività materiale, esecutiva di specifici ordini di servizio che sono compresi nel proprio mansionario e nelle ipotesi in cui vi siano problemi più rilevanti, loro sono obbligati a far intervenire le Forze dell'ordine, non potendo materialmente – in alcun modo – adottare poteri autoritativi o coercitivi di nessun genere.

La Corte di Legittimità nel formulare le proprie conclusioni e annullare senza rinvio la decisione della Corte d'appello, perché il fatto non sussiste, statuisce che gli *steward* non possono essere considerati degli incaricati di pubblico di servizio. Ciò alla luce del ragionamento sovraesposto, nonché in virtù dell'estensione della palese tutela penale dei pubblici agenti a loro rivolta (ambito di applicazione che altrimenti non sarebbe stato necessario ampliare).

² Molte attività da loro svolte come quelle di prefiltraggio e filtraggio agli ingressi, vengono compiute sotto la diretta vigilanza degli organi di polizia.

I CONFINI OPERATIVI DELL'OVERRULING: QUANDO IL MUTAMENTO INTERPRETATIVO PUÒ GIUSTIFICARE LA PROPOSIZIONE DI UN MOTIVO NUOVO DI APPELLO? – CASS. PEN., SEZ. III, 20 GIUGNO 2025, N. 23110

A cura di **Maria Chiara MASTRANTONIO***

MASSIMA¹

In tema di motivi nuovi di appello, ai sensi dell'art. 585, comma IV, c.p.p., il mutamento giurisprudenziale può giustificare la proposizione di censure sopravvenute solo qualora presenti i caratteri dell'assoluta imprevedibilità e inconciliabilità con le precedenti decisioni. Al contrario, non costituisce overruling imprevedibile, rilevante ai fini dell'ammissibilità del motivo nuovo, il mutamento interpretativo in materia sostanziale qualora esso si collochi nel solco di un orientamento già presente, ancorché minoritario.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 132
2. **La decisione** 132
3. **Conclusioni** 134

1. IL FATTO

Con la sentenza impugnata, la Corte di Appello, in parziale riforma della pronuncia resa dal Giudice di prime cure, assolveva l'imputato per il reato di riciclaggio *ex art. 648-bis c.p.*, confermando, invece, l'affermazione di responsabilità per il reato di cui all'art. 48 c.p. e 2 d.lgs. 74/2000.

Avverso tale decisione veniva proposto ricorso per Cassazione, articolato in un unico motivo di doglianza, con il quale si deduceva la violazione dell'art. 585, comma IV, c.p.p. nonché il vizio di motivazione.

In particolare, il ricorrente lamentava l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte territoriale nel dichiarare inammissibile un motivo nuovo di appello, ritenuto tardivo a causa della mancata impugnazione (in via originaria) dei capi della

sentenza di primo grado relativi all'elemento soggettivo del reato richiesto dall'art. 2 d.lgs. 74/2000.

Nello specifico, si evidenziava che la proposizione della predetta doglianza fosse stata determinata dal fenomeno dell'*overruling*, circostanza che – a parere della difesa – ne legittimava la qualificazione come motivo nuovo, ai sensi dell'art. 585, comma IV, c.p.p., in ragione dell'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale intervenuto.

Nel ricorso si sottolineava, infatti, come, nonostante il dolo specifico richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000, la giurisprudenza di legittimità avesse – con un orientamento pressoché granitico – ritenuto compatibile il dolo specifico con quello eventuale, rendendo così irrilevante il perseguimento di scopi ulteriori o diversi da quello fiscale. Solo recentemente, tuttavia, con la sentenza n. 33433 del 7 luglio 2023, si sarebbe registrato un mutamento interpretativo dirompente, secondo cui la finalità esclusivamente extrafiscale della condotta escluderebbe l'elemento soggettivo del reato.

In virtù di tale *overruling*, il ricorrente sosteneva che il motivo proposto doveva considerarsi nuovo e ammissibile *ex art. 585, comma IV, c.p.p.*, trattandosi di una questione sopravvenuta e imprevedibile al momento dell'impugnazione originaria. Ribadiva, infine, che, alla luce del nuovo indirizzo giurisprudenziale, difetterebbe in radice l'elemento soggettivo del reato contestato.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione, investita della questione, ha ritenuto il motivo di ricorso manifestamente infondato.

* Avvocato del Foro di Roma. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

Nella trama motiva, anzitutto, è stata richiamata la copiosa giurisprudenza circa i limiti entro i quali deve essere valutata l'ammissibilità dei nuovi motivi di appello.

La Suprema Corte, invero, ha ricordato che i motivi nuovi devono, a pena di inammissibilità, riguardare solo i capi o i punti della decisione impugnata che sono stati già oggetto di impugnazione nei motivi originariamente proposti a norma dell'art. 581, comma I, lett. a, c.p.p. (cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2013, n. 18293).

«La facoltà dell'appellante di presentare motivi nuovi» – precisa il Giudice di legittimità – *«incontra il limite del necessario riferimento ai motivi principali, di cui i primi devono rappresentare mero sviluppo o migliore esposizione, ma sempre ricollegabili ai capi e ai punti già dedotti, sicché sono ammissibili soltanto motivi aggiunti con i quali si allegino ragioni di carattere giuridico diverse o ulteriori, ma non anche motivi con i quali si intenda allargare l'ambito del predetto "petitum", introducendo censure non tempestivamente formalizzate entro i termini per l'impugnazione»* (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2020, n. 36206).

Sulla scorta di ciò, la Suprema Corte ha ritenuto esente da censure l'operato della Corte territoriale che aveva dichiarato inammissibile il motivo nuovo con il quale si chiedeva l'assoluzione per il reato di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000 per difetto dell'elemento soggettivo, trattandosi di punto non oggetto dell'impugnazione originaria.

Parimenti infondata è stata ritenuta altresì la deduzione difensiva secondo cui la sentenza n. 33433 del 7 luglio 2023 della Terza Sezione, pronunciata successivamente alla proposizione dell'appello originario, integrerebbe un'ipotesi di *overruling* giurisprudenziale tale da consentire la proposizione di un motivo nuovo.

In tema, la Suprema Corte ha richiamato la giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui l'art. 7 CEDU osta all'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale *in malam partem*, laddove il risultato ermeneutico non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione del fatto (cfr., tra tutte, Corte EDU,

Grande Camera, S.W. c. Regno Unito, sent. 22 novembre 1995, ric. n. 20166/92; Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, sent. 21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09).

In ambito nazionale, le Sezioni Unite civili della Cassazione² hanno affermato che il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice.

Ove, tuttavia, *«l'overruling sia connotato dal carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare. Ne consegue che – in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito – deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo»*.

Le sezioni semplici penali della Corte di Cassazione hanno, altresì, precisato *«che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e correlativamente esclude l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale»* (cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2018, n. 41846; Cass. pen., Sez. V, 17 giugno 2016, n. 31648; Cass. pen., Sez. V, 12

² Ci si riferisce, in particolare, a quanto statuito in Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass. civ., Sez. Un., 21

novembre 2011, n. 24413 Cass. civ., Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass. civ., Sez. Un., 9 novembre 2018, n. 28575.

dicembre 2018, n. 13178; Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2020; n. 12747).

Tali pronunce hanno correttamente chiarito che l'*overruling* non è invocabile quando il mutamento giurisprudenziale, pur innovativo, si innesta in un quadro interpretativo già esistente, costituendo uno sviluppo prevedibile di soluzioni note, anche se minoritarie. L'ipotesi di *overruling* non consentito, in quanto imprevedibile per l'imputato, ricorre solo nei casi in cui la nuova opzione ermeneutica segni una rottura radicale rispetto agli orientamenti precedenti, risultando del tutto inconciliabile con essi. In presenza di un contrasto pregresso, invece, l'esito interpretativo – sebbene non conforme all'indirizzo dominante – deve ritenersi comunque conoscibile e, dunque, non tale da giustificare l'ammissibilità di un motivo nuovo.

Affinché possa invocarsi il principio della irretroattività dell'orientamento del Giudice della nomofilachia, dunque, in deroga alla natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti:

- (i) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su una regola del processo;
- (ii) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso;
- (iii) che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

Deve, cioè, in definitiva, verificarsi un affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo di norme processuali, come tale meritevole di tutela con il *prospective overruling*, situazione riconoscibile solo in presenza di stabili

approdi interpretativi di legittimità, i quali assumono valore di *communis opinio* tra gli operatori (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2023, n. 23060).

Con specifico riferimento, poi, al mutamento giurisprudenziale relativo all'interpretazione di una norma di natura sostanziale, il Giudice di legittimità ha precisato che «*costituisce causa di esclusione della colpevolezza il mutamento di giurisprudenza in malam partem, nel caso in cui l'imputato, al momento del fatto, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata, enunciata dalle Sezioni Unite, che escludeva la rilevanza penale della condotta e non vi erano segnali, concreti e specifici, che inducessero a prevedere che, in futuro, le Sezioni Unite avrebbero attribuito rilievo a quella condotta, rivedendo il precedente orientamento in senso peggiorativo*» (cfr. Cass., pen., Sez. VI, 26 marzo 2024, n. 28594).

Sulla scorta di tali premesse, la Suprema Corte evidenzia come, nel caso di specie, per la natura dichiarativa degli orientamenti giurisprudenziali, il principio dell'*overruling* non sia applicabile in presenza di contrasto o di mutamento giurisprudenziale sull'interpretazione di una norma sostanziale, ove già si registrino soluzioni ermeneutiche non sempre omogenee, come accaduto con riguardo alla natura del dolo richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000.

Pertanto, a scanso di equivoci, è stato messo in luce che, contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente, la citata sentenza n. 33433 del 7 luglio 2023 non ha affermato che il perseguimento della finalità esclusivamente di tipo extrafiscale escluda l'elemento soggettivo del reato, ma ha semplicemente rilevato che, in quel caso, difettava la prova della finalità, anche solo concorrente, di natura fiscale, connotante la condotta di emissione di fatture di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000³.

3. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, alla luce delle argomentazioni *supra* menzionate, ha

³ In quella occasione, invero, era stato ribadito il principio di diritto, già affermato da Cass. pen., Sez. VI, 6 aprile 2011, n. 16465, secondo cui «*in tema di dolo, la prova della volontà della commissione del reato è prevalentemente affidata, in mancanza di confessione, alla ricerca delle concrete circostanze che abbiano connotato l'azione e delle quali deve essere verificata la oggettiva idoneità a cagionare l'evento in base ad elementi di sicuro valore sintomatico, valutati sia singolarmente sia nella loro coordinazione. La prova del dolo si ricava essenzialmente dagli*

elementi obiettivi del fatto, dalle concrete manifestazioni della condotta. [...] Dunque, contrariamente a quanto si afferma nel ricorso con cui si è articolato unicamente il vizio di violazione di legge, la Corte di appello ha correttamente interpretato la norma spiegando perché sia mancata la prova della necessaria finalità, anche solo concorrente, di natura fiscale, connotante la condotta di emissione di fatture di cui all'art. 8 D. Lgs. 74/2000.

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.

POSIZIONE DI GARANZIA E INFORTUNI SUL LAVORO: LA RESPONSABILITÀ DEL LEGALE RAPPRESENTANTE DELLA SOCIETÀ PER LE LESIONI RIPORTATE DAL LAVORATORE - CASS. PEN. SEZ. IV, 22 APRILE 2025, N. 15697

A cura di **Valentina CALABRESE***

MASSIMA¹

Il datore di lavoro risponde dell'infortunio occorso al lavoratore, in caso di violazione degli obblighi, di portata generale, relativi alla valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali siano chiamati ad operare i dipendenti, e della formazione dei lavoratori in ordine ai rischi connessi alle mansioni, anche in correlazione al luogo in cui devono essere svolte. È, infatti, tramite l'adempimento di tale obbligo che il datore di lavoro rende edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti. Ove egli non adempia a tale fondamentale obbligo, sarà chiamato a rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore, laddove l'omessa formazione possa dirsi causalmente legata alla verifica dell'evento, ovvero laddove sia accertato che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 136
2. **La decisione** 137
3. **Conclusioni** 138

1. IL FATTO

La Corte d'Appello territorialmente competente, confermava la sentenza del Tribunale il quale condannava il legale rappresentante pro tempore della società e, quindi il datore di lavoro, in ordine al reato di cui all'art. 590 c.p. in danno del lavoratore dipendente, alla pena di mesi 6 di reclusione.

Quest'ultimo era impegnato a scaricare della merce da un furgone da cantiere, quando un tubo di cemento per fognature del peso di oltre 40 kg cadeva sulle dita della sua mano sinistra, cagionandogli lesioni personali, consistite nella *frattura scomposta*

pluri-frammentaria della testa della falange prossimale del secondo dito e l'infrazione della testa della falange intermedia del terzo dito, dalle quali era derivata una malattia della durata di 140 giorni.

Il Tribunale individuava un addebito di colpa nei confronti del legale rappresentante della società, consistente nella imprudenza, negligenza e imperizia e violazione degli artt. 18 comma 1 lett. f), 37 comma 1 e 169 comma 1 D. Lgs. 9 aprile 2008 n. 81, per aver omesso di formare adeguatamente il lavoratore e di impartirgli disposizioni sui rischi e sulle azioni da intraprendere nella movimentazione dei carichi manuali.

La difesa dell'imputato contestava il riconoscimento della responsabilità penale proponendo ricorso formulando quattro motivi di seguito riepilogati,

- con il primo motivo, deduceva la violazione di legge in relazione al riconoscimento della responsabilità penale dell'imputato fondata sulla qualifica formale di legale rappresentante della società;

- con il secondo motivo, deduceva il vizio di motivazione in relazione alla prevedibilità e prevenibilità dell'evento. Secondo il difensore, il cedimento del materiale edilizio sarebbe stato un evento imprevedibile e non evitabile dall'ordinaria diligenza;

- con il terzo motivo, deduceva il vizio di motivazione in relazione al mancato riconoscimento della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p.p. Il difensore osservava che la Corte avrebbe richiamato in maniera generica la gravità del fatto e l'intensità del dolo e non avrebbe tenuto conto del modesto danno economico e della natura delle lesioni, oltretutto della scarsa incidenza del comportamento omissivo ascritto all'imputato;

- con il quarto motivo, deduceva il vizio di motivazione in relazione alla determinazione della pena. Il difensore lamentava la scelta della pena

* Dott.ssa praticante abilitata al patrocinio sostitutivo presso l'Ordine Forense di Reggio Emilia. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

detentiva in luogo di quella pecuniaria e il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Ci si chiede dunque, se il legale rappresentante di una società, anche qualora prestanome, sia pur sempre destinatario degli obblighi di protezione antinfortunistica e se la posizione di garanzia, in tema di debito di sicurezza antinfortunistica, debba essere riferita anche solo alla assunzione della carica di legale rappresentante della società alle cui dipendenze è posto il lavoratore e su cui i terzi fanno affidamento.

La doglianza, a fronte della motivazione della Corte di Appello, richiama i principi giurisprudenziali di legittimità, rifacendosi alla lettura degli artt. 2 e 299 del D. Lgs. 81/2008, i quali definiscono la qualifica di datore di lavoro e perimetrano l'esercizio di fatto delle funzioni tipiche di coloro che rivestono tale qualifica, oltre che quella di dirigente e preposto: i medesimi articoli affermano che il datore di lavoro è il soggetto titolare del rapporto di lavoro, il quale riveste la posizione di garanzia.

In particolare, l'art. 299 D. Lgs. 81/2008, nel definire l'esercizio di fatto dei poteri direttivi, stabilisce che la posizione di garanzia relativa al datore di lavoro grava altresì su colui che, pur sprovvisto di formale investitura, eserciti in concreto i poteri riferiti al soggetto definito dall'art. 2. La norma nell'estendere gli obblighi di garanzia a coloro che di fatto svolgono le mansioni tipiche delle figure di cui si è detto, non esclude la corresponsabilità dei titolari formali della qualifica.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, c.d. tesi mista, affinché sussista la posizione di garanzia occorre un obbligo giuridico con base legale diretta o indiretta e l'esistenza di poteri impeditivi in capo all'agente.

Anche il secondo motivo è infondato: con riferimento all'elemento colposo, occorre accertare la prevedibilità e prevenibilità dell'evento, al fine di ritenere un soggetto responsabile dell'infortunio occorso.

Pertanto, accertato che la movimentazione manuale del carico abbia determinato la caduta del tubo, occorre chiedersi se, qualora il lavoratore fosse stato correttamente istruito sulle modalità di movimentazione manuale dei carichi l'infortunio,

l'evento non si sarebbe verificato. Altresì, il giudice è tenuto ad accertare se costituisca una circostanza imprevedibile il fatto che alcuni tubi accatastati su un furgone assieme ad altro materiale di varia specie possano scivolare e colpire i lavoratori che stanno scaricando quel materiale e se le regole relative alla corretta movimentazione manuale di carichi valgono proprio a prevenire il rischio specifico di caduta disordinata degli stessi, con conseguente lesione dell'incolumità fisica del lavoratore.

Anche il terzo motivo e il quarto sono inammissibile per difetto di specificità.

2. LA DECISIONE

Con riferimento al principio della posizione di garanzia, la Corte di Cassazione aderisce all'orientamento maggioritario della giurisprudenza secondo cui, la responsabilità dell'amministratore di società in ragione della posizione assegnatagli dall'ordinamento, non viene meno per il fatto che il ruolo rivestito sia apparente.

Gli articoli 2 e 299 del D. Lgs. 81/2008 estendono gli obblighi di garanzia a coloro che di fatto svolgono le mansioni tipiche del datore di lavoro ma non esclude la corresponsabilità di coloro che sono titolari formali della qualifica. Permane, dunque, in capo al titolare del rapporto di lavoro la posizione di garanzia, a meno che questi non abbia investito tramite delega altri soggetti delle funzioni prevenzionistiche.

La Suprema Corte osserva che l'obbligo di fornire adeguata formazione ai lavoratori sia uno dei principali gravanti sul datore di lavoro ed in generale sui soggetti preposti alla sicurezza del lavoro.

Il datore di lavoro risponde dell'infortunio occorso al lavoratore, in caso di violazione degli obblighi, di portata generale, relativi alla valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali siano chiamati ad operare i dipendenti, e della formazione dei lavoratori in ordine ai rischi connessi alle mansioni, anche in correlazione al luogo in cui devono essere svolte: tramite l'adempimento di tale obbligo il datore di lavoro rende edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti. Ove egli non adempia a tale fondamentale obbligo sarà chiamato a rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore, laddove l'omessa formazione possa dirsi

causalmente legata alla verifica dell'evento, ovvero laddove sia accertato che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo.

Nel caso di specie, si ritiene corretta la ricostruzione del Tribunale secondo cui, la movimentazione manuale del carico abbia determinato la caduta del tubo, sicché era ragionevole ritenere che ove il lavoratore fosse stato correttamente istruito sulle modalità di movimentazione manuale dei carichi l'infortunio non si sarebbe verificato. Non può ritenersi circostanza imprevedibile che tubi accatastati su un furgone assieme ad altro materiale di varia specie possono scivolare e colpire i lavoratori che stanno scaricando quel materiale; peraltro le regole relative alla corretta movimentazione manuale di carichi valgono proprio a prevenire il rischio specifico di caduta disordinata degli stessi con conseguente lesione dell'incolumità fisica del lavoratore.

Quest'ultima è addebitale al legale rappresentante pro tempore della società, stante la posizione di garanzia sussistente in capo allo stesso, la prevedibilità dell'evento e il mancato impedimento dello stesso attraverso la corretta formazione del lavoratore dipendente.

In coerenza con tale assunto, la Corte ha ribadito la responsabilità del datore di lavoro per non aver ottemperato all'obbligo di fornire al lavoratore assunto una formazione sufficiente e adeguata in materia di salute e sicurezza, con particolare riferimento al posto di lavoro e alle mansioni a cui è adde-
detto e ha affermato che, laddove il datore di lavoro non adempia a tale obbligo, l'omessa formazione potrà essere considerata causa dell'infortunio verificatosi in conseguenza della mancata consapevolezza da parte del lavoratore dei rischi connessi alla lavorazione e del modo in cui ovviare a tali rischi.

Con riferimento alla mancata applicazione dell'art. 131 bis c.p., contestata dalla difesa, la Corte di Cassazione ritiene che, trattandosi di una valutazione da compiersi sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., essa rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito e, di conseguenza, non può essere sindacata dalla Corte di legittimità, se non

nei limiti della mancanza o della manifesta illogicità della motivazione postavi a sostegno. Quest'ultima può risultare anche implicitamente dall'argomentazione con la quale il giudice d'appello abbia considerato gli indici di gravità oggettiva del reato e il grado di colpevolezza dell'imputato, alla stregua dell'art. 133 c.p., per stabilire la congruità del trattamento sanzionatorio irrogato dal giudice di primo grado.

La Corte distrettuale, nel caso in esame, ha reputato decisivi, ai fini della non configurabilità della causa di non punibilità la condotta nelle sue modalità concrete, i plurimi precedenti specifici, richiamando in tal modo il presupposto ostativo della abitudine, nonché dell'intensità del dolo.

3. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto sopra, il ricorso viene rigettato e, al rigetto del ricorso segue, ex art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

IN TEMA DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA DEVE PORSI LA DISTINZIONE TRA CONVIVENZA E CONDIVISIONE DELLA ABITAZIONE - CASS. PEN. SEZ. VI (UD. 18 MARZO 2025 - DEP. IL 12.05.2025), N. 17857

A cura di **Fabrizio REGA***

MASSIMA¹

Ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, la convivenza, quale radicata e stabile relazione affettiva interpersonale tra le parti, con la condivisione della abitazione, va distinta dalla coabitazione, sicché non viene meno per effetto di temporanee e circoscritte sospensioni di quest'ultima nei momenti di maggiore criticità, che non comportino la definitiva cessazione del vincolo relazionale.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 139**
- 2. La decisione 139**
- 3. Conclusioni 140**

1. IL FATTO

Il Tribunale di Marsala condannava alla pena di anni tre e mesi sei di reclusione per il reato p. e p. dall'art. 572 cod. pen. l'imputato L. G. e, successivamente, la Corte d'Appello di Palermo, confermava la sentenza di primo grado.

In sede di gravame, l'imputato deduceva l'inattendibilità della persona offesa. Purtroppo, la Corte d'Appello non dava seguito a tale motivo di appello ripercorrendo ritenendo il narrato della vittima puntuale e consequenziale, essendo - peraltro - totalmente sovrapponibile con le dichiarazioni di altri testimoni escussi nel corso del dibattimento, nonché dalle fotografie che la persona offesa aveva scattato in occasione dell'aggressione fisica avvenuta il 20 ottobre 2020.

La difesa dell'imputato, inoltre, chiedeva di non riconoscere la sussistenza dell'aggravante di cui al comma secondo dell'art. 572 cod. pen. Ma la Corte palermitana riteneva provato che la minore,

essendo sempre in compagnia della persona offesa, aveva ripetutamente assistito alle condotte aggressive del padre, nonché, in alcune situazioni, era stata vittima ella stessa.

Infine, confermavano la condanna per il reato ex art. 572 cod. pen., mancando di riqualificare il fatto ai sensi dell'art. 612 bis cod. pen., siccome il compendio probatorio dimostrava il carattere abituale delle condotte maltrattanti.

Avverso detta sentenza l'imputato, per il tramite del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione chiedendone l'annullamento.

Un primo motivo lamentava la sottovalutazione delle dichiarazioni rese dai testimoni della difesa.

Un secondo, relativo alla contestata aggravante, denunciava l'omesso accertamento dell'abitudine delle condotte e la loro idoneità a cagionare uno stato di sofferenza psicofisica nella minore. Intimamente connesso con tale deduzione, era anche la mancata valutazione del danno effettivamente patito dalla minore, avendo limitato l'indagine alla sola circostanza oggettiva della filiazione o della mera presenza della minore ai litigi fra i genitori.

Infine, lamentava l'erronea qualificazione giuridica dei fatti. Secondo l'iter logico-giuridico della difesa il comportamento di L. G. doveva essere presunto nell'art. 612 bis cod. pen. in ragione della mancanza di stabile convivenza dovuto alla sopravvenuta cessazione del vincolo affettivo o comunque della mancanza di attualità del medesimo.

2. LA DECISIONE

La Sesta sezione rigettava il ricorso perché proposto per motivi estranei alla lettera dell'art. 606 cod. proc. pen., nonché perché troppo generico, ignorando l'iter motivazionale che caratterizza la sentenza impugnata.

* Avvocato presso il Foro di Torre Annunziata. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima ufficiale.

In tal senso devono leggersi le censure relative al giudizio di attendibilità delle dichiarazioni rese dalla P.O. I motivi di ricorso riproducevano un quadro di argomentazioni che venivano già vagliate in sede di merito, nonché intese a sollecitare una rivisitazione delle risultanze processuali, richiedendo una valutazione alternativa delle fonti di prova, improponibile innanzi alla Corte di Cassazione.

Infatti, confrontandosi con tale motivo, gli Ermellini evidenziavano che il racconto di N. El M. - persona offesa dal reato - veniva ampiamente vagliato dalla Corte palermitana, la quale giustificava la sua credibilità evidenziandone la sovrapposibilità con le dichiarazioni della madre e della sorella, nonché con quelle dei testi B. e T., estranei alla cerchia familiare, e della operatrice dello sportello anti-violenza B.

Inoltre, la ricostruzione concreta veniva altresì confermata dalla presenza delle fotografie attestanti lesioni compatibili con la dinamica dei fatti descritta dalla persona offesa.

Il motivo riguardante l'esclusione dell'aggravante di cui all'art. 572, comma 2, cod. pen., veniva considerato generico e riproduttivo delle medesime doglianze proposte in appello.

La difesa dell'imputato, a sostegno delle proprie argomentazioni, citava l'indirizzo giurisprudenziale minoritario secondo cui per l'integrazione della circostanza è necessario che il numero, la qualità e la ricorrenza degli episodi cui il minore assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico².

L'argomento era privo di pregio in quanto dal compendio probatorio emergevano plurimi episodi consumati alla presenza del minore.

Inconferente era, poi, la necessità di una consulenza atta a verificare il danno patito dalla minore per avere assistito agli episodi di maltrattamento, in quanto: «*si realizza la fattispecie aggravata della c.d. "violenza assistita", a prescindere dall'età del minore, purché il numero, la qualità e la ricorrenza degli episodi cui questi assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico*»³.

Infondata, infine, era la doglianza sulla qualificazione giuridica del fatto.

In tema di rapporti fra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, il divieto di interpretazione analogica delle norme incriminatrici impone di intendere i concetti di "famiglia" e di "convivenza" di cui all'art. 572 cod. pen. nell'accezione più ristretta, di una comunità connotata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale e da una duratura comunanza di affetti implicante reciproche aspettative di mutua solidarietà ed affetti, fondata sul rapporto di coniugio o di parentela o, comunque, su una stabile condivisione dell'abitazione, ancorché non necessariamente continuativa.

Sicché non è configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia, bensì l'ipotesi aggravata di atti persecutori di cui all'art. 612-bis, comma secondo, cod. pen. in presenza di condotte vessatorie poste in essere da parte di uno dei conviventi *more uxorio* ai danni dell'altro dopo la cessazione della convivenza.

Ciò disposto in punto di diritto, la Sesta sezione osservava che nel caso prospettato non emergeva alcuna interruzione della convivenza. In effetti le condotte maltrattanti venivano realizzate in un periodo di tempo nel quale la coabitazione fra i due era solo, a tratti, parzialmente sospesa in ragione di momenti di più elevata criticità, ma non era venuto meno del tutto il vincolo relazionale, attesa la conservazione del rapporto sentimentale tra la vittima e l'imputato.

3. CONCLUSIONI

Rigetta il ricorso proposto dal ricorrente.

² Così Cass. Pen. Sez. 6, n. 31929 del 25/06/2024.

³ Cass. Pen. Sez. 6, n. 47121 del 05/10/2023.

DEFINIZIONE DELLA GIURISDIZIONE COMPETENTE IN TEMA DI COMPENSAZIONE PECUNIARIA AI SENSI DEL C.D. REGOLAMENTO BRUXELLES 1 BIS - CASS. CIV. SS.UU., 3 APRILE 2025, N. 30907

A cura di **Francesca Maria FRASSANITO***

MASSIMA¹

In tema di azione proposta dal passeggero contro un vettore aereo per ottenere la compensazione pecuniaria prevista dal Reg. CE n. 261/2004, relativa al ritardo o alla cancellazione di un volo interno all'Unione europea, non trova applicazione la Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, che disciplina unicamente il risarcimento del danno da trasporto aereo internazionale. Ne consegue che la giurisdizione va individuata esclusivamente sulla base del Reg. UE n. 1215/2012, il quale consente alle parti di derogare convenzionalmente alla giurisdizione ordinaria, anche nei contratti conclusi online, mediante clausola di proroga validamente accettata con modalità point-and-click, purché la controversia non ricada nell'ambito della tutela rafforzata del consumatore ex artt. 17-19 del medesimo regolamento.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 141
2. **La decisione** 142
3. **Conclusioni** 142

1. IL FATTO

Il quesito sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte è prettamente nomofilattico, attenendo all'interpretaizone di una determinata normativa dalla quale discende, indirettamente, anche la corretta applicazione della giurisdizione competente.

M.A. P. ed E. B. presentavano ricorso in Cassazione contro una sentenza del Tribunale che, ribaltando una precedente decisione del Giudice di Pace, stabiliva che il giudice italiano non aveva giurisdizione per decidere la loro causa contro una

nota compagnia aerea low cost. Il Tribunale li condannava al pagamento delle spese processuali per entrambi i gradi di giudizio.

La vicenda nasceva da un disservizio legato ad un volo. A causa del ritardo e dei disagi subiti, i due passeggeri avevano chiesto un risarcimento pari a 517,38 euro: 500 euro a titolo di compensazione forfettaria prevista dal Regolamento europeo n. 261/2004 e la restante parte come rimborso spese.

Il Tribunale riteneva che, poiché la richiesta dei passeggeri era fondata sul Regolamento europeo, la vicenda doveva essere trattata secondo il diritto dell'Unione Europea. Alla luce di ciò, si dava rilievo alla clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto accettate al momento dell'acquisto online del biglietto. Tale clausola prevedeva che eventuali controversie dovessero essere sottoposte alla competenza esclusiva dei tribunali irlandesi, nazione in cui aveva la sede legale la compagnia aerea citata in giudizio. A parere del Tribunale, detta clausola era valida e sufficiente ad escludere la competenza del giudice italiano.

La questione sollevava un problema giuridico ampio e complesso: comprendere se il diritto europeo — in particolare in casi di trasporto aereo interno operato da una compagnia straniera — possa prevalere su clausole contrattuali che limitano la scelta del foro.

La domanda dei ricorrenti poneva le proprie basi sul Regolamento CE n. 261/2004, che prevede un indennizzo automatico per i passeggeri in caso di cancellazione, ritardo prolungato o negato imbarco. Il giudice di primo grado aveva accolto la domanda, ma in appello il Tribunale aveva - invece - dichiarato che non spettava al giudice italiano decidere, in quanto le parti avevano accettato, al momento della prenotazione online, una clausola di

* Avvocato, 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".

¹ Massima non ufficiale.

devoluzione della giurisdizione a favore del giudice irlandese.

I ricorrenti si sono quindi rivolti alla Corte di Cassazione, sostenendo che quella clausola fosse nulla.

Le Sezioni Unite della Cassazione non si erano ancora espresse in modo chiaro e univoco sul punto, pertanto la questione veniva rimessa alla loro competenza. La Suprema Corte, con ordinanza, decideva di trattare il caso in pubblica udienza, riconoscendo l'importanza della questione per la tutela dei diritti dei passeggeri e per il coordinamento tra le diverse fonti del diritto nazionale, europeo ed internazionale.

2. LA DECISIONE

Secondo quanto dedotto dai ricorrenti innanzi al Giudice di Legittimità si sarebbe dovuta applicare la Convenzione di Montreal del 1999, che stabilisce in quali Stati si possa intentare una causa per danni derivanti dal trasporto aereo. Tale Convenzione, secondo i ricorrenti, avrebbe dovuto prevalere sul Regolamento europeo, impedendo - di fatto - di spostare la giurisdizione in Irlanda mediante un semplice click su una clausola contrattuale accettata virtualmente.

La Corte di Cassazione rigettava il ricorso rilevando, innanzitutto, che la richiesta dei passeggeri riguardava esclusivamente l'indennizzo previsto dal Regolamento 261/2004, e non un risarcimento "aggiuntivo" per altri danni, come sarebbe invece previsto dalla Convenzione di Montreal. Di conseguenza, doveva concludersi che detta Convenzione non era applicabile al caso in esame.

La normativa da applicare per stabilire quale tribunale sia competente è il Regolamento UE n. 1215/2012 (noto anche come "Bruxelles I bis"), il quale disciplina la giurisdizione nelle controversie civili e commerciali tra cittadini europei e consente alle parti di accordarsi validamente su quale tribunale debba decidere in merito a eventuali controversie, anche quando il contratto viene concluso online.

La Suprema Corte ribadiva che le clausole di proroga della giurisdizione, purché chiare e accessibili (come accade nei contratti online con spunta delle condizioni), sono pienamente valide, anche se il passeggero è un consumatore, purché - come in questo caso - il contratto non preveda pacchetti turistici o servizi combinati (cioè di trasporto più alloggio).

Infine, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si è ribadita la distinzione fra il Regolamento 261/2004 e la Convenzione di Montreal. I due strumenti normativi rispondono a logiche diverse e si applicano in contesti diversi: la Convenzione riguarda i danni da trasporto internazionale, mentre il Regolamento 261/2004 riguarda soltanto il diritto all'indennizzo per disservizi e si applica anche ai voli interni.

Alla luce delle summenzionate considerazioni, la Corte stabiliva che nel caso di specie è correttamente applicabile la clausola contrattuale che attribuisce la competenza al giudice irlandese, di conseguenza il giudice nazionale italiano non è dotato di giurisdizione.

3. CONCLUSIONI

Il ricorso veniva rigettato, senza la condanna alle spese a carico dei ricorrenti poiché la compagnia aerea non aveva svolto attività difensiva in Cassazione.

I ricorrenti erano soltanto tenuti al versamento dell'ulteriore contributo unificato previsto dalla legge in caso di rigetto del ricorso.

ILLEGITTIMO IL RIFIUTO DEI GENITORI ALL'EMOTRASFUSIONE DEL FIGLIO IN CASO DI SANGUE PROVENIENTE DA DONATORI VACCINATI CONTRO IL COVID-19 - CASS. CIV., SEZ. I, ORD., 30.03.2025, N. 2549

A cura di **Giuseppina AVOLIO***

MASSIMA¹

Deve considerarsi del tutto irragionevole la richiesta dei genitori di un minore affetto da una grave malformazione cardiaca rappresentata ai sanitari, di prestare il consenso alla trasfusione, solo a condizione che il sangue provenisse da donatori non vaccinati contro il Covid-19.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 143
2. **La decisione** 144
3. **Conclusioni** 146

1. IL FATTO

I genitori di un bambino affetto da una grave malformazione cardiaca si rifiutavano di prestare il consenso all'intervento chirurgico proposto dalla struttura ospedaliera, contestando che quest'ultima non poteva assicurare loro che, in caso di necessità di trasfusione, il sangue non provenisse da donatori vaccinati contro il Covid 19.

In particolare, l'opposizione era motivata sulla presunta pericolosità della proteina *spike* contenuta nel vaccino, nonché per motivi religiosi, in quanto, secondo convinzione dei genitori, per produrre il vaccino sarebbero state utilizzate linee cellulari provenienti da feti abortiti.

L'azienda ospedaliera, non potendo garantire che i donatori non avessero ricevuto simile vaccino, proponeva ricorso al Giudice tutelare, ex art. 3, co. 5, L. n. 219/2017 contro il diniego dei genitori, chiedendo di autorizzare con urgenza la prestazione del consenso all'intervento e all'eventuale trasfusione.

Il Giudice tutelare con decreto dell'8 febbraio 2022, rilevando che il consenso condizionato espresso dai genitori equivale a "non consenso", nominava curatore speciale del minore il Direttore generale dell'azienda ospedaliera, affinché quest'ultimo esprimesse il consenso all'operazione in luogo dei genitori.

Il reclamo proposto dai genitori contro il provvedimento in parola veniva respinto dal Tribunale dei Minorenni, in guisa che questi proponevano ricorso per Cassazione avverso il decreto di rigetto del reclamo, affidandosi a due motivi.

Proponeva controricorso l'azienda ospedaliera, la quale eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di decisorietà e definitività, nonché per carenza di interesse dei ricorrenti, considerato che l'intervento era stato nelle more eseguito.

Più nel dettaglio, i ricorrenti proponevano due motivi di ricorso: in primo luogo, lamentavano la violazione ed errata applicazione di norme di diritto, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n.3), c.p.c. e, in particolare, l'errato iter processuale del reclamo avverso il decreto del Giudice tutelare, posto che quest'ultimo veniva deciso unitamente al procedimento per la sospensione della responsabilità genitoriale.

In secondo luogo, i ricorrenti contestavano la nullità del decreto impugnato per omessa, ovvero perplessa motivazione circa un punto decisivo della controversia, considerato che il Tribunale si limitava al mero rinvio ad altro provvedimento giurisdizionale, con impossibilità di individuare le ragioni della decisione.

Infine, nelle conclusioni i ricorrenti chiedevano la cassazione del provvedimento impugnato, ma anche di ordinare alla struttura sanitaria di procedere alla raccolta di sangue da soggetti esenti da vaccinazione antiSars-Cov2 anche per futuri trattamenti del decorso operatorio del figlio.

* Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione forense. Membro del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

2. LA DECISIONE

La Suprema Corte, trattando preliminarmente l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla struttura ospedaliera, la dichiarava infondata per i motivi che seguono.

La Corte di Cassazione, in via preliminare, forniva un quadro normativo generale ed esaustivo della fattispecie, affermando che il Giudice tutelare aveva reso una decisione ai sensi dell'art. 3, co. 5, L. 219/2017 (c.d. legge DAT).

La legge in parola, ricordano i giudici di legittimità, mira a tutelare nel rispetto dei principi espressi dalla Carta Costituzionale, nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, prevedendo che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito, se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Con particolare riguardo al tema dei trattamenti sanitari della persona minorenne, la legge prevede che *“il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore, tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità e avendo come scopo la tutela della salute psico-fisica e della vita del minore nel rispetto della sua dignità”*.

L'art. 3, co. 5, della legge DAT prevede inoltre che nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata (...), o il rappresentante legale della persona minorenne rifiuti le cure proposte e il medico ritenga, invece, che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata e dei soggetti di cui agli artt. 406 e ss. c.c., o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

Trattasi di una procedura in esito alla quale si adotta un provvedimento che incide sul diritto personalissimo alla scelta dei trattamenti sanitari e sul diritto-dovere dei genitori di rappresentare il minore anche nelle scelte attinenti alle cure.

Il diritto di scegliere liberamente e previa adeguata informazione i trattamenti sanitari costituisce il connubio di due diritti fondamentali della

persona: quello alla salute e quello all'autodeterminazione.

Sul piano internazionale, il diritto in parola è assicurato dalla Carta di Nizza che considera il rispetto del consenso libero e informato quale aspetto del diritto all'integrità fisica e psichica della persona, così come riconosciuto altresì dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e della biomedicina.

Tali diritti sono garantiti anche alla persona minorenne, la quale alla nascita acquista la capacità giuridica e quindi la titolarità di tutti i diritti della personalità.

Come noto, il minore non ha il libero esercizio dei diritti che gli competono ed è legalmente rappresentato dai genitori per quanto concerne il loro esercizio.

In riferimento ai trattamenti sanitari del minore, la scelta e l'attuazione degli stessi rientrano in quei doveri di cura del figlio che connotano la responsabilità genitoriale.

La Corte di legittimità ribadisce sul punto che l'esercizio della responsabilità genitoriale costituisce un aspetto dello *status* parentale, connotato da diritti e doveri, non privo di limiti e non svincolato da qualsivoglia controllo, ma governato dall'accordo tra i genitori e finalizzato ad attuare *the best interest of the child*.

L'art. 3 della legge DAT interviene a chiarire come e con quali limiti si possa esercitare il potere di rappresentanza dei genitori in materia di trattamenti sanitari, stabilendo, in armonia con i principi richiamati, una procedimentalizzazione per la formazione e la manifestazione del consenso.

I genitori, infatti, devono tener conto della volontà del minore, anche avendo riguardo all'età e al suo grado di maturità ed avere di mira la tutela della sua salute psicofisica nel pieno rispetto della sua dignità e tenendo in debito conto il parere dei medici.

La legge in parola prevede un rimedio nell'ipotesi di violazione di queste regole procedimentali, dal momento che consente al Giudice tutelare adito di decidere se un determinato intervento/trattamento possa avere luogo anche senza il consenso dei genitori, comprimendo il diritto di costoro di autodeterminarsi nelle scelte da compiere nella

cura dei figli minori e direttamente provvedendo in merito.

Alla luce delle premesse in esame, la Corte di legittimità decideva di respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'azienda ospedaliera, considerando che il provvedimento reso ex art. 3, era idoneo ad incidere su diritti soggettivi con la particolare efficacia del giudicato.

A *fortiori*, inoltre, i giudici sostenevano che la circostanza che l'intervento fosse già stato eseguito, non faceva venire meno l'interesse a verificare la legittimità della decisione; un'eventuale illegittima violazione di diritti di cui si è detto, infatti, potrebbe comportare conseguenze risarcitorie, sebbene non sia più possibile la *restitutio in integrum*.

Per quanto concerne il merito della vicenda, la Corte di Cassazione procedeva all'esame congiunto dei motivi di ricorso proposti, rigettandoli.

In particolare, sull'eccezione relativa al percorso processuale anomalo seguito dal giudice di prime cure e sull'eccezione di mancanza di motivazione del provvedimento impugnato, gli ermellini affermano che non può dirsi che il provvedimento in parola sia privo di motivazione, né che la "unione di atti" abbia comportato per le parti un pregiudizio difensivo; secondo la Corte, infatti, le ragioni del rigetto del reclamo erano le stesse che avevano determinato l'apertura del procedimento *de potestate*.

Tanto premesso, nel valutare la conformità a norme di diritto delle ragioni esposte dal Giudice tutelare richiamate nel provvedimento impugnato, nonché i motivi di doglianza espressi dai ricorrenti la Suprema Corte rilevava che esprimere un consenso ponendo una condizione, equivale a non esprimerlo affatto.

Secondo i giudici di legittimità, correttamente il Giudice tutelare riteneva non prestato il consenso dai genitori, dal momento che la condizione posta da questi – trasfusione di sangue solo se proveniente da donatori non vaccinati – viziava l'intero consenso.

In merito all'obiezione di natura religiosa sollevata dai genitori, invece, la Corte di Cassazione rilevava che, sebbene sia notorio che la Chiesa cattolica condanna l'aborto volontario, nonché la "cooperazione materiale passiva", realizzandosi

quest'ultima anche nella produzione di vaccini ottenuti da linee cellulari che provengono da tessuti di feti abortiti, detto argomento non può considerarsi dirimente.

I giudici chiariscono che il dovere morale di evitare tale cooperazione passiva non può considerarsi vincolante, se vi è un grave pericolo di diffusione di un patogeno grave, come risulta altresì dalla Nota della Congregazione per la Dottrina della Fede depositata dai genitori stessi.

In ogni caso, continuano i giudici di legittimità, i ricorrenti incorrono in un errore di diritto laddove parlano di preservare l'identità religiosa del figlio; essi, in particolare, commettono l'errore di sovrapporre la propria identità religiosa a quella del minore.

Invero, deducono gli ermellini sul punto, sebbene sia prerogativa dei genitori impartire al figlio una educazione anche sotto il profilo religioso, non può non considerarsi che le scelte religiose future del minore potrebbero essere diverse, in guisa che non risulta accettabile che la fede religiosa sia condizionante e prevalga sugli altri interessi del minore.

Del resto, la Suprema Corte ha più volte statuito che in tema di scelte religiose resta preminente la considerazione del miglior interesse del minore e del suo diritto ad una crescita sana ed equilibrata.

Alla luce di quanto evidenziato, non può dirsi secondo la Cassazione che il Giudice tutelare sia incorso in errore di diritto in merito al bilanciamento degli interessi religiosi dei genitori con il diritto alla salute psico-fisica del minore.

Altrettanto correttamente, secondo la Suprema Corte, aveva deciso il Giudice tutelare nel qualificare la richiesta avanzata dai genitori di utilizzare solo sangue proveniente da donatori non vaccinati, del tutto irragionevole.

Invero, il Giudice di merito riteneva attendibile l'opinione maggioritaria espressa dalla comunità scientifica secondo cui non vi sarebbe alcuna differenza tra il sangue proveniente da donatori vaccinati e quello proveniente da non vaccinati.

In altre parole, non si ravvisava alcun pericolo per il minore nel ricevere sangue da donatori vaccinati contro il Covid.

Gli ermellini sottolineano che il Giudice tutelare non ha commesso alcun errore di diritto, avendo quest'ultimo individuato, nel contrasto tra l'opinione dei genitori e quella dei medici, il migliore interesse del minore, in conformità all'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

3. CONCLUSIONI

La Corte di Cassazione concludeva per il rigetto del ricorso e compensava le spese di lite in ragione della novità della questione trattata.

OBLIO DIGITALE, DIRITTO DI CRONACA GIUDIZIARIA E DEINDICIZZAZIONE: LA CASSAZIONE RIBADISCE I PRINCIPI SU CUI SI DEVE BASARE LA COMPLESSA ATTIVITÀ DI BILANCIAMENTO - CASS. CIV., 30 MAGGIO 2025, N. 14488

A cura di **Cristina CECCONI***

MASSIMA¹

In materia di deindicizzazione da un motore di ricerca di notizie afferenti a una pregressa vicenda giudiziaria, il diritto all'oblio non gode di una tutela incondizionata da parte dell'ordinamento, giacché deve essere necessariamente bilanciato con ulteriori interessi, tra cui spicca il diritto all'informazione nel legittimo esercizio del diritto di cronaca. Sicché, nell'ambito della fattispecie concreta, è rimesso al giudice di merito un complesso giudizio di bilanciamento, in cui assume preminente rilievo la notorietà anche non nazionale dell'interessato, il suo coinvolgimento nella vita pubblica, l'oggetto della notizia, il tempo trascorso. A tal proposito, la valutazione del giudice di merito è censurabile in cassazione ove i motivi di doglianza, lungi dall'investire l'accertamento del fatto nella sua materialità storica, riguardino la correttezza del metodo seguito e il rispetto dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 147
2. **La decisione** 148
3. **Conclusioni** 150

1. IL FATTO

Il Tribunale di M., rigettando il ricorso ex art. 79 del Regolamento sulla protezione dei dati (Regolamento UE del 27 aprile 2016, n. 679) presentato dall'istante al fine di sentir accertare e dichiarare l'illegittimità della condotta posta in essere da G. per aver trattato e memorizzato dati personali su un certo numero di URL, nonché ottenere la rimozione degli stessi dai motori di ricerca, in quanto riferiti a un'accusa di appartenenza a un'associazione di stampo mafioso da cui era stato poi assolto

con sentenza definitiva, riteneva insussistenti i presupposti del riconoscimento del diritto all'oblio, in specie del diritto alla deindicizzazione.

In particolare, il ricorrente aveva lamentato come il permanente richiamo, attraverso la digitazione del proprio nome su G., a una accusa risalente al 2011 attraverso contenuti che davano atto della sussistenza di rapporti personali, di amicizia e di interesse con soggetti affiliati a un determinato clan della 'ndrangheta nonché a operazioni imprenditoriali legate ad affari immobiliari per Expo 2015, non solo non fosse più attuale nel 2022 ma altresì non corrispondesse a verità, data l'intervenuta assoluzione con sentenza definitiva ottenuta nel 2015 e il suo ruolo non pubblico o socialmente rilevante, in quanto mero agente immobiliare iscritto all'albo.

Emergeva, in tal senso, la pretesa del ricorrente a che l'informazione pubblicata sul sito web venisse corretta ed aggiornata, così da restituire un quadro rispettoso dell'identità personale del soggetto e da non ledere l'interesse pubblico a essere correttamente informati e a conoscere la verità dei fatti rappresentati.

Di diverso avviso la difesa della resistente G. che, chiedendo il rigetto del ricorso, rilevava come il contenuto degli URL contestati fosse esatto, in quanto in difetto di prove della sua appartenenza alla 'ndrangheta, egli era stato comunque condannato per il reato di usura aggravata in concorso con un esponente della famiglia 'ndranghetista.

I giudici di primo grado, ritenuto pacifico che l'ordinamento non offre una tutela incondizionata al diritto all'oblio, dovendo questo essere necessariamente bilanciato con altri interessi, fra cui rientra il diritto alla informazione nel legittimo esercizio del diritto di cronaca giudiziaria quale declinazione del diritto di cui all'art. 21 Cost., osservavano come, nel caso di specie, per la tipologia del fatto di

* Funzionario Addetto all'Ufficio per il Processo presso la Corte d'Appello di Napoli, IX Sezione Civile.

¹ Massima non ufficiale.

reato commesso nonché per il ruolo ricoperto nel campo dell'attività anche politica (candidato non eletto nelle elezioni amministrative locali) e del settore immobiliare, dovesse prevalere l'interesse pubblico della collettività ad essere resa edotta sull'intera vicenda giudiziaria coinvolgente il ricorrente.

Più nel dettaglio, rilevavano che la sentenza assolutoria della Corte di cassazione, lungi dall'affermare la totale estraneità del ricorrente alla famiglia del clan, ne escludeva solo la qualifica di associato, confermando la vicinanza del ricorrente all'esponente della stessa con cui aveva commesso tre episodi di usura, per i quali il ricorrente aveva ricevuto condanna.

Avverso la pronuncia del Tribunale, il difensore del ricorrente proponeva ricorso per cassazione, articolato in cinque motivi d'impugnazione.

Con il primo motivo, il legale del ricorrente denunciava la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 196/2003, degli artt. 5, 6, 7, 10, 12, 17, 23 e 32 del Reg. UE n. 679/2016, dell'art. 2 Cost. per non avere il Tribunale correttamente bilanciato gli interessi in gioco e per non aver correttamente valutato il fattore tempo, in particolare per aver errato nel considerare solo la data della sentenza e non anche l'epoca dei fatti.

Quanto al secondo motivo, il ricorrente affermava la violazione e la falsa applicazione delle Linee guida n. 5/2019, dell'art. 2 del d.lgs. 196/2003 e dell'art. 7 del Reg. n. 679/2016, sostenendo che il Tribunale aveva omissso di valutare l'esattezza della notizia pubblicata e conservata in rete.

Con il terzo e il quarto motivo censurava l'omessa ed apparente motivazione nonché l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, quali la sentenza di assoluzione per il reato di associazione mafiosa emessa dalla Corte di cassazione nel 2015 e la mancanza di un interesse collettivo a conoscere la vicenda processuale.

Con il quinto motivo, lamentava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, 1218 e 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c. in tema di riparto dell'onere della prova.

Resisteva con controricorso G., eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso in quanto espressione di un tentativo di rimettere in discussione la valutazione compiuta dal Tribunale

circa l'accertamento del fatto nella sua materialità storica.

2. LA DECISIONE

La Corte di cassazione, esaminati congiuntamente i motivi addotti per ragioni di stretta connessione, ha ritenuto fondato il ricorso nei termini e nei limiti di seguito precisati.

In primis, i Supremi giudici hanno disatteso l'eccezione preliminare sollevata dal controricorrente, in quanto è ammesso il sindacato di legittimità in ordine alla valutazione circa la correttezza del metodo adoperato dal giudice di merito, in termini di rispetto dei criteri di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e pertinenza, nell'operazione di bilanciamento coinvolgente, da un lato, il diritto fondamentale del ricorrente al controllo dell'insieme delle informazioni che definiscono la propria immagine sociale (la c.d. autodeterminazione informativa) – allo scopo di evitare che notizie potenzialmente diffamatorie e non più attuali e pertinenti incidano negativamente sulla reputazione personale – e, dall'altro, il diritto di cronaca giudiziaria.

Dopo aver riportato parte dei contenuti delle notizie presenti nei quattro link in contestazione, la Suprema Corte richiama i principi generali della disciplina sulla protezione dei dati personali, in particolare due diverse declinazioni del diritto all'oblio.

Secondo un'originaria accezione, il diritto all'oblio coincide con la pretesa a impedire la ripubblicazione di notizie dopo che sia decorso un significativo lasso temporale, a tutela dell'identità dinamica del soggetto e dei "tradizionali" diritti della personalità, quali la riservatezza, l'identità personale, l'onore e la reputazione.

Emerge in questo caso il ruolo ricoperto dal "fattore tempo", ovvero dal lasso temporale intercorrente tra le due pubblicazioni, tale per cui la pretesa all'oblio, nell'ambito del bilanciamento con gli altri diritti, tendenzialmente prevale, salvo sussistano un interesse pubblico effettivo e attuale alla conoscibilità della notizia e un elevato grado di notorietà del soggetto protagonista della vicenda, vengano impiegate modalità improntate alla verità ed, infine, ne venga data preventiva informazione circa la ripubblicazione al soggetto affinché possa

esercitare il diritto di replica (cfr. *Cass., Prima Sezione n. 6919/2018; Sezioni Unite n. 19681/2019*).

Secondo una diversa e più evoluta declinazione di *privacy informatica*, il diritto all'oblio coinciderebbe con la pretesa alla deindicizzazione dei dati personali visibili nell'elenco dei risultati di ricerca disponibili on line, ove la permanenza della notizia senza necessità di essere riproposta determina la sua persistente accessibilità da parte degli utenti, fotografando quindi una realtà non più esistente.

In questa prospettiva, sul presupposto che il diritto all'oblio è una figura di creazione dottrinale e giurisprudenziale recente, la Corte riporta una rassegna di pronunce che evidenziano i principi ormai ritenuti pacifici in materia:

- sussiste il diritto dell'interessato, ai sensi degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, a chiedere che l'informazione contestata non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante l'inclusione di un elenco accessibile tramite internet, dovendo le prerogative personali prevalere sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca e sull'interesse dei cittadini a conoscere ogni possibile informazione (*Corte di Giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/12 Caso Google Spain*: nel caso di specie, googlando il nome di una persona emergeva che tale aveva ricevuto un pignoramento effettuato dalla riscossione coattiva di crediti previdenziali);

- la presenza nell'archivio storico *on line* di un quotidiano, di articoli di cronaca giudiziaria pubblicati anni prima nell'edizione cartacea dello stesso giornale, riguardanti fatti penalmente rilevanti e su cui insiste un interesse pubblico di tipo storico o socio-economico, facente capo ad una persona nelle more deceduta, è giustificata dalla permanenza dell'interesse della collettività, e in particolare del mondo economico, di "fare memoria" di tali vicende, se l'editore ha provveduto alla "deindicizzazione", allo spontaneo aggiornamento degli articoli in questione, e alla reperibilità da parte della collettività solo attraverso l'archivio informatico, così da garantire un giusto bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto della collettività ad essere informata correttamente sulle relative vicende (*Cass., Sez. I, 27 marzo 2020, n. 7559*: nel caso di specie, la Corte confermava la sentenza di merito che aveva respinto la domanda degli eredi di un imprenditore

deceduto con cui era stata chiesta la cancellazione dall'archivio informatico di una notizia che riportava le vicende giudiziarie penalmente rilevanti relative al defunto);

- la "deindicizzazione" dell'articolo dai motori di ricerca può porsi come ragionevole soluzione al bilanciamento tra la tutela del diritto all'oblio e l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, quest'ultimo posto a garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, di cronaca e di conservazione storico-sociale e documentarista (*Cass., Sez. I, 19 maggio 2020, n. 9147*);

- sussiste il diritto di un imprenditore, noto esclusivamente a livello locale, a chiedere la deindicizzazione, in relazione a pagine web contenenti articoli giornalistici, seppur non troppo risalenti nel tempo, nei quali venga riportato il contenuto di intercettazioni telefoniche di terzi che riferiscono di una presunta vicinanza dell'attore alla 'ndrangheta, mai confermate da alcuna indagine nei suoi confronti (*Cass. Sez. I, 31 maggio 2021, n. 15160*);

- al fine di bilanciare concretamente l'immagine sociale dell'individuo e l'interesse pubblico all'informazione, è lecita la permanenza di un articolo di stampa, a suo tempo legittimamente pubblicato, nell'archivio informatico di un quotidiano, che riguardi fatti risalenti nel tempo oggetto di una inchiesta giudiziaria poi sfociata nell'assoluzione dell'imputato, purché, a richiesta dell'interessato, l'articolo sia deindicizzato e reperibile solo attraverso l'archivio storico del quotidiano, e purché, a richiesta documentata dell'interessato, all'articolo sia apposta una sintetica nota informativa, a margine o in calce, che dia conto dell'esito finale del procedimento giudiziario in forza di provvedimenti passati in giudicato (*Cass., Sez. I, 27 dicembre 2023, n. 2893*);

- l'omesso aggiornamento di una risalente notizia di cronaca, pubblicata sul sito internet di una testata giornalistica, integra un trattamento illecito dei dati personali, suscettibile di dar luogo a un pregiudizio non patrimoniale risarcibile, nel caso di ingiustificato rifiuto o ritardo del titolare del sito di provvedere al suddetto aggiornamento o alla rimozione della notizia, a seguito della corrispondente richiesta dell'interessato (*Cass., Sez. III, 1° marzo 2023, n. 6116*);

• anche nel sistema antecedente all'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR) occorre la richiesta dell'interessato per la cancellazione, deindicizzazione o aggiornamento di un articolo di stampa a suo tempo legittimamente pubblicato, non sussistendo, in mancanza di detta istanza, alcun obbligo in capo al gestore del sito web (*Cass., Sez. I, 7 marzo 2023, n. 6806*).

Tanto premesso, la Corte ha osservato come, nel caso di specie, il Tribunale abbia correttamente ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale in materia (*art. 17 Reg. Ue n. 679/2016; art. 21 Cost., Corte di Giustizia, 13 maggio 2014, causa C-131/12 Costeja; Corte Cost. n. 85/2013; Cass., Sez. Unite n. 19681/2019; Linee Guida del Garante europeo per la protezione dei dati personali n. 5/2019*), individuando l'esigenza di sottoporre a bilanciamento la tutela dei dati personali e l'interesse collettivo all'informazione nelle controversie in cui si invoca il diritto all'oblio.

Tuttavia, secondo i Supremi giudici, il Tribunale ha errato nell'effettuare in concreto il bilanciamento tra i diritti coinvolti, al punto da compromettere la tenuta complessiva della sentenza.

In tal senso, il Tribunale ha trascurato il principio di autodeterminazione informativa, avendo omesso di considerare che l'accusa di mafia era stata smentita da una sentenza irrevocabile; che gli articoli in contestazione non si riferivano in alcun modo agli episodi di usura per i quali era intervenuta diversa condanna per il ricorrente; che, quindi, gli articoli non erano aggiornati con l'evoluzione processuale; che il fattore tempo (oltre 12 anni dalla commissione dei fatti) non era stato valutato correttamente, avendo il Tribunale considerato come *dies a quo* solo la data di pubblicazione della sentenza di assoluzione del ricorrente; che, in conclusione, le notizie erano diffamatorie e non più pertinenti, incidendo sull'identità personale e la reputazione del ricorrente.

Infine, il Supremo Consesso ha confermato la sentenza impugnata sotto il profilo della censura avanzata dal ricorrente in ordine alla ritenuta sussistenza della qualità di personaggio pubblico, ricordando come affinché un soggetto possa ritenersi "noto" non occorre che tale notorietà abbia carattere nazionale.

3. CONCLUSIONI

La Corte ha accolto il ricorso, nei sensi di cui in motivazione, e ha cassato la sentenza impugnata, rinviando la causa, anche per le spese di giudizio di cassazione, al Tribunale, in persona di diverso magistrato.

Ebbene, la pronuncia ha il merito di esaltare il fattore temporale, la non attualità dell'interesse collettivo e la rilevanza della posizione pubblica del soggetto coinvolto. Tre elementi costitutivi del diritto all'oblio, inteso come diritto a dimenticare ciò che è accaduto in passato e a evitare la reperibilità di una serie illimitata e incontrollata di informazioni lesive della propria immagine in Rete.

Non v'è dubbio che i rapporti tra riservatezza e cronaca giudiziaria debbano quindi trovare diversa composizione in base alle coordinate tracciate, richiedendo all'interprete una sapiente opera di bilanciamento per evitare che l'uno soccomba sistematicamente all'altro o viceversa.

STATUS FILIATIONIS E GENITORIALITÀ INTENZIONALE: LA SVOLTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORREZIONE IN DIRITTO DELLA CASSAZIONE - CASS., I SEZ. CIVILE - SENTENZA 5 GIUGNO 2025, N. 15075

A cura di **Martina RECANO***

MASSIMA¹

L'ufficiale dello stato civile è tenuto a riconoscere, nell'atto di nascita, la madre intenzionale che ha prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all'estero insieme alla madre biologica, senza richiedere l'adozione in casi particolari.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 151
2. **La decisione** 151
3. **Conclusioni** 152

1. IL FATTO

Il caso affrontato dalla Corte di Cassazione riguarda il riconoscimento anagrafico della madre intenzionale di due minori nati da procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa effettuata all'estero da una coppia omosessuale femminile.

Le due madri, unite civilmente da diversi anni, hanno realizzato un condiviso progetto genitoriale utilizzando la tecnica di PMA svolta all'estero, da cui sono nati due figli. All'epoca dei fatti, la madre intenzionale ha prestato consenso preventivo al procedimento di fecondazione.

Nel 2020, le due donne avanzano richiesta all'ufficiale dello stato civile del Comune di competenza di trascrivere l'atto di nascita dei minori con l'indicazione di entrambe come genitori, quindi richiedendo l'aggiunta della madre intenzionale accanto al nome della madre biologica. L'ufficiale di risposta nega tale richiesta ritenendo necessaria, per la madre intenzionale, una procedura di

adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983.

Dal diniego, scaturisce un complesso e macchinoso gioco di diritto. Difatti, le madri, propongono ricorso al Tribunale di Brescia, che nel 2023 ha accolto la domanda, ordinando la rettifica da parte dell'Ufficiale, dell'atto di nascita con l'aggiunta della madre intenzionale. Il Ministero dell'Interno impugna la decisione in appello, motivando sull'inapplicabilità della legge del 2004 alle coppie dello stesso sesso. La Corte d'appello rigetta il reclamo. Il Ministero propone ricorso per cassazione.

2. LA DECISIONE

Con la sentenza n. 15075/2025, la Corte di Cassazione rigetta il ricorso del Ministero dell'Interno, ma corregge in diritto la motivazione della Corte d'appello di Brescia, ritenendo che la decisione assunta fosse corretta nel dispositivo ma non sostenibile sul piano interpretativo, alla luce del quadro normativo previgente rispetto alla sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 68/2025.

Difatti, la Corte d'appello aveva ritenuto possibile una lettura evolutiva dell'art. 8 della legge n. 40/2004, valorizzando il passaggio, all'interno della stessa legge, da disposizioni sull'accesso alle tecniche (riservato alle coppie eterosessuali: art. 5) a quelle sulla tutela del nato, ove si fa generico riferimento alla "coppia" che abbia espresso consenso. In questo cambio lessicale, i giudici bresciani hanno ravvisato un'apertura sistemica alla possibilità di estendere la tutela del figlio anche nelle ipotesi di PMA praticata da coppie omosessuali all'estero, pur in assenza di un'espressa previsione normativa.

Secondo i giudici del reclamo, negare il riconoscimento diretto della madre intenzionale avrebbe generato una discriminazione irragionevole tra i

* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

minori nati da PMA in coppie eterosessuali e quelli nati da coppie omosessuali, ponendo questi ultimi in una condizione di minor tutela e subordinando il riconoscimento a un procedimento di adozione in casi particolari. Tale istituto, secondo la Corte territoriale, non garantisce né l'immediatezza né la pienezza dello status filiationis, risultando procedura lenta, discrezionale e meno protettiva per l'identità giuridica del minore.

Inoltre, la Corte di Brescia sottolineava come non fosse il comportamento degli adulti – né la loro conformità alla legge 40/2004 – a dover essere oggetto di valutazione, quanto l'interesse concreto del minore, che, in quanto soggetto debole e privo di strumenti giuridici propri, ha diritto a vedere riconosciuto uno status certo, stabile e conforme alla realtà affettiva e familiare in cui cresce.

Il nato diventa il centro di interesse da tutelare.

La Corte di Cassazione, pur condividendo l'esito sostanziale del giudizio, ritiene che la motivazione della Corte d'appello superi i limiti dell'interpretazione giuridicamente consentita.

In particolare, ribadisce che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 l. 40/2004 (sentenza n. 68/2025), non era possibile attribuire al testo normativo una portata estensiva tale da includere le coppie omosessuali, essendo vincolante il riferimento esplicito, all'art. 6, ai soggetti di cui all'art. 5: ossia coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi.

La Cassazione chiarisce che il giudice ordinario non può introdurre modifiche sostanziali all'ordinamento in via interpretativa, ma, in presenza di una possibile violazione costituzionale, deve ricorrere allo strumento dell'incidente di costituzionalità.

Tuttavia, nel caso di specie, essendo sopravvenuta la pronuncia della Corte costituzionale n. 68/2025, che ha dichiarato incostituzionale la norma nella parte in cui non consente il riconoscimento della madre intenzionale, il dispositivo della Corte d'appello risulta conforme al nuovo diritto vivente.

La Suprema Corte, pertanto, rigetta il ricorso ministeriale ma sostituisce l'impianto motivazionale con uno aderente al quadro costituzionale aggiornato.

3. CONCLUSIONI

La Corte di Cassazione con sentenza 15075/2025 Rigetta il ricorso del Ministero, confermando la decisione della Corte di appello, previa modifica delle ragioni di diritto

I GIUDICI DI LEGITTIMITÀ RITENGONO NON MANIFESTAMENTE INFONDATA LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 230-BIS COD. CIV. NELLA PARTE IN CUI NON INCLUDE NEL NOVERO DEI FAMILIARI ANCHE IL “CONVIVENTE DI FATTO” E COME IMPRESA FAMILIARE QUELLA CUI COLLABORA ANCHE IL “CONVIVENTE DI FATTO” - CASS., SS. UU CIVILI, ORD., N. 1161/2025

A cura di **Giuseppina AVOLIO***

MASSIMA¹

L'esclusione del convivente che per lungo tempo abbia lavorato nell'impresa familiare dalla tutela di cui all'art. 230-bis cod. civ. si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., ma soprattutto con la giurisprudenza della Corte EDU e con il diritto UE, risultando, pertanto, non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 230-bis cod. civ. nella parte in cui non include nel novero dei familiari anche il convivente di fatto.

SOMMARIO

- 1. Il fatto 153**
- 2. La decisione 154**
- 3. Conclusioni 154**

1. IL FATTO

La Corte d'Appello di Ancona con sentenza n.520/2017 confermava la decisione del giudice di prime cure e respingeva la domanda proposta dall'attrice volta ad ottenere l'accertamento dei presupposti di esistenza dell'impresa familiare in riferimento ad un'azienda agricola in cui, essa stessa, dichiarava di aver prestato attività lavorativa al fianco del defunto compagno, chiedendo, di conseguenza, la condanna dei coeredi del compagno alla liquidazione della quota a lei spettante, quale partecipante all'impresa.

L'attrice deduceva infatti di aver intrattenuto una stabile convivenza con il *de cuius* sin dall'anno 2000 e di aver prestato attività lavorativa in modo

continuativo nell'azienda del compagno dal 2004 al 2012 (anno del decesso di quest'ultimo).

Il Tribunale respingeva la domanda sostenendo che il riconoscimento della quota di partecipazione all'impresa familiare ex art. 230-bis c.c. presuppone la sussistenza di un rapporto di coniugio/parentela o affinità, non compatibile con il mero rapporto di convivenza.

La Corte d'appello confermava la decisione del giudice di prime cure e aggiungeva che alla fattispecie in esame non poteva applicarsi neanche l'art. 230 ter c.c., essendo il rapporto di convivenza cessato nel 2012, prima dell'entrata in vigore della L.76/2016.

Parte attrice decideva dunque di ricorrere in Cassazione sulla scorta di tre motivi: omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.; violazione e falsa applicazione dell'art. 230 bis c.c., nonché violazione dell'art 230 ter c.c. e art. 11 delle Preleggi.

Il Collegio, sezione Lavoro, emetteva l'ordinanza interlocutoria n.2121/2023, con la quale, dopo aver richiamato l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità che esclude l'applicabilità della disciplina in materia di impresa familiare alla situazione della convivenza di fatto, riteneva necessario un intervento delle Sezioni Unite sulla questione, al fine di valutare la necessità di una revisione dell'orientamento in parola alla luce sia degli interventi legislativi, sia degli indirizzi giurisprudenziali, da cui emerge un'"apertura" nei confronti della convivenza *more uxorio*.

Invero, si richiedeva l'intervento del supremo consesso, considerato che l'esclusione del convivente che per lungo tempo abbia lavorato

* Dottoressa in giurisprudenza, abilitata all'esercizio della professione forense. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

nell'impresa familiare dalla tutela ex art. 230 bis c.c., si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., nonché con la normativa e giurisprudenza CEDU.

L'ordinanza interlocutoria, infatti, precisava che la vita dei conviventi di fatto rientra nella concezione di vita familiare elaborata dalla Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 8, par. 1, CEDU.

Si riteneva, pertanto, indispensabile un intervento nomofilattico al fine di chiarire “se l'art. 230-bis, comma terzo, cod. civ. potesse essere evolutivamente interpretato in chiave di esegesi orientata sia agli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost., sia all'art. 8 CEDU come inteso dalla Corte di Strasburgo, nel senso di prevedere l'applicabilità della relativa disciplina anche al convivente *more uxorio*, laddove la convivenza di fatto sia caratterizzata da un grado accertato di stabilità”.

La Corte di legittimità, dal suo canto, con ordinanza interlocutoria n. 1900/2024, sospendeva il giudizio e rinviava gli atti alla Corte costituzionale, ritenendo non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 230-bis cod. civ. nella parte in cui non include nel novero dei familiari anche il convivente di fatto per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35 e 36 Cost., nonché dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., ed ancora, per il tramite dell'art. 117, comma 1 Cost., degli artt. 8 e 12 CEDU.

La Corte di legittimità evidenziava, altresì, che le prospettate censure di incostituzionalità si riverberavano, in termini di illegittimità derivata, anche sull'art. 230-ter cod. civ. che non ha riconosciuto al convivente di fatto la stessa tutela del coniuge/familiare, ma una tutela differenziata ed inferiore.

La Corte costituzionale con sentenza n.148 del 2 luglio 2024, depositata in data 25 luglio 2024, pubbl. in G.U. 31 luglio 2024, n. 31 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 230-bis, terzo comma c.c., nella parte in cui non considera “familiare” anche il convivente di fatto e come impresa familiare quella in cui collabora anche il convivente di fatto, ciò per la violazione del diritto fondamentale al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) e alla giusta retribuzione (art. 36, primo comma, Cost.), in un contesto di formazione sociale, quale è la famiglia di fatto (art. 2 Cost.), nonché per violazione dell'art. 3 Cost.; la Consulta inoltre, dichiarava, parimenti,

l'illegittimità costituzionale dell'art. 230-ter codice civile.

2. LA DECISIONE

La Corte di Cassazione decideva per l'accoglimento del ricorso e alla luce della sentenza della Consulta riteneva fondati tutti e tre i motivi proposti.

Invero, come affermato dalla Corte, le censure tutte pongono in rilievo la circostanza che la Corte territoriale, sul presupposto della inapplicabilità *ratione temporis* al caso di specie dell'art. 230-ter cod. civ. e della impossibilità di un'applicazione estensiva dell'art. 230-bis cod. civ., ha del tutto pretermesso ogni accertamento in concreto circa l'effettività e la continuità dell'apporto lavorativo della ricorrente nell'impresa familiare, apporto che si assume determinativo dell'accrescimento della produttività dell'impresa.

3. CONCLUSIONI

Sulla scorta delle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale, la Corte di legittimità decideva di cassare la pronuncia impugnata e di rinviare gli atti alla Corte d'appello di Ancona, affinché proceda ad un nuovo esame della questione, tenendo conto della pronuncia del Giudice delle leggi interpretativa additiva dell'art. 230-bis terzo comma cod. civ. ed in via conseguenziale demolitoria dell'art. 230-ter cod. civ.

La pronuncia della Consulta, sposata dai giudici di legittimità, risulta rilevante in ragione del fatto che si inserisce nel novero dell'evoluzione dei rapporti familiari e dell'importanza che via via ha acquisito la convivenza di fatto nell'attuale società.

In proposito, risulta importante ricordare che già in altre occasioni si è attribuita rilevanza alla situazione del convivente di fatto, come ad esempio in ambito penale, in riferimento all'applicabilità anche a quest'ultimo dell'art. 384, co.1, c.p.

Invero, proprio la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 17 marzo 2021, n. 10381, riteneva che l'art. 384, comma primo, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, risulta applicabile analogicamente anche a chi abbia commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato

costretto dalla necessità di salvare il convivente “*more uxorio*” da un grave e inevitabile nocu-mento nella libertà o nell’onore.

Del resto, la Consulta stessa già in altre occa-sioni ha attribuito rilevanza alla convivenza *more uxorio*, soprattutto se, come nel caso di specie, ven-gono in considerazione la lesione di diritti fonda-mentali come il diritto sociale all’abitazione (sen-tenza n. 559 del 1986 e n. 404 del 1988), ovvero il diritto alla salute (sentenza n. 213 del 2016) o all’af-fettività di persone detenute (sentenza n. 10 del 2024).

Secondo la Corte Costituzionale, pertanto, per quanto concerne il caso di specie, risulta fonda-men-tale il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) e alla giusta retribuzione (art. 36, primo comma, Cost.), e, dun-que, quando reso nel contesto di un’impresa fami-liare, richiede uguale protezione sia che sussista un rapporto di coniugio, sia in caso di convivenza di fatto.

Il convivente di fatto, infatti, si trova come il coniuge, nella stessa situazione in cui la prestazione di lavoro deve essere protetta, rischiando altrimenti di essere inesorabilmente attratta nell’orbita del la-voro gratuito.

CUMULO DELLE INDENNITÀ E RISARCIMENTO DANNI NELLE MISSIONI MILITARI: DIVIETO DI ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO - CONSIGLIO DI STATO., SEZ. II - SENTENZA 23 APRILE 2025, N. 3500

A cura di **Martina RECANO***

MASSIMA¹

In materia di risarcimento danni per lesioni subite in missioni militari, le indennità già riconosciute a titolo di assegno vitalizio e speciale elargizione sono compensabili con il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, in quanto l'eventuale cumulo comporterebbe un ingiustificato arricchimento del danneggiato, contrastando con la funzione riparatrice e non punitiva della responsabilità civile.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 156
2. **La decisione** 156
3. **Conclusioni** 157

1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3500 del 23.05.2025 affronta il complesso tema del carattere patrimoniale e compensativo dei benefici assistenziali e il contestuale divieto di arricchimento senza causa nel diritto civile, anche nei confronti delle vittime del dovere.

L'appuntato scelto aveva partecipato alla missione di pace in Iraq nel 2003. In tale contesto, era rimasto ferito a seguito di un attacco terroristico. Per i danni subiti, il militare aveva ricevuto varie provvidenze: un premio assicurativo, due speciali elargizioni, e – soprattutto – un assegno vitalizio e uno speciale assegno vitalizio per un totale già percepito pari a oltre 550.000 euro, cui si aggiungevano circa 994.000 euro da percepire in futuro, per un totale complessivo di circa 1,5 milioni di euro.

Nonostante tali indennizzi, il ricorrente chiedeva il riconoscimento della responsabilità datoriale del Ministero della Difesa e il conseguente risarcimento integrale dei danni subiti. Dopo un

primo giudizio civile chiuso con una dichiarazione di difetto di giurisdizione, il militare aveva riassunto la causa dinanzi al T.A.R. Veneto prima sezione, che tuttavia aveva rigettato la domanda risarcitoria.

Avverso tale sentenza il militare proponeva appello innanzi al Consiglio di stato, chiedendone la riforma, articolando la difesa in tre motivi principali:

1) Mancata ammissione della consulenza tecnica d'ufficio (CTU), che avrebbe consentito una più precisa quantificazione del danno non patrimoniale subito.

2) Erroneo rigetto delle domande risarcitorie per danno patrimoniale, con particolare riferimento alla perdita dell'indennità di missione, ai giorni di licenza non fruiti e alla perdita di chance.

3) Illegittima applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, con la conseguente decurtazione del risarcimento in ragione degli indennizzi già percepiti (vitalizi e speciali elargizioni)

Con memoria di costituzione e difesa, si costituiva il Ministero della difesa, per chiedere la reiezione dell'appello.

Il collegio, visto il ricorso in appello e i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della difesa; Visti tutti gli atti della causa tratti nella pubblica udienza dell'8 aprile 2025, la causa in decisione.

2. LA DECISIONE

Il Consiglio di Stato in via preliminare affronta l'eccezione istruttoria. Difatti, i giudici hanno escluso la necessità di disporre una CTU, rilevando che il ricorrente non aveva fornito alcuna prova o indizio idoneo a dimostrare un danno superiore a quello già coperto dagli indennizzi. La documentazione sanitaria prodotta non dimostrava infatti un

* Praticante Avvocato abilitato alla sostituzione del foro di Napoli. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹Massima non ufficiale.

aggravamento delle patologie rispetto a quanto già accertato dalla Commissione Medica Ospedaliera nel 2016, che aveva riconosciuto una invalidità permanente del 39%. Anche le perizie più recenti non rilevavano peggioramenti significativi.

Sulla base delle “tabelle di Milano” e della più recente tabella nazionale ex d.P.R. 12/2025, i giudici hanno svolto una simulazione di calcolo del danno non patrimoniale, che – anche nell’ipotesi estrema e irrealistica di un’invalidità totale con massimo danno morale – non superava l’importo degli indennizzi già riconosciuti al militare. È stata quindi confermata l’assenza di un danno ulteriore risarcibile.

Quanto al secondo motivo, relativo al danno patrimoniale, il Consiglio di Stato ha osservato che il militare è ancora in servizio, con la conseguenza che non si configura alcuna perdita patrimoniale attuale. Inoltre, le voci di danno richieste (indennità di missione, giorni di licenza, perdita di chance) non risultavano in alcun modo provate, né allegate con sufficiente precisione.

Infine, i giudici di palazzo spada, hanno ribadito il principio secondo cui i benefici percepiti dal danneggiato a fronte dello stesso fatto lesivo (quali gli assegni vitalizi e le speciali elargizioni) devono essere scomputati dal risarcimento richiesto, in base al principio della *compensatio lucri cum damno*. L’obiettivo del risarcimento è infatti quello di reintegrare la sfera del danneggiato non di arricchirla: il cumulo integrale di indennizzi e risarcimento determinerebbe un’inammissibile sovracompensazione, in assenza di una base normativa che giustifichi una funzione punitiva del risarcimento.

Non è stata accolta nemmeno l’argomentazione difensiva secondo cui i vitalizi non ancora percepiti non sarebbero computabili: secondo il Consiglio, il diritto a tali somme è già acquisito nel patrimonio del danneggiato, anche se le erogazioni avvengono in forma rateale.

In definitiva, il Consiglio di Stato ha confermato il rigetto della domanda risarcitoria, rilevando che tutte le voci di danno lamentate erano già adeguatamente compensate dagli indennizzi percepiti e futuri.

3. CONCLUSIONI

L’appello è stato respinto, con compensazione delle spese di lite per la novità delle questioni trattate. Tuttavia, è stata accolta la domanda di liquidazione degli onorari per gratuito patrocinio, liquidati in complessivi 6.000 euro.

FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO IN CASO DI OPERE EDILIZIE NON SANABILI MEDIANTE CONDONO EDILIZIO – CONS. DI STATO, SEZ. VII, 9 APRILE 2025, N. 3051

A cura di **Alessio RUOTOLO***

MASSIMA¹

Il silenzio-assenso si forma anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non è conforme alle norme che ne disciplinano lo svolgimento, e ciò in ragione dell'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione –, che viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi silenziosamente.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 158
2. **La decisione** 159
3. **Conclusioni** 160

1. IL FATTO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 3051/2025, si è pronunciato in merito ad un caso avente ad oggetto la formazione del silenzio assenso successivamente alla presentazione di domanda di condono edilizio, anche se l'opera assentita non risulta essere tra quelle per i quali è prevista tale sanatoria.

Nello specifico, l'appellante risulta essere proprietario di un'area sita in Arzano (NA), sulla quale sono stati realizzati entro il 1° febbraio 2000 32 distinti “box auto con struttura in ferro e copertura e rompagni in lamiera metalliche”, aventi una superficie reale variabile tra 9 mq e 15 mq circa.

Lo stesso, per ciascuno di tali box auto, in data 9 dicembre 2004, presentava al Comune di Arzano specifica istanza di condono edilizio, ai sensi della l. n. 326 del 2003, allegando la prevista documentazione, tra cui il titolo di proprietà, attestazione del versamento dell'oblazione e dell'anticipazione

degli oneri concessori, dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 e documentazione fotografica.

Nello specifico, in sede di istanza di condono edilizio, i box auto venivano indicato come pertinenze di unità residenziali.

Solo nel mese di gennaio 2008 e, dunque, a distanza di ben 4 anni dalla presentazione delle relative istanze di condono edilizio, il Comune di Arzano, richiedeva integrazioni documentali alle istanze di condono presentate, cui l'appellante, sollecitamente riscontrava, trasmettendo il 18 gennaio 2008, in relazione a ciascuna istanza, la documentazione richiesta formata da: dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, il rilievo fotografico del box auto, i grafici quotati, la relazione tecnica di descrizione delle opere e materiali utilizzati e sulla dimensione e stato delle opere, la documentazione catastale e marca da bollo.

Inoltre, l'appellante trasmetteva al Comune perizia giurata sulla dimensione e sullo stato delle opere e certificato di idoneità statica relativo a tutti i box auto.

Ancora, in data 3 ottobre 2008, il Comune richiedeva ulteriore integrazione documentale avente ad oggetto unicamente la liquidazione degli importi ancora dovuti per oblazione ed oneri concessori, evidentemente ritenendosi già complete le pratiche di condono edilizio dal punto di vista documentale.

Ebbene, l'appellante riscontrava compiutamente anche tale ulteriore richiesta, trasmettendo all'ente Comunale, in data 22 gennaio 2009, le attestazioni di versamento effettuati.

Tuttavia, a distanza di quasi 8 anni e mezzo da tale ultima integrazione dell'appellante, il Responsabile dell'Area Pianificazione e Gestione del Territorio della Città di Arzano adottava i 32 provvedimenti del 29 maggio 2017 di diniego delle istanze di condono del 9 dicembre 2004, provvedimenti,

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

¹ Massima non ufficiale.

tutti impugnati nel presente giudizio, sul presupposto che per l'istanza di condono [...] non sia maturato il silenzio-assenso.

Tali provvedimenti sono stati impugnati dall'appellante innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, con cui l'appellante ha dedotto sia la condonabilità delle opere che, comunque, il formarsi del silenzio-assenso sulle proprie istanze, senza che il Comune potesse ormai legittimamente intervenire a riconoscere la formazione del titolo "silente" sui box.

All'esito del giudizio di primo grado, con sentenza n. 7411 del 29 novembre 2022 il Tribunale respingeva il ricorso giudicandolo infondato.

Nello specifico il primo giudice, ha affermato la non applicazione dell'istituto del condono edilizio oltre i casi previsti dalla legge, poiché ha ritenuto applicarsi unicamente in presenza di nuove costruzioni che abbiano destinazione residenziale, escludendo, quindi, la possibilità di estendere questa misura alle nuove costruzioni non residenziali.

Inoltre, ha giudicato non rilevante il fatto che i suddetti box auto sono definiti pertinenziali di unità residenziali. Ancora, parte appellante non avrebbe nemmeno individuato le specifiche unità abitative cui i box sarebbero asserviti.

Per quel che in tale sede rileva, il Tribunale Amministrativo ha respinto anche il primo motivo di ricorso, non potendosi ritenere formato il silenzio-assenso in assenza di un requisito indefettibile quale quello della destinazione residenziale.

Avverso tale sentenza il soggetto interessato ha proposto appello lamentandone l'erroneità per le ragioni che di qui a poco vedremo e ne ha chiesto la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure.

Non si è costituito il Comune appellato e nella pubblica udienza dell'8 aprile 2025 il Collegio giudicante ha trattenuto la causa in decisione.

2. LA DECISIONE

All'esito della trattazione della causa de qua, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso ritenendolo fondato nel merito.

In particolare, a giudizio del supremo Collegio, deve ritenersi fondata, e dirimente ai fini della risoluzione del caso in esame, la censura con cui

l'odierno appellante deduce che erroneamente il Tribunale ha sostenuto che il silenzio-assenso non si sarebbe formato sulle istanze di condono dell'appellante per il preteso carattere "non residenziale" delle nuove opere oggetto delle istanze di condono,

Nello specifico, secondo quanto sostenuto da parte appellante, sarebbero prive di fondamento le ragioni poste alla base del suddetto pronunciamento, laddove il TAR avrebbe sostenuto che la formazione del silenzio assenso sarebbe possibile soltanto nel caso in cui le domande siano conformi al relativo modello legale e, quindi, l'istante sia in grado di comprovare che ricorrano tutte le condizioni previste per il loro accoglimento.

Quanto sostenuto da parte ricorrente troverebbe manforte anche nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, laddove espressamente chiarisce che «il silenzio-assenso si forma anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non è conforme alle norme che ne disciplinano lo svolgimento, e ciò in ragione dell'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione –, che viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi silenziosamente» (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746).

Premesso ciò, il Consiglio di Stato, dopo aver accordato ragione al giudice di prime cure laddove ha stabilito che i box oggetto di causa non potevano, in nessun modo, considerarsi invero costruzioni residenziali, ha stabilito, di contro, che il silenzio-assenso si forma anche se l'attività oggetto di silenzio non rientra *stricto sensu* nello schema legale, difettando di uno dei requisiti – il carattere residenziale della costruzione, nel caso di specie da escludersi – per la condonabilità dell'opera.

A tal proposito, il Consiglio di Stato soffermandosi sulla natura giuridica dell'istituto in questione, silenzio assenso risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento.

Di conseguenza, l'equivalenza tra silenzio assenso e provvedimento positivo di accoglimento dell'istanza del privato consente l'applicazione, al

provvedimento così formato, del medesimo regime dell'atto amministrativo, con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge.

Al contrario, sostenere che la fattispecie del silenzio assenso sia produttiva di effetti solo nel caso di conformità con la fattispecie legale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina dell'annullabilità e contrasterebbe con la finalità di semplificazione dell'istituto.

A tal punto, il Consiglio di Stato ribadisce che l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore - rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione - viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente' (Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746).

Premesso quando innanzi, si rileva che alla data di adozione del provvedimento di diniego del 29 maggio 2017, si era già da moltissimo tempo formato il silenzio-assenso previsto dalle citate disposizioni (e consumato il potere comunale di pronunciarsi negativamente) sulle 32 domande di condono presentate il 10 settembre 2004 per i box auto, con la conseguenza che era preclusa all'amministrazione comunale la possibilità di adottare un provvedimento negativo sulle istanze medesime, anche in via, ormai, di eventuale autotutela, stante il lunghissimo tempo trascorso.

Il Consiglio di Stato conclude che il decorso del termine prescritto di 2 anni a tutto il 22 gennaio 2011 senza l'emanazione di alcun provvedimento espresso (favorevole o di diniego) ha comportato senz'altro la formazione del provvedimento implicito di concessione in sanatoria, al più tardi, nel gennaio 2011.

Ne consegue che, come deduce l'appellante, alla data di emanazione del provvedimento impugnato - 13 maggio 2017 - le opere sanzionate con il diniego erano già da molto tempo (quasi 6 anni e mezzo) assentite in sanatoria, e quindi -

contrariamente a quanto ritenuto dal Comune - munite del richiesto titolo autorizzativo, né tanto meno, alla data del 13 maggio 2017 per il lunghissimo tempo trascorso, era più possibile legittimamente al Comune intervenire in autotutela per annullare il silenzio-assenso formatosi sulle istanze.

3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati in prime cure.

In ultimo, compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO – CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 16 MAGGIO 2025, N. 4204

A cura di **Alessio RUOTOLO***

MASSIMA¹

L'azione avverso il silenzio assume una natura giuridica mista, volta ad ottenere sia l'accertamento dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina di riferimento, sia la condanna della stessa amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito. In presenza di attività discrezionale (nella specie, individuazione delle aree disponibili per il collocamento di parchi di divertimento ai sensi dell'articolo 9 della legge 18 marzo 1968, n. 337) il giudice amministrativo si deve limitare ad una condanna a provvedere dell'amministrazione.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 161
2. **La decisione** 161
3. **Conclusioni** 162

1. IL FATTO

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato si è pronunciato in merito al ricorso in appello proposto dalla società cooperativa E.M.F.P. a r.l., operante nel settore di installazione e gestione di parchi di divertimento e spettacoli viaggianti e, in quanto tale, proprietaria dell'area sita nel Comune di Terracina per la riforma della sentenza di primo grado.

Nello specifico, in primo grado il giudice amministrativo ha accolto i ricorsi proposti avverso l'inerzia del Comune sull'istanza presentata il 26 marzo 2024 per il "rilascio di licenza temporanea per lo svolgimento di uno spettacolo viaggiante-giostre su un'area da stabilire" limitatamente all'obbligo dell'amministrazione appellata di adottare un provvedimento espresso, ha respinto la pretesa di merito e la domanda risarcitoria.

Con un unico e articolato motivo, la società appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, limitatamente alla parte in cui ha respinto la domanda di pronunciarsi sull'inserimento dell'area di sua proprietà nell'elenco ex art. 9 della legge n. 337/1968, per violazione dell'art. 31, comma 3, c.p.a. e per eccesso di potere giurisdizionale.

Secondo quanto analiticamente sostenuto da parte appellante, il giudice di primo grado, si sarebbe illegittimamente sostituito all'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale rimesso a quest'ultima ed avente ad oggetto la possibilità di iscrivere l'area sita nel Comune di Terracina nell'elenco delle aree disponibili ex art. 9 della legge n. 337/1968.

Ai fini di una compiuta ricostruzione del fatto, si precisa che, nel giudizio di primo grado, il Comune di Terracina non si è costituito in giudizio.

Successivamente, in vista dell'udienza camerale la società appellante ha depositato memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

In ultimo, all'udienza camerale del 16 aprile 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. LA DECISIONE

Il consiglio di Stato accoglie l'appello proposto sulla base delle seguenti ragioni.

In via del tutto preliminare occorre rammentare che il giudice di primo grado ha accolto il ricorso avverso il silenzio sancendo l'obbligo del Comune di Terracina di concludere il procedimento amministrativo con l'adozione di un motivato provvedimento, di segno positivo o negativo, a fronte delle istanze dei ricorrenti, risultando evidente la violazione del principio generale codificato dall'art. 2 della L. n. 241 del 1990, e della previsione specifica di cui dell'articolo 9 della Legge 18 marzo 1968, n. 337;

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

Ha respinto, inoltre, la domanda di inserimento nell'elenco di cui all'art. 9 citato sul presupposto che l'area sulla quale il ricorrente chiede l'istallazione di attrazioni per spettacolo viaggiante, contrasta con la destinazione urbanistica a "verde pubblico, parte verde di rispetto, parte strada".

In ultimo ha rigettato anche la domanda risarcitoria motivata sul presupposto secondo cui non sono sussistenti le condizioni per accordare il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse pretensivo *laddove sia certo, o altamente probabile, l'accesso al bene della vita correlato e di cui si assume la incisione ad opera dell'attività, o dell'omissione, pubblicistica dell'amministrazione.*

Nel merito, la società appellante ha proposto ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dal Comune di Terracina sull'istanza relativa all'autorizzazione *"richiesta di individuazione di aree per il collocamento di parchi di divertimento ai sensi dell'articolo 9 della legge 18 marzo 1968, n. 337"*, chiedendo anche l'accertamento dell'obbligo *"alla compilazione e all'aggiornamento di un elenco delle aree disponibili per il collocamento di parchi di divertimento ai sensi dell'articolo 9 della Legge 18 marzo 1968, n. 337"*, nonché *"a fornire una risposta all'istanza ... rispetto alla richiesta di inserimento dell'area sita in Terracina, Via Leonardo da Vinci, distinta in Catasto al foglio n. 124, particelle nn. 1345, 85 e 86"*.

A fronte di tali specifiche richieste, il giudice di primo grado richiamando l'art. 9 predetto, non obbliga il Comune di individuare obbligatoriamente tali aree, ma lo obbliga ad avviare un'istruttoria e a valutare le proposte avanzate dai privati prevedendo, altresì, uno specifico onere di motivazione in caso di diniego, ha ritenuto di non avviare tale istruttoria, sulla base delle valutazioni sopra richiamate.

Di talché, il consiglio di Stato richiama consolidata giurisprudenza amministrativa in merito alla natura del rimedio giudiziale avverso il silenzio della P.A., in particolare, quest'ultimo assume una natura mista, poiché tende ad ottenere sia l'accertamento dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina di settore, sia la condanna della stessa P.A. inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito.

Sul punto, inoltre, precisa che il giudice, nell'ambito dell'attivato giudizio avverso il silenzio della P.A. può formulare un giudizio di spettanza del bene della vita agognato dal ricorrente, soltanto qualora l'azione giurisdizionale abbia ad oggetto un potere vincolato ed emerga la fondatezza sostanziale della pretesa azionata in giudizio.

Precisamente, l'art. 31 c.p.a. dispone che *in presenza di attività discrezionale, il giudice amministrativo si deve limitare ad una condanna a provvedere dell'amministrazione, la quale, nella fase di ri-esercizio del potere, potrebbe anche ritenere che non sussistano i presupposti per attribuire alla parte il bene della vita. Soltanto in presenza di "attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori", il giudice amministrativo, pronunciandosi sulla fondatezza della pretesa azionata, può anche condannare l'amministrazione ad adottare la determinazione richiesta dalla parte (comma 3).*

Facendo corretta applicazione dei principi menzionati al caso di specie, l'istanza del privato richiedendo l'esercizio in capo all'amministrazione di un potere di natura discrezionale dell'attività correlata alla decisione del Comune, stante la necessità di un'istruttoria da porre a base delle successive valutazioni, emerge con evidenza che il giudice di primo grado, dopo aver accertato l'inerzia del Comune di Terracina sull'istanza del privato, avrebbe dovuto limitarsi a disporre *"l'obbligo del Comune di Terracina di concludere il procedimento, assumendo una motivata determinazione, di segno positivo o negativo, sulle istanze dei ricorrenti"*.

3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza indicata in epigrafe nei limiti e nei termini indicati in motivazione.

IL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLA CORRETTA PORTATA DEL SUBENTRO NEL CONTRATTO DISPOSTO DAL GIUDICE A SEGUITO DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE. – CONS. DI STATO, AD. PLENARIA, 15 LUGLIO 2025, N. 9

A cura di **Alessio RUOTOLO***

MASSIMA¹

Nel consentire il “subentro nel contratto”, gli articoli 122 e 124 non si riferiscono alla “successione” nel contratto e nel rapporto contrattuale, nello stato di esecuzione in cui si trova, “ma hanno consentito al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto, prevedendo anche l’ultrattività degli effetti del contratto (ormai caducatosi a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione) e disponendo che il “secondo aggiudicatario” sia sostituito a quello “originario” quale contraente, con la stipula di un contratto sostitutivo del precedente, che consenta l’esecuzione della prestazione indicata nell’offerta (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2021, n. 2476; 26 gennaio 2021, n. 786; 30 novembre 2015, n. 5404; Sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831)”.

Il giudice amministrativo, oltre a determinare la decorrenza della perdita di efficacia dell’originario contratto, può anche disporre che il “secondo aggiudicatario” effettui soltanto le prestazioni non ancora eseguite per il periodo contrattuale “residuo” dell’affidamento, oppure che il nuovo rapporto abbia la medesima durata (oltre che gli stessi contenuti) di quello originario, quale risultante dalla disciplina di gara, quando si tratti di un contratto ad esecuzione continuata o periodica.

SOMMARIO

1. **Il fatto 163**
2. **La decisione 164**
3. **Conclusioni 165**

1. IL FATTO

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale si è pronunciato sulla corretta portata del subentro nel contratto disposto dal giudice a seguito di annullamento di un’aggiudicazione.

Per ciò che concerne la ricostruzione della vicenda in punto di fatto, giova rilevare che con la determinazione del 21 luglio 2021, n. 650, la s.p.a. Azienda regionale per l’innovazione e gli acquisti - ARIA indicava una procedura aperta, suddivisa in lotti, finalizzata all’individuazione del contraente con cui stipulare una convenzione per la fornitura, agli enti sanitari, del servizio di pulizia e disinfezione degli ambienti sanitari.

Nello specifico, gli artt. 2 e 3 del disciplinare di gara prevedevano che la convenzione avrebbe dovuto stabilire, per ciascun lotto, l’importo massimo contrattuale che sarebbe stato pari al prezzo complessivo offerto dall’aggiudicatario; che i singoli contratti attuativi della convenzione sarebbero stati dalla stessa regolamentati e attivati da ciascuno degli enti beneficiari, mediante la sottoscrizione di “ordinativi di fornitura”; in ultimo, che i contratti attuativi della convenzione avrebbero avuto una durata pari a 60 mesi.

All’esito delle operazioni di gara, il lotto 1 veniva aggiudicato alla società Dussmann Service s.r.l.

Di contro, la società La Markas s.r.l., seconda graduata impugnava tempestivamente l’aggiudicazione con ricorso T.A.R. Lombardia, Sede di Milano, il quale lo rigettava, con la sentenza n. 1404 del 2023.

A sua volta, la società soccombente in primo grado proponeva appello avverso la statuizione di rigetto chiedendo la riforma della sentenza gravata, l’annullamento dell’aggiudicazione disposta, previo accertamento della inefficacia della convenzione e che fosse dichiarato il subentro nella convenzione medesima e, in ultimo, il risarcimento del danno per equivalente.

Il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 7 del 2024, accoglieva l’appello proposto e annullava l’aggiudicazione disposta in

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l’Università degli studi di Napoli Federico II. Componente del Comitato Editoriale della Rivista “De Iustitia”.

¹¹ Massima non ufficiale.

favore della Dussmann Service. Inoltre, in accoglimento della tesi formulata da parte appellante, dichiarava l'inefficacia del conseguente contratto *“dopo il decorso del termine di cinquanta giorni (che si fissa per ragioni di carattere organizzativo), decorrente dalla data di pubblicazione della presente sentenza”* e disponeva il *“il subentro nel contratto della Markas, previo riscontro, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara”*.

Di talchè, nel dare esecuzione alla statuizione del giudice d'appello, la Stazione Appaltante disponeva il subentro della s.p.a. Markas ma, al contempo, riduceva l'importo contrattuale della convenzione e stabiliva che i singoli contratti stipulati in adesione alla convenzione predetta avessero una durata inferiore a 60 mesi.

Dunque, la società la Markas s.r.l., ritenendo le determinazioni assunte dalla S.A. non rispettose del giudicato, proponeva ricorso innanzi al Consiglio di Stato al fine di dare piena e corretta esecuzione alla sentenza n. 7 del 2024 e, in subordine, che fosse nominato un Commissario ad Acta e che, ai sensi dell'art. 114 comma 4, lett. e) del c.p.a., e con fissazione della somma dovuta per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza.

Nel giudizio istaurato si costituivano l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti e la s.p.a. Dussmann Service, le quali depositavano perentoriamente memorie difensive.

Alla camera di consiglio del 4 giugno 2025 la causa veniva introitata a sentenza.

2. LA DECISIONE

Il consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, all'esito del giudizio di merito ritenendo fondata la domanda proposta con il ricorso di cui in epigrafe, ha accolto il ricorso proposto al fine di dare piena esecuzione alla sentenza n. 7 del 2024.

In via del tutto preliminare il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno affermare che gli articoli 121, 122 e 124 del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) consentono al giudice amministrativo di modulare la decorrenza dell'inefficacia del contratto (ex tunc, ex nunc o da una data); e disporre il subentro di un altro operatore a titolo non di mera successione nel contratto, ma come stipula di un nuovo contratto sostitutivo, previa opportuna

valutazione degli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto.

Inoltre, analogamente, il Giudice Amministrativo, oltre a determinare il dies a quo a partire dal quale decorre la perdita di efficacia dell'originario contratto, può anche disporre che il secondo in graduatoria effettui le prestazioni non ancora eseguite per il periodo di affidamento che residua, oppure che il nuovo rapporto contrattuale abbia la medesima durata di quello originario. Fattispecie che si verifica nel caso in cui vengono in rilievo contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Dunque, nel caso sottoposto alla nostra attenzione, anche se non espressamente previsto, dalla lettura della sentenza n. 7 del 2024 si può, senz'altro, desumere che l'Amministrazione abbia disposto il subentro per un periodo di tempo corrispondente a quello originariamente previsto con il contratto decaduto sulla base delle seguenti considerazioni:

1) Le statuizioni di inefficacia e di subentro sono state disposte in accoglimento della domanda proposta dall'appellante principale, la quale aveva domandato il subentro nella convenzione senza addurre alcuna limitazione;

2) La decorrenza dell'inefficacia del contratto originario e del contestuale subentro è stata fatta decorrere a partire dal 50esimo giorno dalla data di pubblicazione della sentenza, unicamente per ragioni di carattere organizzativo e non per circoscrivere il subentro alle prestazioni ancora da realizzare;

3) Inoltre, la sentenza n. 7 del 2004 non si era pronunciata sulla richiesta di risarcimento dei danni per equivalente, dato che aveva integralmente accolto la domanda di subentro nel contratto originariamente stipulato, in qualità di risarcimento del danno in forma specifica.

Ma vi è di più!

Nel caso in esame, in sede di ottemperanza alla sentenza n. 7 del 2024, l'Amministrazione ha illegittimamente 'stornato' quanto già pagato all'originario aggiudicatario per le prestazioni già eseguite, così, di fatto, limitando il plafond disponibile per l'attivazione dei 'contratti a valle' con la parte risultata vincitrice nel giudizio di cognizione, peraltro,

riducendo la durata di tali contratti da 60 mesi a poco più di tre anni.

Ne deriva che tali atti risultano in contrasto con il giudicato e vanno dichiarati nulli in parte qua.

In ultimo, il Consiglio di Stato ha respinto le domande con cui il ricorrente ha richiesto la nomina di un commissario ad acta e la condanna al pagamento di una somma “per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato”.

3. CONCLUSIONI

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4 del 2025, lo accoglie e, per l'effetto, dispone che l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti dia esecuzione alla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 7 del 2024 entro il termine di 60 giorni, decorrente dalla pubblicazione della predetta sentenza.



DE IUSTITIA

DE IUSTITIA - N°3 - Luglio 2025

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