

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Marzo - Aprile 2021

Le misure restrittive derivanti dalla pandemia da Coronavirus e la rinegoziazione dei contratti in corso di esecuzione

VINCENZO MARIA CESÀRO

Sulla concorrenza sleale per imitazione servile.
Nota Cass., sez. 1, 14.05.2020, n. 8944

VIRGINIA DI CATERINO

Esiguità dell'offesa e principio di offensività

ALESSANDRO JAZZETTI

Le dinamiche del regionalismo durante l'emergenza sanitaria da Covid-19 dinnanzi alla Corte costituzionale.

Nota a Corte costituzionale 12.3.2021, n. 37

CAMILLA DELLA GIUSTINA

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 14 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2021

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Fimmanò

CONSULENTE EDITORIALE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Anna Eliseo, Cristina Spizuoco

EDITORE

Giapeto Editore Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Andrea Castaldo, Michele Corleto, Francesco Cossu, Nicola D'Agnesi, Corrado d'Ambrosio, Marcello d'Aponte, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Francesco Marini, Roberta Marino, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nasti, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Roberto Ranucci, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scutto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Chuma Himonga, Manlio Ingrassia, Alberto Lucarelli, Francesco Saverio Marini, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Vito Tenore, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesoro

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Antonio De Simone, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nasti, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore. A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Print Sprint, Napoli

ISSN 1971-7881

in collaborazione con



PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

PRESUNZIONE D'INNOCENZA E PRIMATO DELLA GIURISDIZIONE: IL VERO ANTIDOTO CONTRO IL PROCESSO MEDIATICO	189
di Giuseppe Saccone	

Diritto e procedura civile

NOTE SULLO <i>SMART WORKING</i> NEL LAVORO PUBBLICO, PRIMA E DOPO L'EMERGENZA PANDEMICA	196
di Giulio Quadri	
LE MISURE RESTRITTIVE DERIVANTI DALLA PANDEMIA DA CORONAVIRUS E LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE.....	200
di Vincenzo Maria Cesàro	
IL FONDO NUOVE COMPETENZE: LA FUSIONE DELLE POLITICHE ATTIVE E PASSIVE PER SOSTENERE UNA (PIÙ) "QUALIFICATA" OCCUPAZIONE AL FINE DI AFFRONTARE IL RILANCIO <i>POST</i> PANDEMICO	217
di Francesco Capaccio	
VALUTAZIONE PSICOPATOLOGICO-FORENSE DEL DANNO BIOLOGICO DI NATURA PSICHICA DA <i>MOBBING</i>	222
di Roberto Maniglio, Simona Marrella	
LA PANDEMIA NELLE VOCI DAL PASSATO	226
di Pierluigi Romanello, Maria Sarah Papillo	
SULL'ASSEGNO DIVORZILE: LA REVOCA NEI CASI DI COMPROVATA CONVIVENZA DELL'EX CONIUGE. <i>Nota Cass., sez. VI - 1, 16.10.2020, ord. n. 22604</i>	231
di Alessandra Commendatore	
SULLA CONCORRENZA SLEALE PER IMITAZIONE SERVILE. <i>Nota Cass., sez. 1, 14.05.2020, n. 8944</i>	237
di Virginia Di Caterino	
SULL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRATORE DI SRL. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. II imprese, ordinanza n. 34116/2019</i>	243
di Enrico Maria Buonfantino	
SUL CONTRATTO DI LEASING E IL FALLIMENTO DELL'UTILIZZATORE. <i>Nota Cass., Sez. Un., 28.01.2021, n. 2061</i>	250
di Giulio Costanzo	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	264
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	267
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Diritto e procedura penale

L'ESTORSIONE CONTRATTUALE. CONTRIBUTO ALLA TEORIA DEL DANNO PATRIMONIALE NEL SISTEMA PENALE	272
di Federico Nesso	
ESIGUITÀ DELL'OFFESA E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ	290
di Alessandro Jazzezzetti	
IDONEITÀ DEL MODELLO ORGANIZZATIVO-GESTIONALE EX D.LGS. 231/01 ED EFFICACIA ESIMENTE IN RELAZIONE ALLA IPOTESI DI INFORTUNIO SUL LAVORO COSTITUITO DAL CONTAGIO DA COVID-19: DATI ESISTENTI, NOVITÀ E CONFERME	304
di Erica Vicentini	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI. LIBERAZIONE ANTICIPATA. NOTIFICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI RIGETTO TOTALE E/O PARZIALE AL DIFENSORE DI FIDUCIA E SE NON NOMINATO A QUELLO D'UFFICIO NOMINATO DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA	314
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	318
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	321
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

IL MERITO NEL CONCORSO E NELLA <i>PERFORMANCE</i> NEL PUBBLICO IMPIEGO E L'INDIPENDENZA DELL'O.I.V.	326
di Enrico Follieri	
LE DINAMICHE DEL REGIONALISMO DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19 DINNANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE. <i>Nota a Corte costituzionale 12.3.2021, n. 37</i>	333
di Camilla Della Giustina	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	346
a cura di Almerina Bove	

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	350
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli	

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE Sull'applicazione dell'istituto dell' <i>art bonus</i> per la manutenzione del verde pubblico.	360
di Elia Scafuri	
DIRITTO PENALE Il falso in autocertificazione costituisce reato? Il Tribunale di Reggio Emilia "piccona" la normativa emergenziale.	365
di Biagio Arnone	
DIRITTO AMMINISTRATIVO Causa del contratto, rinuncia abdicativa e sindacato del Giudice Amministrativo. È davvero (ancora) possibile per il privato rinunciare unilateralmente alla proprietà di beni immobili nei rapporti amministrativi?	370
di Daniele Vitale	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LE DISPOSIZIONI DEL DECRETO RISTORI PER IL FUNZIONAMENTO DELLA GIUSTIZIA CIVILE E TRIBUTARIA NELLA SECONDA ONDATA PANDEMICA	840
di Maria Grazia Savastano	

Recensioni

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA AL TEMPO DELLA CRISI di Erik Furno, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021	390
di Giovanni Terrano	

INDICE DELLE SENTENZE	392
-----------------------------	-----

Giuseppe Saccone

Straordinario di Procedura Penale Università Telematica Pegaso

Editoriale

Presunzione d'innocenza e primato della giurisdizione: il vero antidoto contro il processo mediatico

La crisi del sistema "tendenzialmente accusatorio".

Non è facile avviare una riflessione sul processo penale, tanto più in una fase in cui, dopo la grande instabilità normativa che ha contraddistinto il periodo precedente la riforma sulla "costituzionalizzazione" del "giusto processo", la frammentarietà del quadro politico ed il prevalere dei populismi hanno determinato maggioranze inclini a sostenere la cultura giuridica tendente a negare i valori del giusto processo costituzionale e convenzionale.

Di qui l'assioma "indagato uguale colpevole" e la convinzione che l'assoluzione giunta dopo anni di processo non valga a superare la presunzione sociale di colpevolezza poiché la ricostruzione storica operata dalle procure riesce a resistere finanche alle sentenze dei giudici di merito. In altri termini la "verità storica" ricostruita dal pubblico ministero è destinata a prevalere sulla "verità processuale": il processo mediatico, alimentato dalla divulgazione (a volte indebita) di atti delle indagini preliminari, manipola le coscienze insinuando nella collettività un sospetto di colpevolezza difficilmente modificabile a causa della frammentarietà del meccanismo processuale destinato a durare anni.

I primi segnali d'insofferenza verso la cultura giuridica ancorata ai canoni del Dovuto Processo Legale (art. 6 CEDU), alla base del primo codice di procedura penale dell'era repubblicana, non tardarono a manifestarsi già all'indomani della sua entrata in vigore. La riforma – approvata sul finire degli anni '80 – realizzò un'opera rivoluzionaria, determinando la netta rottura con una tradizione ultracentenaria di continuità inquisitoria che aveva relegato il diritto di difesa nell'ambito della mera "proposta di valutazione" delle prove utilizzabili ai fini della decisione ed assunte in segreto, d'ufficio, unilateralmente dal solo pubblico ministero o dal giudice istruttore. Con la conseguenza che la partecipazione "contemporanea e contrapposta" delle parti al processo si risolveva essenzialmente nell'analisi critica e nella discussione di prove già formate ed acquisite nel corso della fase istruttoria. In tale contesto il diritto di difesa era semplicemente definibile come un insieme di poteri di "resistenza", ancora privo di

connotati "diretti" e "partecipativi" rispetto alle vicende che avrebbero condotto il giudice alla formazione del suo libero convincimento.

Con la legge-delega del 16 febbraio 1987 n. 81 il Parlamento italiano precisò i criteri direttivi per la riforma riconducibili a tre indirizzi fondamentali:

- a) dare piena attuazione ai principi introdotti dalla Costituzione e riferibili in modo diretto al processo penale;
- b) adeguare la legislazione processuale penale vigente alle Convenzioni internazionali, ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona¹;
- c) attuare i "caratteri del sistema accusatorio" secondo i principi direttivi enunciati nella legge-delega stessa: iniziativa processuale di parte; iniziativa probatoria di parte; oralità, immediatezza e contraddittorio nell'assunzione della prova; presunzione d'innocenza ed onere per l'accusa di dimostrare la colpevolezza dell'accusato oltre ogni ragionevole dubbio.

Il nuovo codice del 1988, dunque, prese vita sulla scia di un'esigenza di modernizzazione della legislazione processuale penale, ancora troppo ancorata a logiche inquisitorie ormai comunemente considerate inaccettabili in un contesto normativo e ideologico definitivamente avviatosi, a livello internazionale, verso una concezione "garantistica" dei diritti fondamentali della persona umana e, conseguentemente, dell'accusato. Il ricorso esplicito ad un modello a tendenza "accusatoria" ne è la dimostrazione. Con il tempo, dunque, divenne evidente e sentita la necessità di elevare al rango di "principio" fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano quel complesso di garanzie più strettamente processuali riconosciute ed affermate in modo sempre più pressante dalla giurisprudenza e dalla dottrina processualpenalistica².

¹ In particolare, la "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, ed il cd. "Patto internazionale sui diritti civili e politici" firmato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976.

² Una siffatta tendenza culturale fu affidata a due "slogans", che, a distanza di tempo, rappresentano ancora oggi l'"humus" della cultura giuridica contemporanea: "una nuova struttura per

Il primo ventennio d'applicazione del codice di procedura penale dell'Italia repubblicana ci consegna un quadro di forte instabilità normativa contraddistinto da molteplici revisioni della legge processuale: la riforma divenne ben presto terreno di scontro, anche politico, tra quanti l'avevano fortemente sostenuta, coltivando l'ambizione di completarla in senso garantistico, e quanti, invece, l'avevano avversata, ritenendola poco efficace nella lotta contro il crimine.

Ebbero, così, origine i molteplici tentativi di "controriforma", mediante interventi spesso disorganici, privi di riferimenti ad un comune sistema di valori e, il più delle volte, dettati da logiche emergenziali. Fu in tale contesto che maturarono le condizioni alla base di un vero e proprio conflitto tra i soggetti del processo penale – i cui rapporti di forza il nuovo codice aveva profondamente modificato – con la magistratura inquirente sempre più arroccata in posizione avversa al principio di separazione tra fase delle indagini e fase del giudizio, ritenuto colpevole di vanificare l'utile esercizio dell'azione penale mediante l'introduzione di irragionevoli divieti probatori.

E fu proprio dall'intolleranza verso la distinzione tra procedimento (per le indagini) e processo (per il giudizio) che si alimentò quella "matrice culturale" a base delle pronunzie della Corte Costituzionale che, sul finire del triennio sperimentale del nuovo codice, ne modificarono profondamente l'impianto originario aprendo le porte, in nome del principio di "non dispersione", all'utilizzabilità probatoria degli atti di indagine³. Secondo i Giudici della Consulta, nel sistema processuale introdotto dal codice tendenzialmente accusatorio, i principi di oralità ed immediatezza nell'assunzione della prova dichiarativa avrebbero dovuto convivere con l'esigenza di non dispersione

i diritti procedurali" e "contraddittorio per la prova, non sulla prova". Come da più parti affermato, le suddette formule costituirono, allora, la sintesi del passaggio dal diritto ai diritti e la premessa ontologica e pre-giuridica del progressivo accantonamento del "processo con istruzione" (G. RICCIO, "Relazione", § 1, "La genesi della riforma in senso accusatorio del Codice di Procedura penale").

³ La sentenza, Corte Cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *giurcost.org*, che dichiarò costituzionalmente illegittimo dell'art. 195, comma 4, c.p.p., per violazione dell'art. 3 Cost., poiché la suddetta norma introduceva una "irragionevole differenza di trattamento" tra l'agente o l'ufficiale di polizia giudiziaria e un qualunque altro teste; la sentenza, Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *giurcost.org*, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 513, comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, qualora il coimputato di reato connesso in processo separato si fosse avvalso della facoltà di non rispondere, si potesse dare lettura (e quindi utilizzare ai fini della decisione) delle dichiarazioni rese dal medesimo in sede d'indagine; la sentenza, Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *giurcost.org*, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 500, commi 3 e 4, c.p.p., nella parte in cui non prevedevano l'acquisizione al fascicolo del dibattimento (e quindi la possibilità di utilizzarli ai fini della decisione) delle dichiarazioni rese dal teste in sede d'indagini oggetto di contestazione nel corso dell'esame.

o conservazione della prova, al fine di garantire che i materiali acquisiti nella fase delle indagini preliminari non fossero vanificati nei casi di impossibilità a riprodurre la prova in dibattimento: solo il corretto equilibrio tra questi due estremi avrebbe potuto garantire il perseguimento del "fine primario ed ineludibile del processo penale che non può non rimanere quello della ricerca della verità".

Il superamento del conflitto tra potere legislativo e Corte costituzionale: la riforma del giusto processo

La "controriforma" attuata per via costituzionale, ed il conseguente squilibrio tra accusa e difesa, divenne la base per una vera e propria contrapposizione funzionale tra ANM e Camere penali, destinata a trasformarsi ben presto in conflitto tra Legislatore e Giudice delle leggi⁴ che sarà all'origine della revisione dell'art. 111 della Costituzione attuata mediante la cd. riforma del "giusto processo" (l. cost. 2/1999). Prevedendo il divieto per il giudice di accertare la colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si sia sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato, la modifica costituzionale ha restituito centralità al dibattimento, ripristinando il principio di separazione delle fasi e consentendo che la formazione della prova non abbia luogo in contraddittorio unicamente per consenso dell'imputato, per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita⁵.

Il contraddittorio, da sempre considerato estrin-

⁴ Fu in tale contesto di vero e proprio scontro ideologico che videro la luce due rilevanti iniziative legislative preordinate, la prima (legge n. 532/1995), ad accrescere il ruolo della difesa nella fase delle indagini preliminari e, in particolare, nel procedimento per l'applicazione delle misure cautelari (legge n. 532/1995); la seconda (legge n. 267/1997), a garantire il diritto dell'accusato al confronto dibattimentale con i testimoni a carico, in aperto contrasto con lo spirito della "controriforma" attuata dalla Corte Costituzionale nel 1992 e con la finalità di recuperare il senso della nuova procedura penale introdotta nel 1988. L'effetto fu "dirompente": il nuovo testo normativo divenne oggetto di molteplici eccezioni d'illegittimità costituzionale ed il giudice delle leggi, accogliendo le obiezioni sollevate dalla magistratura, emise una decisione (Corte Cost., 14 ottobre 1998, n. 361, in *giurcost.org*) che, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della novella, ebbe l'effetto di paralizzarne la portata garantista.

⁵ Emblematica, sul punto, la riflessione del Legislatore nella Relazione al disegno di legge costituzionale approvato dal Senato della Repubblica il 24 febbraio 1999: "il nuovo codice era ispirato ai principi del processo accusatorio, ponendo al centro dell'intero procedimento la fase dibattimentale. Il dibattimento, in condizioni di assoluta parità tra accusa e difesa, era, secondo l'intenzione del legislatore, il luogo ed il momento di formazione della prova e, pertanto, di assoluta garanzia per le parti. Gli interventi legislativi successivi, ma soprattutto le sentenze della Corte costituzionale hanno, di fatto, scardinato l'intero impianto codicistico, trasformando nei fatti una riforma garantista in un vero e proprio strumento inquisitorio e coercitivo nei confronti degli imputati ed il dibattimento in una fase puramente formale e quasi inutile, volta solo a ratificare le tesi precostituite dall'accusa nella fase d'indagine preliminare".

secazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione, assurge, attraverso la modifica della norma fondamentale in materia di giurisdizione, ad autonomo principio cardine del sistema processuale: da diritto a "contra dicere" riconosciuto alla parte, a "regola di giudizio" imposta al giudice per affermare la colpevolezza dell'imputato. Si afferma, così, il principio secondo cui il processo giurisdizionale deve prodigarsi non tanto nell'utopico sforzo di raggiungere la verità assoluta sui fatti oggetto di contesa, quanto nel tentativo di coniugare due obiettivi "strumentali":

- a) il perseguimento di un metodo di ricerca idoneo a supportare la formazione di un convincimento quanto più possibile corretto sulla res iudicanda;
- b) la contestuale salvaguardia dei diritti fondamentali delle parti, e, in primis, dell'accusato, che del rito è – non l'oggetto – ma un soggetto, titolare di specifici diritti processuali riconosciuti dalla Costituzione e dalle Corti fondamentali in tema di diritti dell'uomo.

Potere giudiziario e processo mediatico: l'asse procure-mezzi d'informazione

Più recentemente, poi, ha preso piede la partica del cd. "processo mediatico" che, avvalendosi del legame consolidato tra magistratura inquirente e mezzi di informazione, viene di frequente utilizzato per propalare come vera ed accertata una narrazione fattuale che, al contrario, è frutto della ricostruzione unilateralmente effettuata dal magistrato del pubblico ministero, talvolta senza nemmeno vagliare criticamente gli esiti delle attività investigative svolte dalla polizia giudiziaria: una sorta di intima conviction priva del filtro giurisdizionale cui la stampa imprime il definitivo sigillo di verità. Tuttavia la costituzionalizzazione del giusto processo e l'inserimento nella Carta fondamentale del contraddittorio come regola di giudizio, hanno fatto da argine ad ulteriori tentativi di erosione dello spazio riservato ai diritti processuali dell'accusato. La reazione degli apparati giudiziari più inclini ai metodi inquisitori non s'è fatta attendere: non potendo più limitare contraddittorio, oralità e immediatezza in favore dei principi di non dispersione e conservazione della prova – come avvenuto nel 1992 per mano della Corte Costituzionale – hanno concentrato le loro attenzioni sulle "debolezze" del sistema di garanzie operanti nella fase delle indagini preliminari, laddove sarebbe risultato più agevole "alterare" il fisiologico funzionamento del sistema processuale, recuperando terreno fertile per l'instaurazione del processo mediatico. Un campo in cui magistrato del pubblico ministero e polizia giudiziaria agiscono da soli ed indisturbati, senza dover necessariamente subire il confronto con l'accusato e, molto spesso, avvalendosi della "compiacenza omissiva" dell'unico organo avente funzione ordinamentale di garanzia: il giudice per le indagini preliminari.

Il processo mediatico, anziché muovere da una no-

tizia di reato che impone lo svolgimento di indagini preliminari utili a saggiarne la consistenza probatoria per l'esercizio dell'azione penale, è fondato sul pre-giudizio: il magistrato del pubblico ministero e la polizia giudiziaria, svolgono le attività investigative utili ad ammantarlo di verità, attraverso il filtro di una interpretazione spesso orientata a valorizzare i soli elementi di conferma dell'accusa che, perciò, viene ritenuta fondata ancor prima di risultare confermata. Una verità che, lungi dall'essere quella accertata secondo i canoni del giusto processo, coincide piuttosto con la visione di una sola delle parti, il magistrato del pubblico ministero, che, agendo con metodi inquisitori, la utilizza per ottenere un nuovo tipo di sanzione: la condanna sociale, per di più inflitta senza che l'indagato abbia potuto esercitare il diritto di difendersi provando e con la chiara finalità di compiacere il potere esecutivo o la maggioranza parlamentare di turno.

Si è così assistito al consolidarsi di strategie investigative perseguite mediante il ricorso a vere e proprie manipolazioni del sistema, prassi applicative poco rispettose dello spirito della legge quali: a) la distorsione della normativa sulle iscrizioni nel registro generale delle notizie di reato, all'evidente fine di dilatare a dismisura il termine entro cui concludere le indagini preliminari⁶; b) il ricorso alla pratica delle intercettazioni "a strascico"; c) l'uso della perquisizione finalizzata alla effettuazione di sequestri probatori "abnormi", utili non tanto alla ricerca ed assicurazione di fonti di prova in ordine ad una notizia criminis in precedenza acquisita – e costituente, perciò, il fondamento giustificativo del ricorso ad un mezzo d'indagine tanto invasivo – quanto piuttosto alla ricerca di notizie di reato da attribuire all'accusato.

Accade così che la cronaca ci consegna, con sempre maggiore frequenza, episodi – alcuni dei quali anche clamorosi – destinati ad influenzare il pensiero giuridico sul rapporto tra le diverse fasi del procedimento. Il magistrato del pubblico ministero e la polizia giudiziaria dispongono, infatti, di un tempo molto lungo e spesso incontrollato entro il quale consolidare probatoriamente l'ipotesi investigativa destinata a confluire dapprima nella contestazione provvisoria (art. 415 bis c.p.p.) e, quindi, nell'imputazione vera e propria (art. 416 c.p.p.). E siccome tali attività sono svolte da un organo inquirente che la dottrina definisce parte imparziale, pur sempre sottoposto alla legge e con l'obbligo di accertare anche i fatti a favore dell'indagato, è chiaro che gli esiti di tale attività d'investigazione sono

⁶ La violazione dell'obbligo di immediata iscrizione della notizia di reato costituisce unicamente illecito disciplinare: "La circostanza che eventuali ritardi nella iscrizione tanto della notizia di reato che del nominativo cui il reato è attribuito, siano privi di conseguenze sui termini per le indagini preliminari, è irrilevante, restando fermi gli eventuali profili di responsabilità disciplinare, oltre alle conseguenze negative per l'esercizio del diritto di difesa (artt. 61, 63, 64 c.p.p.)". Così Cass. Sez. un. civ., 18 aprile 2018 (ud. 27 febbraio 2018), n. 9557, in *CED Cassazione*, 2018.

destinati ad influenzare, una volta oggetto di (indebita) propalazione ad opera degli organi di stampa, l'opinione pubblica e finanche i mercati: il cittadino comune, ma anche gli ambienti economico-finanziari, sono portati a credere che, siccome supportata dal materiale probatorio raccolto nel corso delle indagini (con o senza controllo del Gip), l'ipotesi ricostruita dagli inquirenti è perciò solo vera e che, quindi, l'imputato successivamente assolto è solo un colpevole che l'ha fatta franca.

Senza contare, poi, che gli effetti prodotti dalla ricostruzione operata unilateralmente dagli inquirenti, una volta confluita nell'imputazione con l'esercizio dell'azione penale, sono destinati non solo a permanere fino alle pronunzie assolutorie rese all'esito dei giudizi dibattimentali, ma anche a non essere superati sia per la difficoltà di eradicare la condanna sociale inflitta dall'opinione pubblica, sia perché gli uffici di procura tendono sempre più spesso a contestare gli esiti alternativi del giudizio ogni qualvolta all'esercizio dell'azione penale consegua il proscioglimento.

Il processo mediatico, quindi, attraverso la diffusione di atti delle indagini preliminari, parziali e non ancora sottoposti alla verifica dibattimentale, contribuisce ad accreditare come "vera" la narrazione del pubblico ministero, consolidando una "forte presunzione sociale della colpevolezza e della responsabilità durante una lunga parte dello scorrere processuale"⁷.

Soluzioni

Nell'incapacità del legislatore di riparare i guasti causati dalle molteplici distorsioni del sistema, ci hanno pensato i giudici di legittimità, più di recente, a riequilibrare i rapporti di forza tra accusa e difesa ponendo un freno sia alla prassi, divenuta diffusa e incontrollabile, delle intercettazioni a strascico, che a quella di disporre perquisizioni e sequestri sulla base di un quadro indiziario che, benché ridotto al rango di fumus, non dia adeguatamente conto della astratta configurabilità del delitto provvisoriamente ipotizzato.

In tema di limiti all'attività captativa la nota sentenza a Sezioni Unite del 2020 ha inciso profondamente sul tema dell'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, limitandola – nell'ambito del medesimo procedimento ove esse siano state autorizzate – per la prova dei reati connessi ex art. 12 c.p.p. e non anche per quelli semplicemente collegati ex art. 371 c.p.p. a quelli che hanno legittimato l'ascolto, e sempreché (i primi) rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge⁸.

Quanto all'obbligo di motivazione sul fumus commissi delicti, invece, le Sezioni Unite hanno imposto

che il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti il corpo di reato sia sorretto da idonea motivazione circa la sussistenza di elementi costitutivi della fattispecie⁹, sottolineando la necessità che il decreto impositivo della misura ablativa (art. 253 c.p.p.) contenga una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti, avuto riguardo ai limiti imposti all'intervento penale quando incide sulle libertà fondamentali e sui diritti costituzionalmente garantiti, quale è il diritto di proprietà specificamente tutelato dagli artt. 42 Cost. e 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁰.

Nella stessa prospettiva – orientata al recupero di spazi sempre maggiori di giurisdizione nella fase delle indagini preliminari per limitare lo strapotere delle procure – si inquadra la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (2 marzo 2021, causa C 746/18m), secondo cui i tabulati telefonici di una persona sottoposta ad indagini possono essere acquisiti dall'Autorità Giudiziaria solo in seguito al vaglio o all'autorizzazione di un'autorità indipendente o di un giudice terzo ed imparziale¹¹. Si tratta di un segnale molto significativo destinato ad avere riflessi sugli ordinamenti, come quello italiano, che hanno sempre più privilegiato il sacrificio di privacy e riservatezza delle comunicazioni in nome delle esigenze di difesa sociale e accertamento della verità.

Attualmente si procede all'acquisizione con autonomo decreto del pubblico ministero, in applicazione di una procedura risultante dal combinato disposto degli artt. 132 del decreto legislativo 196/2003 e 256 c.p.p.¹². Tuttavia, in attesa della probabile mini-riforma – che potrà condurre anche alla rivalutazione dei presupposti per l'utilizzo di strumenti di indagine come il captatore informatico (trojan) – andrà risolto il nodo dei procedimenti in corso. Per quelli ancora in

⁹ Cass. Sez. un. pen., 19 aprile 2018, n. 36072, in *Dir. pen. proc.*, 2019, con nota di Cecile Nosal, in *giurisprudenzapenale.com*. Ha inoltre chiarito il Collegio che "ai fini della legittimità del sequestro probatorio, benché non sia necessaria la prova del carattere di pertinenza o di corpo di reato della cosa oggetto del vincolo, occorre la possibilità effettiva, cioè non fondata su elementi astratti ed avulsi dalle caratteristiche del caso concreto, di configurare un rapporto fra questa ed il reato stesso".

¹⁰ Da ultimo, v. Cass. Sez. pen. II, 8 febbraio 2021 (ud. 28 ottobre 2020), n. 4875), in *giurisprudenzapenale.com*.

¹¹ L'Organo di Giustizia Europea individua il fondamento giustificativo della decisione nella violazione degli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza che tutelano domicilio e protezione dei dati personali dell'individuo. Muovendo da tale presupposto la Corte ha ritenuto che la previsione statale di consentire al pubblico ministero l'autorizzazione all'acquisizione dei tabulati telefonici, violi il Diritto dell'Unione per il quale è sempre necessaria l'autorizzazione di un'autorità indipendente o di un giudice terzo.

¹² La Corte di Cassazione nel 2018 aveva ritenuto il sistema conforme al diritto vigente, oltre che alla Costituzione ed ai principi già affermati in materia dalla Corte di Giustizia Europea. Tuttavia la questione è tornata attuale a seguito della entrata in vigore il 28 maggio 2018 del GDPR (Regolamento UE 16/679).

⁷ Così G. SPANGHER, Intervento al DUBBIO, 13 aprile 2021, <https://www.ildubbio.news/2021/04/12/macche-processo-resta-la-condanna-sociale-imposta-dal-dio-pml>.

⁸ Cass. Sez. un. pen., 2 gennaio 2020 (ud. 28 novembre 2019), n. 51, in *Dir. pen. proc.*, 2020.

fase di indagini preliminari le Procure potranno orientarsi per la richiesta al Gip, analogamente a quanto previsto per le intercettazioni telefoniche. Più complessa, invece, la soluzione nei casi in cui è stata già esercitata l'azione penale ovvero introdotta (ed esaurita) la fase del giudizio di merito.

Qui gli scenari possibili sono due: disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con il diritto UE così come interpretato dalla Corte di Giustizia e conseguente inutilizzabilità dei tabulati; oppure eccezione di incostituzionalità della normativa nazionale per violazione degli artt. 10, 11 e 117, comma 1 della Costituzione, nella parte in cui le disposizioni interne confliggono col diritto UE e, subordinatamente, richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea¹³.

Nello stesso solco del perdurante intervento europeista a tutela degli spazi di garanzia dei diritti processuali dell'accusato, si colloca il recente recepimento ad opera dell'Italia¹⁴ della direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 Ue 2016/234, in tema di rafforzamento della presunzione di innocenza¹⁵. Il fatto che ci siano voluti cinque anni per recepire il testo che pone il divieto per le procure di indicare come "colpevoli" gli imputati non ancora condannati in via definitiva, la dice lunga sulle resistenze opposte dai soliti apparati inquisitori dediti ad alimentare il circuito del "processo mediatico". Conferenze stampa dei pubblici ministeri, indebite propalazioni della polizia giudiziaria, interviste e fughe pilotate di notizie: si tratta ormai di strumenti

quotidianamente utilizzati per condizionare l'attività dei collegi giudicanti e disorientare l'opinione pubblica per meglio radicare la cultura della "condanna sociale".

Attenzione però: una volta lasciato libero, il "mostro" rischia di diventare incontrollabile, rivolgendosi contro gli stessi che l'hanno generato.

¹³ La sanzione d'inutilizzabilità è destinata a colpire anche le ordinanze cautelari (personali e reali) la cui motivazione, in punto di indizi di colpevolezza (o di reato), faccia riferimento a ai tabulati telefonici acquisiti in ossequio alla disciplina previgente.

¹⁴ In data 30 marzo 2021 la Camera dei Deputati ha approvato l'emendamento al disegno di legge di delegazione europea recante "Delega al Governo per il recepimento della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali". Il testo ora torna al Senato in terza lettura.

¹⁵ Il contenuto della Direttiva mira ad esplicitare quanto già previsto in tema di diritto al giusto processo dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 6 della Cedu, dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il testo si snoda su tre direttrici: il divieto di presentare in pubblico l'indagato o l'imputato come colpevole (artt. 4 e 5); l'onere della prova (art. 6); e, infine, il diritto al silenzio e alla non autoincriminazione (art. 7). Più nello specifico, in tema di "conferenze stampa", si vieta espressamente a tutti i funzionari pubblici di "presentare" un imputato come colpevole del reato ascrittogli prima della condanna (art. 4). A ben vedere si tratta di principi di civiltà giuridica già consolidati nella Carta costituzionale (art. 27), in relazione ai quali la Direttiva statuisce l'impegno degli Stati a "predispone misure appropriate in caso di violazione dell'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli" (paragrafo 2), prevedendo, altresì, un "ricorso effettivo", di cui l'Italia dovrà presto dotarsi, in caso di violazione dei diritti riconosciuti.

Diritto e procedura civile

NOTE SULLO <i>SMART WORKING</i> NEL LAVORO PUBBLICO, PRIMA E DOPO L'EMERGENZA PANDEMICA	196
di Giulio Quadri	
LE MISURE RESTRITTIVE DERIVANTI DALLA PANDEMIA DA CORONAVIRUS E LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE.....	200
di Vincenzo Maria Cesàro	
IL FONDO NUOVE COMPETENZE: LA FUSIONE DELLE POLITICHE ATTIVE E PASSIVE PER SOSTENERE UNA (PIÙ) "QUALIFICATA" OCCUPAZIONE AL FINE DI AFFRONTARE IL RILANCIO <i>POST</i> PANDEMICO	217
di Francesco Capaccio	
VALUTAZIONE PSICOPATOLOGICO-FORENSE DEL DANNO BIOLOGICO DI NATURA PSICHICA DA <i>MOBBING</i>	222
di Roberto Maniglio, Simona Marrella	
LA PANDEMIA NELLE VOCI DAL PASSATO	226
di Pierluigi Romanello, Maria Sarah Papillo	
SULL'ASSEGNO DIVORZILE: LA REVOCA NEI CASI DI COMPROVATA CONVIVENZA DELL'EX CONIUGE. <i>Nota Cass., sez. VI - 1, 16.10.2020, ord. n. 22604</i>	231
di Alessandra Commendatore	
SULLA CONCORRENZA SLEALE PER IMITAZIONE SERVILE. <i>Nota Cass., sez. 1, 14.05.2020, n. 8944</i>	237
di Virginia Di Caterino	
SULL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRATORE DI SRL. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. II imprese, ordinanza n. 34116/2019</i>	243
di Enrico Maria Buonfantino	
SUL CONTRATTO DI LEASING E IL FALLIMENTO DELL'UTILIZZATORE. <i>Nota Cass., Sez. Un., 28.01.2021, n. 2061</i>	250
di Giulio Costanzo	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	264
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO.....	267
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	



Note sullo *smart working* nel lavoro pubblico, prima e dopo l'emergenza pandemica

abstract

This article analyses the issue of smart working in the public administration also in the light of the regulations adopted during the Covid-19 pandemic. The essay aims to identify some problematic aspects concerning the sources of regulation for smart working in the public administration and the discipline of the employment relationship, with the purpose of placing the theme in the wider issue of the organization of the public administration.

keywords

Public administration – Employment relationship – Remote working – Smart working – Digital innovation.

abstract

Il presente contributo analizza il tema dello smart working nelle pubbliche amministrazioni, anche alla luce della regolamentazione adottata durante la pandemia da Covid-19. Lo studio mira ad individuare possibili profili problematici sulle fonti di regolamentazione dello smart working nel lavoro pubblico, nonché sulla disciplina del rapporto, cercando di collocare il tema all'interno di un discorso più ampio che riguarda l'organizzazione della pubblica amministrazione.

parole chiave

Pubblica amministrazione – Lavoro subordinato – Lavoro a distanza – Lavoro agile – Innovazione digitale.

sommario

1. Lo *smart working* prima e dopo la pandemia. – **2.** Profili problematici dello *smart working* nel lavoro pubblico. Le fonti di regolamentazione del rapporto. – **3.** La disciplina del rapporto, tra norme generali ed esigenze di specialità.

1. Lo *smart working* prima e dopo la pandemia

La spinta all'utilizzo del lavoro da remoto nell'ambito del diritto emergenziale legato alla pandemia, sia nel settore privato e che nel pubblico, ha comportato un significativo processo evolutivo dell'istituto dello *smart working*, che è venuto ad assumere nuove forme e funzioni rispetto alla sua regolamentazione pre-pandemica¹.

¹ Secondo F. CARINICI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica*

Sul piano delle forme, l'utilizzo del concetto di *smart working* è stato ampliato fino ad essere utilizzato per indicare manifestazioni di lavoro a distanza solo impropriamente accostabili al vero e proprio lavoro agile, ossia quello disciplinato dalla l. 22 maggio 2017 n. 81, avviando un processo osmotico tra forme di lavoro da remoto, in particolare il telelavoro e il lavoro agile, concettualmente distinte e regolate da fonti differenti.

Del resto, le deviazioni di disciplina del lavoro agile, dovute all'emergenza pandemica, soprattutto la perdita dell'accordo individuale e l'eliminazione della flessibilità sui tempi e luoghi di esecuzione², hanno aumentato i rischi di sovrapposizione concettuale tra i due istituti³, creando una forma ibrida, dai contorni non sempre chiari, una sorta di telelavoro da casa con finalità emergenziali⁴.

Sul piano delle funzioni, se l'art. 18 l. 81/2017 ha formalizzato gli scopi del lavoro agile nell'incremento della competitività e nell'agevolazione alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, il diritto pandemico ha evidenziato almeno altre due funzioni fondamentali dello *smart working* emergenziale: quella di mezzo di distanziamento sociale, per contemperare la prosecuzione dell'attività (imprenditoriale o amministrativa) con la necessità di prevenzione della diffusione del virus; quella di nuovo ammortizzatore sociale⁵, quanto meno nelle PA, dove è stato utilizzato – una volta esauriti gli strumenti delle ferie pregresse, congedi, banca delle ore, rotazioni – come alternativa meno do-

a quello del lavoro da remoto, in AA.VV., *Il lavoro da remoto. Per una riflessione dello smart working oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, Piacenza, 2020, p. 44 ss., è possibile distinguere tra una versione "genuina" e una "edulcorata".

² Cfr. M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. Giur.*, 2020, p. 553 ss.

³ Per l'inadeguatezza della linea di confine, già prima delle deviazioni pandemiche, v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, p. 936 ss., nonché S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, p. 101 ss.

⁴ Cfr., in particolare, L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 421/2020, p. 3.

⁵ In tal senso, B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, I, p. 235 ss.

lorosa rispetto all'esenzione dal servizio (pure prevista dall'art. 87 d.l. 17 marzo 2020 n. 18).

Già a livello generale di individuazione delle funzioni dell'istituto, nonché di ricognizione delle forme di manifestazione dello *smart working* – utilizzando quest'espressione in senso ampio e forse improprio – emerge la necessità di distinguere in modo chiaro tra settori privato e pubblico; nonostante il nucleo comune di disciplina contenuta negli art. 18 ss. l. 81/2017, le finalità, le esigenze e gli interessi sottesi alla regolamentazione sono in gran parte diversi, come emerso, del resto, in modo ancora più chiaro nell'impeto dello *smart working* pandemico.

Differenze persistenti in numerosi ambiti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico, pur compiuto il percorso di privatizzazione e contrattualizzazione⁶, nonostante il processo di reciproco condizionamento che per decenni ha caratterizzato l'evoluzione del diritto del lavoro⁷: un processo circolare, in base al quale la disciplina del lavoro privato ha influenzato quella del lavoro pubblico e la disciplina del lavoro pubblico ha influenzato quella del lavoro privato, ma caratterizzato da fasi cicliche, nell'alternarsi di avvicinamenti ed allontanamenti tra disciplina speciale e disciplina generale.

Tale processo evolutivo pare aver accentuato, nel susseguirsi delle riforme, due vizi fondamentali della disciplina del lavoro pubblico: da un lato, l'eccesso di regolamentazione di rango legislativo⁸, basata, forse, sull'errato presupposto che la legge da sola possa curare tutti i mali del funzionamento delle P.A.; dall'altro, l'eccesso di disciplina generalista, che non presta sufficiente attenzione alla declinazione pluralistica delle "Amministrazioni pubbliche", caratterizzate da un'eterogeneità di missioni, di assetti organizzativi e di modelli relazionali.

2. Profili problematici dello *smart working* nel lavoro pubblico. Le fonti di regolamentazione del rapporto

In questa cornice possono calarsi alcune riflessioni sullo *smart working*, istituto che inevitabilmente risente delle esigenze di tipo pubblicistico che in genere caratterizzano la disciplina speciale del lavoro nelle P.A., nonché del diverso rilievo delle scelte organizzative datoriali, libere nel privato, vincolate all'interesse generale nel pubblico⁹.

⁶ Cfr. F. CARINCI, *Contrattualizzazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, p. 493 ss. Sull'influenza esercitata dallo Statuto dei lavoratori in tale percorso di riforma, v., per tutti, M. RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *Lav. Dir.*, 2010, p. 102 ss.

⁷ Sul punto, v. L. ZOPPOLI, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2017, p. 26 s.

⁸ Cfr. A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in AA.Vv., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Milano, 2018, p. 1 ss.

⁹ E v. A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e*

Un primo gruppo di considerazioni riguarda le fonti di regolamentazione del rapporto, con il tentativo di calare la disciplina dello *smart working* nei nodi problematici tipici della riflessione teorica sul pubblico impiego:

- a) rapporto tra disciplina di fonte legale e disciplina di fonte collettiva;
- b) rapporto tra disciplina generalista (rivolta a tutte le P.A.) e disciplina differenziata diretta alle singole Amministrazioni;
- c) rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale, nella declinazione dell'istituto tra privato e pubblico, anche in funzione delle reciproche interferenze.

La ricerca di un adeguato assetto regolativo non può che partire da una condivisa delimitazione degli ambiti di intervento delle diverse fonti di disciplina del rapporto (in particolare la legge e il contratto collettivo).

Anche con riferimento allo *smart working* nelle P.A. occorre segnalare il rischio concreto di un'eccessiva legificazione, con conseguente appropriazione di aree di regolamentazione che più opportunamente potrebbero essere lasciate alla contrattazione collettiva.

Ma la deviazione pandemica dello *smart working* ha fatto emergere l'altro nodo critico dell'eccessivo allargamento degli spazi di regolamentazione di tipo unilaterale: le Amministrazioni, che, in forza dell'art. 263 d.l. 19 maggio 2020 n. 34, "organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi", possono decidere, prescindendo da accordi individuali o collettivi, quanto, quando e come fare ricorso a quella che viene considerata, dall'art. 87 d.l. 18/2020, "una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa" nelle P.A.¹⁰.

Si apre, così, la strada verso una deriva autoritaria nell'utilizzo dello strumento, che finisce per diventare una manifestazione unilaterale di potere del datore, che riduce il lavoratore ad una posizione di mera soggezione.

Si tratta di una tendenza autoritaria comune a vari interventi riformatori del lavoro pubblico, bastando, qui, richiamare le riflessioni sull'allargamento del debito contrattuale del pubblico dipendente, realizzati, da un lato, con la riforma della disciplina dello *jus variandi* e, dall'altro, mediante la valorizzazione della dimensione morale del comportamento del lavoratore, attraverso i codici di comportamento previsti dall'art. 54 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, fonti di regolamentazione di matrice unilaterale, a cui, però, l'ordinamento attribuisce rilevanza disciplinare¹¹.

fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, p. 34.

¹⁰ Più specificamente, v. il d.m. 19 ottobre 2020, prorogato dal d.m. 23 dicembre 2020.

¹¹ V., in generale, E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre"*

Quanto al profilo dell'esigenza di differenziazione delle regole in base alla declinazione pluralistica delle P.A., l'esperienza dello *smart working* emergenziale pare aver ampiamente dimostrato come tale strumento per alcune Amministrazioni riesca a funzionare piuttosto bene, mentre per altre richieda necessariamente incisivi adattamenti organizzativi e strutturali.

3. La disciplina del rapporto, tra norme generali ed esigenze di specialità

Un secondo gruppo di considerazioni riguarda la disciplina del rapporto, dalla fase genetica della modalità agile, alle dinamiche dello svolgimento del rapporto, con particolare riferimento alle specifiche esplicazioni dei poteri datoriali e alle peculiari esigenze di tutela del lavoratore.

La riflessione va indirizzata su almeno quattro aspetti:

- a) il ruolo dell'accordo individuale, sia per l'attivazione dello *smart working*, sia per la sua regolamentazione, nell'alternativa, quindi, tra unilateralità e consensualità;
- b) i limiti di esigibilità della prestazione in modalità agile, con i necessari adattamenti per i tipici poteri del datore di lavoro;
- c) le specifiche esigenze di tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, che potrebbero subire pregiudizio dalla modalità agile (libertà, dignità, salute, sicurezza);
- d) la conciliazione della distanza dal luogo di lavoro con la libertà e l'attività sindacale.

Con riferimento alla disciplina del rapporto, il discorso deve essere sviluppato in una prospettiva per molti versi comune tra lavoro privato e lavoro pubblico, tenuto conto che si dimostrano sovrapponibili molte esigenze di tutela.

In primo luogo, va ribadita la centralità dell'accordo individuale, quanto meno nella fase genetica dello *smart working*, un passaggio necessario per fare del lavoro agile uno strumento realmente "smart", che tenga conto anche delle esigenze del lavoratore, senza tramutarsi in una forma di imposizione per il dipendente, a prescindere da ogni valutazione soggettiva di sostenibilità, per condizionamenti personali, familiari, sociali, logistici.

Ciò consente, inoltre, di dare rilevanza al consenso del lavoratore, senza, però, spingersi fino al riconoscimento di un vero e proprio diritto al lavoro agile, anche se la questione si è posta in modo molto controverso durante l'emergenza pandemica¹², soprattutto per alcune categorie di lavoratori fragili (per motivi di

salute o familiari); sembra, piuttosto, preferibile rimanere sul piano del diritto di precedenza, come misura minima per tentare di valorizzare le potenzialità dello *smart working* come strumento di inclusione per i soggetti vulnerabili.

Maggiore scetticismo, invece, pare doversi esprimere per la capacità dell'accordo individuale di svolgere un ruolo determinante nella disciplina del rapporto, un profilo sul quale l'autonomia individuale non può che essere necessariamente sostenuta dall'autonomia collettiva, con un recupero di spazio per il contratto collettivo.

L'attenzione va poi concentrata sui profili di adattamento nell'esercizio dei poteri datoriali (direttivo, controllo, disciplinare), tenendo sempre conto della loro peculiare declinazione nel lavoro pubblico.

Quello dei poteri è un terreno particolarmente scivoloso nello *smart working*, soprattutto per la dimensione pervasiva che possono assumere i controlli datoriali sullo svolgimento della prestazione¹³; controlli, che, quindi, andrebbero maggiormente incentrati sul risultato del lavoro¹⁴ piuttosto che sulla fase di svolgimento¹⁵, anche nella prospettiva della misurazione e valutazione della *performance*.

La riflessione, quindi, andrebbe indirizzata su come fare dello *smart working* uno strumento per migliorare la *performance* organizzativa e individuale¹⁶, nella prospettiva di riduzioni di spesa e aumenti di produttività, anche in funzione, ad es., di contrasto al diffuso fenomeno dell'assenteismo.

Non bisogna, però, farsi ingannare – come in più occasioni avvenuto per il legislatore riformatore – dall'illusione che l'esercizio del potere disciplinare costituisca l'unica via per il recupero della produttività e dell'efficienza del lavoro nelle PA, potendo questo al massimo contribuire a colpire fenomeni radicali di inefficienza (quali appunto l'assenteismo).

Un reale incremento della produttività del lavoro, invece, sembra conseguire solo ad una meditata e razionale riforma degli assetti organizzativi delle PA¹⁷; in questa prospettiva, una funzione essenziale di programmazione viene attribuita al Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), che le Amministrazioni pub-

la responsabilità disciplinare, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2017, p. 158.

¹² V., ad es., nel senso del riconoscimento di un diritto del lavoratore a svolgere la prestazione in modalità agile, Trib. Grosseto 23 aprile 2020 e Trib. Bologna 23 aprile 2020, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, p. 489, con nota di G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*.

¹³ V., ampiamente, A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in *AA.VV.*, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 58 ss.

¹⁴ Cfr., pur manifestando, in linea generale, dubbi sull'attualità del criterio distintivo, F. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, p. 923 ss.

¹⁵ Cfr. M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2018, p. 300.

¹⁶ Sul punto, R. ZUCCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2020, p. 101.

¹⁷ Per alcuni spunti, v. C. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2020, p. 28 ss.

bliche (ai sensi del riformato art. 14 l. 7 agosto 2015 n. 124) devono redigere, sentite le organizzazioni sindacali, entro il 31 gennaio di ciascun anno, pensato dal legislatore quale principale strumento di revisione dei modelli organizzativi in funzione di adeguamento alle esigenze di promozione del lavoro agile¹⁸.

Il discorso sui poteri va, poi, necessariamente coniugato con quello della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, che potrebbero subire pregiudizio dalla modalità agile, sia per il rischio di isolamento del lavoratore, sia per il rischio di evaporazione del confine tra tempi di lavoro e non lavoro. Non si tratta solo di prevedere e regolamentare il “diritto alla disconnessione”, che pure rappresenta un diritto fondamentale da riconoscere al lavoratore agile, ma di riflettere su una serie di profili che andrebbero definiti attraverso una disciplina specifica del lavoro agile, in modo comunque non rigido, ma flessibile, con ampi spazi regolatori per la contrattazione collettiva¹⁹: orario di lavoro, riposi; reperibilità e contattabilità; trattamenti economici (anche con riferimento a componenti accessorie, quali i buoni pasto); professionalità, formazione; tutela della salute e sicurezza del lavoratore; tutela della riservatezza; discriminazioni sul lavoro²⁰. E si tratta, in gran parte, di profili essenziali anche per realizzare l’obiettivo di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18 l. 81/2017).

Su questo versante, sollecitazioni rilevanti provengono anche dal diritto dell’Unione Europea, nell’ambito del quale si segnala la “Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione”, che, nel tentativo di arginare i rischi di pregiudizio per i lavoratori derivanti dalla diffusione della cultura del “sempre connesso”, impone di adottare strumenti che, anche per le varie forme di lavoro in modalità agile, consentano di “garantire la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, condizioni di lavoro eque, compresi il diritto a una retribuzione equa e l’attuazione del loro orario di lavoro, la salute e la sicurezza e la parità tra uomini e donne”. Al centro della proposta viene collocato il “diritto alla disconnessione”, definito in modo ampio come “il diritto dei lavoratori di non svolgere mansioni o comunicazioni lavorative al di fuori dell’orario di lavoro per mezzo di strumenti digitali, come telefonate, email o altri messaggi”, senza correre il rischio di subire conseguenze negative, discriminatorie o ritorsive. In questa prospettiva, viene richiesto agli Stati membri di garantire, anche con l’intervento delle parti sociali, che i datori di lavoro, sia pubblici che privati, “attuino il diritto alla disconnessione in modo

equo, lecito e trasparente” ed “istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali”²¹.

A questi diritti fondamentali nella dimensione individuale del rapporto di lavoro si aggiungono, infine, i diritti fondamentali nella dimensione collettiva, tenuto conto del possibile indebolimento che le prerogative sindacali potrebbero subire in conseguenza dell’allontanamento dal luogo di lavoro. Un rischio da valutare in modo ancora più attento, vista la permanente centralità della fonte collettiva, indispensabile per la definizione di un insieme di misure in grado di garantire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Insomma, in una fase, come quella attuale, di adattamento interpretativo e di transizione verso la costruzione di nuove discipline²², ancora una volta una guida sicura per gli interpreti deve essere costituita dai principi fondamentali di libertà e dignità del lavoratore, nonché di libertà ed attività sindacale, principi inesorabilmente sanciti dallo Statuto dei lavoratori e della cui attualità, nonostante le numerose riforme, non pare si possa realmente dubitare.

¹⁸ V. il d.m. 9 dicembre 2020 recante le “Linee guida sul Piano Organizzativo del Lavoro Agile (POLA) e indicatori di performance”.

¹⁹ E v., ancora, L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia*, cit., p. 22 ss.

²⁰ Per interessanti spunti, v. P. ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 430/2020, p. 20 ss.

²¹ I periodi riportati sono tratti dalla Risoluzione.

²² Al di là delle sollecitazioni che proverranno dalla citata Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, occorre segnalare come nel nostro diritto nazionale non siano mancate iniziative parlamentari volte ad introdurre una nuova regolamentazione del lavoro agile e del diritto alla disconnessione, quale, ad es., il d.d.l. S.1833 presentato al Senato il 29 maggio 2020 (firma Ricciardi ed altri).

Le misure restrittive derivanti dalla pandemia da Coronavirus e la rinegoziazione dei contratti in corso di esecuzione

abstract

The contribution examines the topic of the possible admission in our legal system of the right to renegotiate the negotiating terms further to the exceptional and unforeseeable event represented by the pandemic and the resulting restrictive measures.

The investigation continues with the review of the renegotiation procedure through the identification of the principles ruling the parties' conduct and the resulting effects in case of default.

keywords

Renegotiation – Contingent liability – Coronavirus.

abstract

Il contributo esamina il tema dell'eventuale emersione nel nostro ordinamento del diritto alla rinegoziazione delle condizioni negoziali a seguito dell'evento straordinario ed imprevedibile rappresentato dalla pandemia e dalle misure restrittive che ne sono conseguite.

L'indagine prosegue con l'analisi del procedimento rinegoziativo attraverso l'individuazione dei criteri che devono governare la condotta delle parti e gli effetti che conseguono nel caso di inadempimento.

parole chiave

Rinegoziazione – Sopravvenienze – Coronavirus.

sommario

1. La pandemia da Coronavirus e gli interventi dottrinali e giurisprudenziali volti a riconoscere il diritto alla rinegoziazione nel diritto dei contratti. – **2.** La scelta negoziale della rinegoziazione e le sopravvenienze rilevanti. – **3.** L'avvio del procedimento rinegoziativo. Il valore del silenzio in termini di manifestazione tacita di volontà. – **4.** I criteri che devono informare il comportamento delle parti nella trattativa rinegoziativa. Il ruolo della buona fede in executivis. L'obbligo di ricostruire l'equilibrio economico giuridico tra le prestazioni. – **5.** L'intervento del terzo nella procedura di rinegoziazione. – **6.** L'inadempimento dell'obbligo a rinegoziare e la possibilità di riconoscere l'intervento determinativo del giudice.

1. La pandemia da Coronavirus e gli interventi dottrinali e giurisprudenziali volti a riconoscere il diritto alla rinegoziazione nel diritto dei contratti

La diffusione del contagio da Coronavirus ha reso necessari interventi del legislatore interno volti a regolare e contenere gli effetti della pandemia sul sistema socio-economico e nei rapporti tra i privati.

Nell'ambito delle scelte compiute, attraverso il ricorso alla decretazione di urgenza, particolare attenzione meritano le norme dettate per regolare la sorte dei contratti in corso di esecuzione ed in particolare gli effetti dell'inadempimento, dell'impossibilità di eseguire la prestazione dedotta nel rapporto contrattuale o la sopravvenuta eccessiva onerosità della medesima.

Tra le norme di rilievo vi è da segnalare l'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, che ha modificato l'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, convertito nella legge 5 marzo 2020 n. 13, in cui è previsto che "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini della esclusione, ai sensi e per gli effetti degli art. 1218 e 1223, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La norma non appare ineccepibile nel suo contenuto precettivo perché riserva al giudice ampia discrezionalità in ordine alla valutazione della responsabilità del debitore nel caso in cui ne sia invocato l'esonero per effetto delle misure restrittive che abbiano interessato l'attività economica.

In questo breve contributo l'attenzione sarà dedicata esclusivamente all'approfondimento dell'eventuale emersione nel nostro ordinamento di un diritto alla rinegoziazione delle condizioni negoziali a seguito dell'evento straordinario ed imprevedibile rappresentato dalla pandemia e delle misure restrittive che ne sono conseguite.

Come è noto l'esigenza di gestire il rischio contrattuale è stata sempre avvertita dagli operatori del mercato interno e ancor più internazionale, nell'ambito del quale l'instabilità politica ed economica ha registrato dimensioni notevoli per natura ed effetti.

Nelle relazioni "interne" l'interesse a controllare il fenomeno delle sopravvenienze trova giustificazione nel fatto che nella teoria generale del contratto non sono previsti prima facie strumenti modificativi

dell'assetto di interessi, diretti a consentire la ricostruzione dell'equilibrio negoziale.

Non vi è la previsione di un obbligo a carico della parte che abbia tratto beneficio dalle sopravvenienze di rivedere le condizioni negoziali, di attivarsi per trovare di comune accordo una soluzione al problema, né è stato riconosciuto al giudice il potere di intervenire per fissare il nuovo rapporto di equilibrio tra le prestazioni.

Senonché, negli ultimi anni alcuni autori hanno sostenuto con tesi caratterizzate da rigore argomentativo, valorizzando in particolare il combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c., la possibilità di far emergere nel nostro sistema il diritto alla revisione delle condizioni negoziali in favore della parte che abbia subito gli effetti delle sopravvenienze,

Secondo parte della dottrina il diritto alla rinegoziazione ha fondamento nell'art. 1374 c.c. che consente l'intervento del giudice volto a realizzare l'eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità, a tal punto che per escludere la nascita dell'obbligo a rinegoziare dovrebbe essere contenuta una espressa clausola nel regolamento contratto¹.

Altra dottrina rileva che la fonte del diritto alla rinegoziazione è da ricercare nella clausola generale di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che, in quanto espressione del principio solidaristico, consentirebbe di adeguare le condizioni negoziali al mutato contesto fattuale².

Secondo questi autori la buona fede in funziona integrativa legittima il contraente che abbia visto divenire più onerosa la sua prestazione a chiedere alla controparte di adeguare le condizioni negoziali procedendo al riequilibrio dell'assetto di interessi.

In un recente intervento autorevole giurista ha suggerito che nel caso in cui sorga controversia sulla responsabilità per inadempimento, la clausola *rebus sic stantibus* riacquista rilevanza obbligando le parti a tornare a negoziare³.

Queste tesi hanno trovato conforto nella relazione tematica n. 56 della Corte Suprema di Cassazione dell'8 luglio 2020 secondo la quale la "risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione

necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in una ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola generale di buona fede. In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della bona fides e degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata in quanto consente di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato ab initio dalle parti allineando il regolamento pattizio alle circostanze che sono mutate".

All'intervento dei giudici di legittimità si sono aggiunte alcune pronunce di merito rese per lo più nell'ambito delle controversie sorte per regolare gli effetti delle misure restrittive nei contratti di locazione in corso di esecuzione.

In una recente ordinanza, ad esempio, il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla parte conduttrice di un immobile ad uso diverso da quello abitativo statuendo che «pur in mancanza di rinegoziazione in applicazione dell'antico brocardo *rebus sic stantibus* i contratti a lungo termine debbano essere rispettati finché perdurano le condizioni ed i presupposti di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Al contrario qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del covid, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite deve avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto in base al dovere generale di buona fede oggettiva"⁴.

Per quanto i richiamati interventi dottrinali e giurisprudenziali si distinguano come si è detto per rigore argomentativo, occorre ricordare che il legislatore del 1942 all'art. 1467 c.c. ha codificato il principio il principio secondo il quale gli eventi straordinari ed imprevedibile possono consentire alla parte che ne abbia subito gli effetti di agire esclusivamente per la risoluzione del contratto⁵.

Al contraente onerato non è concesso, dunque, il diritto di riequilibrare il rapporto adeguando il valore economico-giuridico delle prestazioni al mutato contesto fattuale, ma soltanto di rimeditare sulla convenienza dell'affare e, nel caso, di liberarsi degli obblighi assunti.

La risoluzione del contratto può essere dichiarata sia nel caso di eccessiva onerosità che si manifesti in un aumento del costo della prestazione da eseguire quanto nell'ipotesi di diminuzione del valore della controprestazione.

¹ SACCO, *Il contratto*, a cura di Sacco De Nova, Torino, 2004, p. 722; CRISPINO e TRONCONE, *Emergenza Coronavirus: quali possibili effetti nella locazione commerciale*, in *Il Caso.it*, 2020.

² ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 968; BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 15 marzo 2020; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *Giust. Civ. Comm.*, 3, 2020; GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. né è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 2020.

³ IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione. La pandemia segnerà il nostro sistema giuridico e il ritorno alla normalità suscita problemi e dubbi*, in *Il Sole 24 ore*, 5 maggio 2020.

⁴ Tribunale di Roma, 27 agosto 2020 n. 29683.

⁵ GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

Soltanto per alcune fattispecie contrattuali il nostro sistema ha elevato a valore fondamentale la conservazione del rapporto contrattuale e garantito in qualche misura l'originaria composizione dell'assetto di interessi pregiudicata da fatti intervenuti nella fase dell'esecuzione.

In particolare per alcuni contratti tipici ad esecuzione continuata o differita, l'eccessiva onerosità sopravvenuta è stata disancorata dalla rigida e formalistica alternativa tra conservazione e risoluzione del rapporto per divenire, invece, presupposto idoneo ad azionare il meccanismo modificativo, che costituisce lo strumento attraverso il quale è possibile conservare ed attuare gli interessi che le parti avevano originariamente concordato.

Nel procedere alla disciplina di singoli rapporti negoziali il legislatore del 1942 ha attenuato il rigore del principio dell'immutabilità del contratto al verificarsi delle sopravvenienze e previsto strumenti idonei ad attuare il programma di interessi delineato in sede di elaborazione del regolamento contrattuale al fine di impedire che la distribuzione dei costi e benefici sia rimessa al caso.

Emblematica in tal senso è la disciplina prevista in materia di appalto (art. 1664 c.c.), nella quale il principio generale dell'invariabilità del corrispettivo dovuto per l'esecuzione dell'opera, risulta espressamente temperato in relazione a talune variazioni dei costi dei fattori produttivi, in conseguenza delle quali il legislatore ha inteso apprestare tutela, sia pur entro certi limiti, all'interesse alla conservazione ed attuazione del piano di interessi originariamente delineato. Questo interesse è tutelato non ogni qualvolta venga a modificarsi il rapporto di equilibrio tra le prestazioni, ma solo quando si verifichino, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni del costo di materiali o della mano d'opera tali da determinare una modificazione, incrementativa o diminutiva, superiore ad un decimo del prezzo convenuto. In particolare nei casi di sopravvenuta "onerosità" della prestazione si è attribuito alla parte svantaggiata il diritto non già di ricorrere al rimedio risolutorio, che non garantirebbe sul piano economico una tutela soddisfacente, ma al contrario di procedere alla revisione del prezzo in modo tale da salvaguardare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni. La revisione del prezzo è rimessa all'accordo dei contraenti, a ciascuno dei quali viene, comunque, riconosciuta la facoltà, nel caso di disaccordo, di ricorrere all'autorità giudiziaria per la fissazione del prezzo in via suppletiva. In quest'ultimo caso il giudice, dopo aver verificato l'effettiva variazione dei costi produttivi, è tenuto a procedere alla distribuzione del maggior onere ed alla revisione dei prezzi tenendo conto del valore delle prestazioni originariamente fissato dalle parti.

Altra disposizione legislativa, che nel disciplinare rapporti negoziali di durata, eleva a valore fondamen-

tale il principio del riequilibrio contrattuale, è dettata in materia di contratto di affitto. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1623 cod. civ. che riconosce alle parti, a seguito di una disposizione di legge, di una norma corporativa o di provvedimento dell'autorità che abbiano prodotto variazioni rilevanti, la possibilità di chiedere al giudice una modificazione incrementativa o diminutiva del canone concordato. Attraverso la previsione in parola il rimedio perequativo viene, dunque, attribuito ad entrambi i contraenti e la sua operatività è condizionata al prodursi di fattori di squilibrio aventi fonte normativa.

Alla stessa esigenza di conservazione dell'equilibrio contrattuale è informata la disciplina codicistica diretta a regolare il fenomeno della diminuzione del rischio nel contratto di assicurazione. La fattispecie disciplinata dall'art. 1897 c.c. è quella in cui nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale diminuisca il grado di probabilità che si verifichi l'evento incerto, con conseguente rottura, in danno dell'assicurato, del rapporto di equilibrio tra rischio e premio delineato in sede di stipula del regolamento contrattuale. Orbene, anche in questo caso, il legislatore ha inteso attenuare il principio della forza obbligatoria del vincolo concedendo all'assicurato il diritto di ottenere, previa notifica all'assicuratore delle mutate condizioni negoziali, la riduzione del premio da corrispondere. Essa viene effettuata sulla base della tariffa vigente al momento della conclusione del contratto e decorre dalla scadenza del premio o dalla rata di premio successiva alla comunicazione. Occorre, in ogni caso, ricordare che l'interesse dell'assicurato alla conservazione del rapporto di equivalenza tra le prestazioni può trovare un limite nella diversa volontà dell'assicuratore al quale è, infatti, riconosciuta la facoltà di non subire questa riduzione e di recedere dal rapporto contrattuale.

Le richiamate disposizioni normative consentono di rilevare che il legislatore soltanto per specifiche fattispecie ha inteso limitare l'operatività dei principi dogmatici e formalistici che informano la teoria generale del contratto in materia di sopravvenienze per introdurre uno strumento alternativo, quello della revisione, che è destinato funzionalmente a conservare l'assetto di interessi concordato originariamente dalle parti.

In questo contesto normativo gli interventi pur autorevoli che hanno inteso far emergere il diritto alla rinegoziazione espongono il fianco rilievi critici fondati non soltanto sulla teoria generale del contratto e la disciplina di singoli contratti tipici ma anche dall'esame degli interventi normativi assunti a seguito della diffusione della pandemia.

Dall'esame di essi emergono, infatti, ulteriori argomenti a sostegno della tesi della insussistenza nel nostro sistema di un diritto alla rinegoziazione, tanto più nel caso in cui le sopravvenienze siano straordinarie ed imprevedibili.

In via esemplificativa può essere richiamata la disciplina dettata in via di urgenza per regolare gli effetti delle misure restrittive sui contratti di locazione in corso di esecuzione.

Attraverso la disposizione di cui all'art. 65 del D.L. n. 18/2020, il legislatore ha attribuito ai soggetti esercenti attività di impresa e conduttori di immobili rientranti nella categoria C/1 un credito di imposta per l'anno 2020 nella misura del 60% dell'ammontare del canone.

Questa norma, sia pur con ambito applicativo limitato, consente di rilevare in via interpretativa che il contratto di locazione conserva piena vincolatività secondo le condizioni convenute al momento della stipula ed il conduttore è tenuto a pagare il canone pattuito, e soltanto all'esito può beneficiare del credito di natura fiscale. In alternativa il conduttore potrà esercitare il diritto potestativo di cui all'art. 27 ultimo comma della legge n. 392/1978 recedendo dal contratto sempre che ricorrano i gravi motivi⁶.

Allo stesso modo occorre segnalare alcune norme settoriali che per alcuni rapporti contrattuali prevedono espressamente il diritto alla revisione dell'assetto di interessi a seguito dell'evento pandemico e che consentono in via interpretativa a maggior ragione di escludere l'obbligo generale a rinegoziare a carico della parte che abbia tratto vantaggio dalle sopravvenienze.

È il caso, ad esempio, della disposizione (art. 216, comma 3 del D.L. n.34/2000) che prevede per i conduttori di palestre, piscine ed impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, limitatamente alle cinque mensilità da marzo a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare, si presume pari al 50% del canone concordato.

L'insussistenza nell'attuale contesto normativo dell'obbligo a rinegoziare trova conforto, infine, nel disegno di legge con cui è stato affidato al Governo la revisione del codice civile (DDL Senato 1151) nell'ambito del quale è previsto, inter alia, l'introduzione nei contratti di durata del "diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede, ovvero in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo tale che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti".

Il richiamato disegno di legge per un verso si pone in coerenza con gli interventi compiuti in altri sistemi

⁶ CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, ivi, 2020; CAPAREZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza*, in *Comparative Covid Law*; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, ivi.

(è il caso ad esempio del nuovo art. 1195 del codice civile francese che riconosce alla parte onerata dalle sopravvenienze "la peut demander une renegotiation du contrat") per altro verso conferma in modo inequivocabile l'insussistenza nell'attuale contesto normativo del diritto alla rinegoziazione⁷.

2. La scelta negoziale della rinegoziazione e le sopravvenienze rilevanti

In un contesto normativo nel quale non risulta agevole il riconoscimento del diritto alla rinegoziazione particolare attenzione deve essere riservata alle scelte negoziali compiute dai contraenti volte a prevederla nel regolamento contrattuale.

Occorre segnalare che si assiste sempre di più di frequente, e la pandemia potrà rappresentare un evento che spingerà l'autonomia negoziale ad orientarsi in tal senso, al ricorso alle clausole di rinegoziazione che vengono inserite nei contratti dalle parti nella consapevolezza che nei rapporti di durata possono intervenire sopravvenienze rilevanti e per consentire che l'incidenza di esse sull'assetto di interessi sia rimessa al consenso e non già al caso.

L'analisi del profilo strutturale dei modelli convenzionali che richiedono la concertazione dei contraenti per l'adeguamento delle condizioni contrattuali, consente subito di sottolineare come l'autonomia privata abbia dato prova di fervida fantasia.

Nella prassi contrattuale è agevole, invero, registrare l'inserzione di clausole di rinegoziazione che presentano tra loro sostanziali differenze in ordine ai presupposti ed alle regole previste per la modifica del contratto. Tali differenze se in molte circostanze sono giustificate dalla natura del contratto o dal settore economico in cui è prevista la procedura rinegoziativa, quasi sempre sono determinate, invece, dalle finalità che hanno indotto i contraenti ad inserire nel regolamento contrattuale la clausola di rinegoziazione⁸.

A questo proposito è agevole, ad esempio, sottolineare che la volontà dei contraenti diretta a controllare in modo assoluto l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto negoziale è coincisa sul piano redazionale con la predisposizione di clausole che, per quanto concerne l'individuazione delle sopravvenienze rilevanti e

⁷ ALDO ANGELO DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6, 2020, segnala che l'associazione civilisti italiani ha auspicato l'adozione di un decreto delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. il 1468-bis che introduca il diritto alla rinegoziazione.

⁸ Sulle clausole di rinegoziazione in dottrina si vedano i contributi di DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Digesto*, sez. civ., 2011, p. 804 e ss.; PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, p. 411; CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I Contratti*, 2016, p. 185; MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 825.

degli effetti che esse devono produrre sulla composizione di interessi, sono contraddistinte da contenuto estremamente generico⁹.

Dalla prassi negoziale sottoposta ad osservazione emerge, in particolare, un numero rilevante di clausole che hanno inteso subordinare l'attività di rinegoziazione al mero verificarsi nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale di "eventi sopravvenuti", prevedibili o imprevedibili, tali da incidere modificandolo sull'equilibrio economico-giuridico originariamente concordato.

L'elaborazione generica della clausola di rinegoziazione consente alle parti di riservare alla propria sfera di controllo la determinazione degli effetti delle sopravvenienze sull'assetto di interessi e di impedire nello stesso tempo, per quelle eccedenti l'alea normale, la risoluzione del rapporto contrattuale; quest'ultimo rimedio è considerato, il più delle volte, fonte di conseguenze svantaggiose, non solo per il fatto che esso vanifica la realizzazione di un risultato per il quale sono stati spesso investiti notevoli mezzi ed energie, ma anche perché costringe la parte che voglia realizzare ad ogni costo l'operazione economico-giuridica ad intraprendere nuove trattative non solo costose ma, talvolta, anche infruttuose per la difficoltà di trovare altro contraente con il quale concludere accordo che riproduca per grandi linee quello risolto a seguito delle sopravvenienze.

L'esigenza di neutralizzare il rischio contrattuale e di impedire lo scioglimento del rapporto non è, comunque, la sola motivazione che ha indotto i contraenti a preferire l'elaborazione di un contenuto estremamente generico della clausola rinegoziativa.

Ad essa va aggiunta quella di ordine meramente pratico, secondo la quale l'eventuale individuazione in via preventiva delle sopravvenienze sulla base delle quali può essere azionato il procedimento di adatta-

mento delle condizioni negoziali, presuppone un'attività non agile, tale da appesantire oltre modo la fase precontrattuale. L'attività negoziale diretta a predeterminare in modo meticoloso ed analitico le sopravvenienze suscettibili di verifica nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, comporta, infatti, una concertazione tra le parti lenta e complessa, che non solo allunga la fase delle trattative, ma che necessita spesso dell'intervento di terzi.

Al contrario il ricorso a definizioni generiche consente di alleggerire il compito dei contraenti e permette, comunque, nel contesto dei principi di correttezza e buona fede di dar luogo ad una clausola che sia funzionale allo scopo da raggiungere.

A questo punto è doveroso rilevare che il contenuto generico della clausola di rinegoziazione, se finisce sostanzialmente per ridurre se non addirittura per escludere l'incidenza dell'alea contrattuale sull'economia dell'affare è suscettibile, tuttavia, di far sorgere inconvenienti altrettanto svantaggiosi.

Ed invero, l'elaborazione nei termini sopra indicati della clausola di rinegoziazione impone una valutazione di carattere soggettivo al momento della verifica sulla corrispondenza tra la sopravvenienza realmente accaduta e quella astrattamente identificata in sede di elaborazione della regola convenzionale, che consente spesso di realizzare abusi nell'applicazione della regola negoziale; ciascun contraente può tentare, infatti, di approfittare del contenuto generico della clausola di rinegoziazione per risolvere nel senso a sé più favorevole, la questione della corrispondenza della fattispecie concreta rispetto a quella dedotta contrattualmente.

In particolare è ben possibile per un verso che il contraente avvantaggiato dalle sopravvenienze escluda in modo surrettizio che l'evento verificatosi corrisponda a quello indicato negozialmente, in modo tale da imporre l'esecuzione del contratto secondo il nuovo equilibrio economico-giuridico, e per altro verso che il contraente svantaggiato tenti di approfittare di modificazioni anche irrilevanti dell'assetto di interessi per sostenere il diritto di procedere alla rinegoziazione delle condizioni negoziali.

La clausola di rinegoziazione può rappresentare, per questa ragione, un elemento di fragilità del vincolo negoziale, suscettibile di condurre alla "distruzione" e non già alla conservazione del rapporto, che costituisce il fine ultimo per il quale è predisposta.

Per evitare tali deviazioni del meccanismo negoziale, che hanno agevolato la previsione di un contenuto generico solo nei casi in cui i contraenti appartengano allo stesso ambiente economico o in quelli in cui il vincolo negoziale vada ad inserirsi in una più ampia relazione di affari si assiste, così, ad ipotesi sempre più frequenti in cui le parti introducono un grado di elaborazione molto rimarchevole rinunciando alla neutralizzazione assoluta del rischio economico-giuridico che incombe sull'operazione negoziale. I contraenti

⁹ RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento e arbitrato*, op. cit., p. 305; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 338, rileva al contrario "che la sanzione della nullità per indeterminabilità dell'oggetto può apparire incongrua rispetto all'interesse delle parti a pianificare la prosecuzione mediante la predisposizione di regole convenzionali che, indipendentemente dalla loro relazione, tendono alla realizzazione di questo risultato. In particolare non può essere nulla per indeterminabilità dell'oggetto una pattuizione che, per l'impossibilità di prevedere e quindi definire a priori i termini del rapporto, intenda rinviare al futuro accordo la determinazione delle condizioni. La soluzione non muta qualora l'intesa su presupposti e termini, in base ai quali dovrà avvenire la modificazione del contratto originario, appaia, *prima facie* generica, per non avere le parti l'interesse a definire compiutamente i termini della rinegoziazione. Quel che rileva è che le parti si rimettono all'evoluzione del rapporto e perciò si impegnano a riconoscere tutte le circostanze rilevanti per la modificazione del loro assetto d'interessi originario. La sanzione di nullità per indeterminabilità delle prestazioni oggetto dell'obbligo, non solo non realizzerebbe alcun interesse tutelato dall'ordinamento, ma vanificherebbe il discorso svolto sulla meritevolezza dell'interesse dei contraenti".

nell'elaborazione della clausola rinegoziativa sono, in buona sostanza, sempre più spesso indotti a prevedere indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che esse devono produrre sull'assetto di interessi, in modo tale da svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzatasi in concreto.

3. L'avvio del procedimento rinegoziativo. Il valore del silenzio in termini di manifestazione tacita di volontà

La peculiarità dei modelli oggetto della indagine viene a manifestarsi in termini concreti nel momento in cui, per effetto della sopravvenienza dedotta nella regola negoziale, la parte interessata manifesta la volontà di procedere alla rinegoziazione.

L'iniziativa può assumere il carattere dell'invito a trattare la modifica del regolamento contrattuale o, invece, quello della proposta nella quale sono indicate le condizioni secondo le quali dovrebbe essere ridisegnato l'assetto di interessi.

A seguito di questa dichiarazione partecipativa, che rappresenta l'esercizio del diritto alla rinegoziazione attribuito convenzionalmente, la controparte, verificata la corrispondenza tra la sopravvenienza e quella tipizzata in sede di elaborazione della regola rinegoziativa, è obbligata ad un comportamento utile alla modificazione dell'originario assetto di interessi.

In questo modo si delinea una vicenda peculiare rispetto a quella tipica del procedimento di formazione del contratto ove si consideri che il principio della libera autodeterminazione nell'attività diretta a "trattare" l'assetto di interessi non si rinviene nella fattispecie qui considerata in relazione alla quale le parti, avendo come parametro di riferimento un contratto già perfetto ed in corso di esecuzione, sono obbligate a svolgere la trattativa sulla nuova regola. In buona sostanza, se nella generalità dei casi la nascita della trattativa è rimessa all'iniziativa di una delle parti, nei confronti della quale l'altra è in una condizione di libertà in ordine all'avvio e prosecuzione, nell'ipotesi qui presa in considerazione l'adesione all'iniziativa diventa vincolante e dovuta.

Senonché, il rilievo che la rinegoziazione rappresenta adempimento di una obbligazione, parte integrante di una più ampia vicenda negoziale, disattende il ruolo di attività prodromica e, comunque, non costitutiva del rapporto che generalmente caratterizza le trattative e consente di "scoprire" che tipiche obbligazioni precontrattuali mutano per natura e conseguente disciplina in obbligazioni contrattuali.

In tal senso, è utile il richiamo alla buona fede, regola di condotta da osservare nello svolgimento della trattativa rinegoziativa, che non va individuata avendo come riferimento l'art. 1337 cod. civ., ma in quella esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ, cir-

costanza questa che, come si avrà modo di rilevare di seguito, permette di sottolineare il diverso contenuto e modo di operare della clausola generale. Altrettanto pertinente è il richiamo alla complessa fattispecie dei doveri di informazione, chiarezza e riservatezza, ai quali devono attenersi i contraenti che trattano le modificazioni del regolamento contrattuale: essi si arricchiscono di valore più pregnante per l'oggetto di riferimento (il contratto già esistente) in modo tale da produrre significativo distacco dagli obblighi di uguale identità, ma di diversa rilevanza e funzionalità, sussistenti a carico delle parti nello svolgimento della trattativa precontrattuale¹⁰.

Particolare interesse merita allo stesso modo il comportamento della parte che, ricevuta l'altrui proposta rinegoziativa contenente i termini secondo i quali si intende modificare il regolamento contrattuale, non manifesta alcuna volontà, né di adesione né tanto meno di dissenso.

In questo caso il compito dell'interprete si risolve nel verificare la possibilità di attribuire significato giuridico al "silenzio" della parte destinataria della dichiarazione rinegoziativa e deve essere adempiuto prendendo l'avvio dal principio, consolidato in dottrina e in giurisprudenza, secondo il quale l'assenza di dichiarazione o di altro comportamento non costituisce di regola manifestazione giuridicamente rilevante, a meno che il silenzio, in quanto "circostanziano", sia idoneo a esteriorizzare l'intento contrattuale¹¹.

¹⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 360, fa rilevare che "l'obbligo di informazione si configura anche come obbligo di ricerca delle notizie e di comunicazione delle stesse alla controparte". In tal caso dovrà essere descritto dagli accordi tra i contraenti l'ambito delle informazioni rilevanti rispetto alle quali non potrà essere trascurato l'obbligo di ricerca. Per questa tipologia di obblighi informativi si rende necessaria la concessione di un certo tempo che consenta al debitore di compiere quanto necessario per acquistare quelle informazioni che dovranno poi essere a disposizione del creditore (termine che in astratto potrebbe essere stabilito dal giudice ex art. 1183).

¹¹ Occorre qui segnalare l'intervento dei giudici di legittimità, del 22.7.1993, n. 8191, in *Il corriere giur.*, 1993, p. 1181, che dopo aver ribadito il principio secondo il quale il silenzio, in sé per sé, non costituisce manifestazione negoziale, almeno che non concorrano circostanze soggettive od oggettive tali da renderlo significativo affermano che esso può valere come consenso ed acquistare efficacia giuridica non solo nei casi di conclusione o rinnovazione del contratto previsti dall'ordinamento, ma anche nel caso di modifiche di un contratto in corso tra le parti quando, tuttavia, sia accompagnato dall'esecuzione della prestazione. Orbene attraverso l'interpretazione non proprio fedele della pronuncia, autorevole giurista (CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione e modifica dello stesso*, in *Il corriere giur.*, 1993, p. 1181 e ss.) ritiene che essa si pone in stridente contrasto con il principio generale della forza obbligatoria del contratto e della sua immodificabilità su iniziativa unilaterale. Si rileva, infatti, che "il silenzio sotto il profilo non conclusivo della fattispecie contrattuale, ma modificativo della stessa, non può giovare della disposizione dell'art. 1327 cod. civ., che rappresenta soltanto uno dei modi di formazione dell'accordo contrattuale, in deroga al principio del

Il silenzio assume, in particolare, rilevanza giuridica nei casi in cui il soggetto che abbia tenuto il comportamento omissivo, sulla base di un precetto legale o negoziale o in virtù della regola della buona fede aveva, invece, l'onere di esprimersi. In questi casi segnale rivelatore dell'intento della parte può anche essere la condotta di astensione, che sulla base delle suddette circostanze oggettive acquista rilevanza giuridica al pari di una manifestazione tacita del consenso¹².

Da questa premessa di carattere generale è possibile trarre la conclusione secondo la quale significato giuridicamente rilevante deve essere riconosciuto al comportamento della parte che, ricevuta la proposta modificativa del regolamento contrattuale, non manifesti alcuna volontà, né positiva né negativa.

Ed invero, proprio la previsione negoziale dell'obbligo rinegoziativo non consente alla parte destinataria della proposta modificativa di tenere un comportamento omissivo e di non esprimere in termini chiari la propria volontà al riguardo. L'onere di prendere posizione sulla vicenda rinegoziativa trova, infatti, giustificazione nella regola della buona fede in executivis che rappresenta, come più volte sottolineato, il criterio alla stregua del quale deve essere informato il comportamento delle parti nella attuazione dell'obbligo rinegoziativo.

In buona sostanza, il contraente che non sia d'accordo sul diritto della controparte di procedere alla rinegoziazione o sulle condizioni economico-giuridiche secondo le quali si intende ridisegnare il rapporto contrattuale, è tenuto sulla base della regola generale di buona fede a manifestare in modo espresso il proprio dissenso e nel caso in cui ciò non avvenga il comportamento omissivo assume significato rilevante e dignità eguale a una tacita manifestazione della volontà¹³.

consenso bilaterale dell'art. 1326 c.c.". Viene, in questo modo, ad essere condiviso l'indirizzo giurisprudenziale meno recente (Cass., 27.10.1977, n. 4633, in *Mass. giust. civ.*, 1973, 1851; App. Bologna, 13.4.1950, in *Foro it.*, 1950, I, c. 582, con nota di DE MARTINI, *In tema di "silenzio" nella conclusione dei contratti*) che in un'ottica restrittiva preferisce escludere la possibilità di riconoscere al silenzio un valore modificativo del contratto in corso di esecuzione.

Un esame più attento della vicenda e, soprattutto, della distinzione tra silenzio quale contegno omissivo e inizio di esecuzione di cui all'art. 1321 è stato, in realtà, compiuto da BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1848; SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; PEIRAINS, *Il silenzio seguito da esecuzione ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo con modifiche di un contratto esistente*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1561; ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1997, p. 257. Sul valore del silenzio si veda: Cass., 14.05.2014 n. 10533, in *Foro It.*, 2014, I, p. 3207; Cass., 4.12.2007 n. 25290, in *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 89.

¹² Sul silenzio circostanziato si veda in dottrina ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999.

¹³ È ovvio che il silenzio acquista rilevanza giuridica, al pari di una

4. I criteri che devono informare il comportamento delle parti nella trattativa rinegoziativa. Il ruolo della buona fede in executivis. L'obbligo di ricostruire l'originario equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni

Le considerazioni sin qui svolte introducono l'indagine che attiene alla identificazione dei criteri sulla base dei quali deve essere improntato il percorso della trattativa modificativa.

Nel caso in cui le parti abbiano scelto e determinato i criteri, la questione si manifesta con rilievo meramente ermeneutico e si risolve nel verificare soprattutto se la previsione negoziale sia idonea a regolare la fattispecie concreta, oppure debba procedersi alla eterointegrazione legale.

Assume, invece, particolare interesse l'ipotesi in cui le parti non abbiano disposto alcuna indicazione, perché in tal caso occorre procedere alla identificazione dei criteri ed alla determinazione dei valori sulla base dei quali l'attività è da svolgere.

Ed invero, il carattere obbligatorio della trattativa rinegoziativa e la circostanza che essa si inserisce in un più ampio contesto negoziale, consentono di fare emergere precisi limiti alla discrezionalità delle parti nella conduzione della stessa.

Queste limitazioni si giustificano per il fatto che nella fattispecie in esame trova applicazione la clausola generale di buona fede, la quale non soltanto rappresenta la regola che deve governare il comportamento delle parti nella fase esecutiva del rapporto contrattuale ma assume soprattutto un ruolo decisivo nei casi in cui alcune scelte relative al momento esecutivo sembrerebbero essere lasciate alla discrezionalità dei contraenti¹⁴.

In questi casi, come del resto nella nostra fattispecie nella quale le parti possono aver previsto la rinegoziazione delle condizioni negoziali ma non anche criteri analitici e concreti sulla base dei quali deve essere condotta la trattativa modificativa, la buona fede costituisce la regola di governo della discrezionalità dei contraenti, attraverso la previsione di doveri e regole, la cui osservanza è necessaria per la corretta attuazione del rapporto contrattuale; la buona fede consente di contenere la libertà di autodeterminazione delle parti e di prevenire possibili comportamenti ostruzionistici,

manifestazione tacita della volontà negoziale, nei soli casi in cui la proposta modificativa contenga esattamente le condizioni sulla base delle quali si intende ridisegnare il contenuto contrattuale e non anche quando essa si risolve in un mero invito a trattare.

¹⁴ Sulla buona fede quale fonte di integrazione del contratto e regola di governo della discrezionalità dei contraenti si vedano i contributi di M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, Torino, 2013; FRANZONI, commento sub art. 1374 e sub art. 1375, in degli effetti del contratto, in *Il Codice Civile*, Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2013; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006.

che nella fattispecie rinegoziativa possono manifestarsi attraverso l'elaborazione di proposte modificative di contenuto tale da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto della accettazione, o in rifiuti di proposte negoziali che invece sembrerebbero essere meritevoli di valutazione positiva.

Ci si deve, a questo punto, chiedere come agisce nella fattispecie in esame la regola della buona fede e più precisamente in che modo viene ad essere limitata la discrezionalità dei contraenti nello svolgimento della trattativa rinegoziativa.

Anche in tal caso riportarsi sul piano più generale in modo tale da verificare quali sono per la dottrina e la giurisprudenza gli elementi che consentono l'effettiva operatività della regola generale di buona fede nella fase di attuazione dell'assetto di interessi. Da questo punto di vista conviene subito rappresentare che l'obiettivo da raggiungere non è tanto quello di ricostruire in modo preciso ed analitico il contenuto del precetto normativo, che costituirebbe tentativo non solo inutile ma destinato anche a vanificare il carattere elastico e duttile della clausola generale, quanto di individuare e scegliere i parametri di riferimento ai quali la buona fede, come regola di condotta, deve oggettivamente relazionarsi per indirizzare la condotta delle parti¹⁵. Ed infatti, se è senz'altro poco corretto l'eventuale tentativo interpretativo diretto ad elencare e tipizzare gli obblighi attraverso i quali si realizza il canone generale di buona fede appare, invece, doveroso precisare le linee guida ed i criteri che devono informare il comportamento esecutivo dei contraenti.

L'individuazione di questi parametri non solo consente di avere a disposizione gli elementi di indirizzo della condotta esecutiva dei contraenti, soprattutto quando essi agiscono nelle c.d. zone franche di discrezionalità e di verificare, quindi, la meritevolezza degli interessi attuati dai comportamenti concreti, ma anche di fissare i limiti entro i quali può spiegarsi l'intervento del giudice, il quale nell'attuazione del precetto

generale potrebbe dar luogo a pronuncia arbitraria non sorretta, comunque, da motivazioni coerenti con gli interessi sottintesi nel rapporto contrattuale.

Sul tema merita di essere segnalata, in via del tutto preliminare, l'indicazione di autorevole dottrina secondo la quale la regola di buona fede consente l'effettivo controllo del comportamento dei contraenti nella fase esecutiva del contratto attraverso la valorizzazione di indici che, sia pur non esteriorizzati nel regolamento, sono espressione di istanze superiori desumibili dall'ordinamento¹⁶. Secondo questa tesi ruolo decisivo assumono nell'attività determinativa del contenuto della clausola generale l'ordine sociale garantito dall'ordinamento e le norme costituzionali emergenti in materia di diritti e doveri dei soggetti. Da esse nascono, infatti, obblighi a contenuto positivo o negativo, attraverso i quali è consentito dare concreta operatività alla regola codicistica e, nello stesso tempo, realizzare il processo di armonizzazione del contratto con i valori superiori. In definitiva, secondo questa indicazione il regolamento contrattuale viene ad essere punto di confluenza di diversi ordini di valutazioni anche confliggenti con quelli tenuti presenti dalle parti tali, comunque, da consentire la piena coerenza tra l'operazione negoziale ed i principi generali.

Senza necessariamente svalutare i suddetti parametri extracontrattuali, vale la pena osservare che la regola di buona fede deve esser posta necessariamente in stretta correlazione con l'assetto di interessi, che rappresenta la fonte e nello stesso tempo il criterio di riferimento primario per la concretizzazione della clausola generale.

Per garantire operatività alla buona fede non è necessario utilizzare sempre dati extracontrattuali quanto piuttosto valorizzare ed avere quale punto di riferimento costante ed imprescindibile il contesto contrattuale in cui essa viene ad inserirsi, dal quale emergono in molti casi i valori per la soluzione dei conflitti relativi a vicende non espressamente regolate dalle parti. Ruolo decisivo assumono, pertanto, le scelte negoziali di ordine economico-giuridico operate dai contraenti in sede di elaborazione del regolamento contrattuale che riguardano il tipo contrattuale adottato, le concrete finalità a cui è destinata l'operazione negoziale, nonché l'equilibrio tra le prestazioni¹⁷. Orbene, è proprio in

¹⁵ Le diverse nozioni di buona fede elaborate in termini di "rispetto della parola data" e di "protezione degli affidamenti suscitati" (BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, Milano, 1968, p. 6), "fedeltà ad un accordo già concluso ed impegno all'adempimento dell'altrui aspettativa" (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 77), "onestà" (STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 176), "salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio" (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1984, p. 476) non descrivono la clausola generale più di quanto non faccia il puro e semplice impiego della formula "buona fede". Critiche pregnanti ai tentativi definitivi sono state mosse in particolare da: D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Torino, 1992, p. 257; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 306; NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 179; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1933, p. 129; CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 618.

¹⁶ Ai valori costituzionali fanno espresso riferimento: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 143; ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 277; ed in giurisprudenza, Cass., 13.1.1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2130 con nota di SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*; ed in giurisprudenza Trib. Milano, 30.3.1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1572; Cass., 18.7.1989, n. 3362, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 7.

¹⁷ Così D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, op. cit., p. 271; UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 365. ID., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, op. cit., 1992, II, p. 185; ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrat-*

stretta relazione con siffatti valori “intrinseci” al contratto che la regola di buona fede deve operare nel limitare la discrezionalità dei contraenti nell’esecuzione del rapporto negoziale e nell’individuazione di regole ulteriori rispetto a quelle espressamente contenute nell’accordo. La buona fede costituisce la fonte di obblighi contrattuali (positivi o negativi) funzionali alla puntuale realizzazione del programma contrattuale e la condotta delle parti può essere giudicata conforme alla regola generale soltanto quando abbia rispettato i valori di ordine economico-giuridico espressi dal regolamento contrattuale.

La valorizzazione degli elementi intrinseci del regolamento consente, a questo punto, un facile raccordo con le premesse e i principi già esposti prima di questa digressione sulla buona fede; ed invero, ove si consideri che l’attività rinegoziativa rappresenta adempimento dell’obbligazione a rivedere le condizioni di un rapporto contrattuale in corso di esecuzione è possibile ritenere che il contesto nel quale la ricerca di questi valori deve essere compiuta è rappresentato dal regolamento contrattuale nel quale è contenuta la clausola di rinegoziazione

Il riferimento ai valori di natura contrattuale, di provenienza endogena consente di rilevare che per poter considerare corrispondente a buona fede la conduzione della trattativa rinegoziativa è necessario che le parti abbiano sempre quale punto di riferimento il rapporto negoziale nel quale è contenuta la clausola di rinegoziazione e più precisamente gli interessi economico-giuridici in esso espressi. Solo attraverso il necessario collegamento dell’attività rinegoziativa con il piano di interessi delineato al tempo della stipula del contratto, poi superato dalle sopravvenienze, è consentito contenere e limitare la discrezionalità, impedendo ai contraenti di tenere comportamenti surrettizi ed ostruzionistici diretti in ultima analisi a non conseguire il risultato dell’adeguamento delle condizioni negoziali.

tuale, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 380. Lo stesso RODOTÀ, *Le clausole generali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Biagivi, Torino, 1991, p. 407, pur ritenendo necessario far riferimento, nell’opera di concretizzazione della regola di buona fede, a valori e principi desumibili dall’ordinamento, espressioni di tendenze e di posizioni esistenti nella società, osserva che la clausola generale deve consentire la piena coerenza tra il piano delineato dalle parti e l’effettivo compimento dell’operazione economica. La clausola generale di buona fede si risolve, dunque, in uno strumento volto ad assicurare la complessiva razionalità della contrattazione, sia per quanto riguarda il piano relativo alle valutazioni e agli interessi di parte, sia per quanto riguarda l’interferenza di questo con il piano delle valutazioni dell’ordinamento. La valorizzazione dei parametri contrattuali ai fini della concretizzazione della regola della buona fede, è sostenuta in giurisprudenza da: Cass., 9.4.1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c.1609; Cass., 10.4.1986, n. 2500, *ivi*, 1987, I, 1, c. 501; Cass., 22.6.1967, n.1481, in *Giust. civ.* 1967, I, p. 782; Cass., 21.5.1997, n. 4538, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 648; Trib. Milano, 30.3.1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1572.

La regola di buona fede impone, infatti, di tenere un comportamento coerente e solidale con l’originario programma negoziale, che le parti medesime si sono impegnate a rivedere nel caso in cui si fossero realizzate circostanze modificative, costituendo in questo modo lo strumento normativo attraverso il quale può essere risolto il contrasto sulle modalità di adattamento delle condizioni negoziali. Esso deve essere composto sul piano della ragionevolezza e coerenza dell’attività rinegoziativa con il piano di costi e benefici risultanti dall’assetto di interessi su cui occorre intervenire, il quale rappresenta il limite oggettivo alle scelte delle parti.

In buona sostanza, nella conduzione della trattativa rinegoziativa le parti non possono essere motivate, come nella fase prenegoziale, dalla volontà di “conquistare posizioni”, di spuntare l’accordo negoziale più conveniente. Sono al contrario tenute a trattare con il massimo spirito di collaborazione per trovare una soluzione al problema delle sopravvenienze, tenendo conto che essa deve essere idonea ad attuare i valori del contratto in cui è contenuto l’obbligo rinegoziativo.

Tra i parametri di riferimento per la materializzazione dell’obbligo di rinegoziare secondo buona fede, ruolo decisivo deve essere a questo punto attribuito all’equilibrio economico-giuridico originariamente concordato: l’originario assetto economico-giuridico ed, in particolare, il piano di ripartizione dei costi e benefici costituisce, a nostro avviso, il principale criterio di riferimento nello svolgimento dell’attività di rinegoziazione. Essa può costituire seria espressione di autonomia privata solo quando, governata dalla buona fede, ricerchi, in un quadro di interessi diverso, un equilibrio tra le prestazioni proporzionato, coerente ed armonioso con quello superato dalle sopravvenienze.

L’attività di rinegoziazione deve condurre le parti, in esecuzione della regola della buona fede, e sempre che le stesse non abbiano previsto altri criteri attuativi dell’obbligo dedotto contrattualmente o scelgano di adottarne altri di natura diversa nel corso della trattativa modificativa, a ricostruire il rapporto di equilibrio tra le prestazioni modificato dalla sopravvenuta onerosità dell’una o per lo svilimento di valore dell’altra.

5. L’intervento del terzo nella procedura di rinegoziazione

La previsione della clausola di rinegoziazione nel regolamento contrattuale esprime la volontà delle parti di “controllare” le sopravvenienze che possono nel tempo manifestarsi ed incidere sull’assetto di interessi da esse predisposto, e l’obiettivo comune è di garantire, nonostante l’accadimento di questi fatti, la conservazione del rapporto secondo l’originario equilibrio economico - giuridico.

La regola convenzionale transita, tuttavia, attraverso la ricerca di un accordo e può presentare nella sua applicazione margini di incertezza in ordine al con-

seguimento dell'obiettivo, come avviene, ad esempio, quando le parti non riescono a trovare l'intesa sul contenuto del negozio modificativo o quando addirittura sono di diverso avviso in ordine alla corrispondenza della sopravvenienza realmente accaduta rispetto a quella astrattamente identificata in sede di elaborazione della regola negoziale.

Questa difficoltà costituisce uno dei rischi più significativi della fragilità che può derivare dalla previsione della clausola di rinegoziazione, meritevole di tutela per gli interessi che esprime, ma incapace di funzionare per il fatto impeditivo del mancato accordo tra le parti.

La sensibilità su questo tema è stata avvertita soprattutto dagli operatori internazionali che hanno preso consapevolezza del rischio e per superarlo hanno previsto l'intervento del terzo nel procedimento rinegoziativo.

È opportuno subito segnalare che l'intervento del terzo non è schematizzato in termini di contenuto, ma si presenta in modo articolato e vario; ed invero, in qualche caso si risolve nel verificare la corrispondenza tra la sopravvenienza realizzatasi e quella dedotta contrattualmente, al fine di rimuovere i profili di incertezza dai quali possa derivare il freno all'attività negoziale delle parti¹⁸. In altri casi – che sono poi quelli

¹⁸ In tal caso, vi è da chiedersi se l'attività del terzo rientri tra le figure delineate dal legislatore o, invece, presenti i caratteri distintivi della figura di stampo giurisprudenziale (per tutte: Cass. 30.1.1992, n. 955, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1094; Cass., 18.2.1998, n. 1721, in *Gius.*, 1998, p. 1392; Cass., 30.3.1995, n. 3791, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 103) e alla quale, viene assegnato il nomen iuris di perizia contrattuale ed abbia, quindi, una propria autonomia. A tal riguardo occorre tener conto che la dottrina più autorevole ritiene che l'attività svolta da un terzo e diretta al mero accertamento di un fatto non costituisca un *tertium genus* distinto dall'arbitraggio e dall'arbitrato libero (In tal senso ELIA, *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 280; ID., Ancora in tema di perizia contrattuale, *ivi*, 1949, I, p. 67; FAZZALARI, voce *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 405; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 184; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 385; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, op. cit., p. 330; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 107; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 280; allo stesso modo, in giurisprudenza: Cass., 14.6.1978, n. 2941, in *Mass. Foro it.*, 1978; Cass., 5.7.1948, n. 1056, in *Rep. giur. it.*, 1948, voce *arbitrato*, 169; Cass., 29.10.1968, n. 3618, *ivi*, 1968). Questa conclusione viene ad essere confortata, sia dal fatto che ogni qual volta si richiede l'intervento di un terzo è da presumere l'esistenza di un contrasto tra le parti, sia dalla circostanza che l'accertamento tecnico presuppone, in ogni caso, un'attività discrezionale. Senonché, queste premesse dalle quali si trae la conclusione sopra riferita non sono condivisibili ove si consideri che le categorie codicistiche in discussione possono presentare presupposti applicativi sostanzialmente diversi da quelli qui richiesti (l'autonomia della perizia è sostenuta da: Cass., 22.12.1970, n. 2738, in *Mass. Foro it.*, 1970, 830; Cass., 6.6.1975, n. 2273, *ivi*, 1975, 538; Cass., 22.8.1966, n. 2268, *ivi*, 1966, 793; ed in dottrina: BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, p. 953; MARANI, *In tema di arbitrato, arbitrato, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983,

più significativi – esso si presenta in termini di potere di determinazione del nuovo assetto negoziale e, cioè, di modificazione di quello originario e di costituzione del nuovo.

Nel soffermare la nostra attenzione su questa seconda ipotesi in cui l'intervento del terzo è programmato allo scopo di adeguare le condizioni negoziali al mutato contesto fattuale e di ridisegnare il regolamento di interessi nel caso di esito infruttuoso della trattativa rinegoziativa, va detto subito che questa previsione costituisce la massima espressione della volontà negoziale di assicurare stabilità e certezza al rapporto contrattuale e di prevenire nello stesso tempo i possibili abusi nell'attuazione del congegno negoziale.

L'intervento del terzo con compiti di revisione del contenuto contrattuale rappresenta, infatti, il freno, anche di natura psicologica, all'eventuale comportamento surrettizio delle parti che nell'attività di rinegoziazione potrebbe manifestarsi attraverso proposte elaborate in termini tali da non consentire sul piano della ragionevolezza la formazione dell'accordo.

p. 522. È pacifico, ad esempio, che l'attività dell'arbitratore si concreta nella determinazione di un elemento contrattuale sul quale la volontà negoziale non si è manifestata, salvo poi a vedere se quest'attività integrativa possa essere riferita a qualsiasi elemento del regolamento di interessi. Orbene, nessuna funzione integrativa realizza l'intervento del terzo che stiamo esaminando avendo ad oggetto un mero accertamento di un fatto. L'autonomia del procedimento peritale dall'arbitraggio è sostenibile, peraltro, in virtù della considerazione che essa non richieda un giudizio di natura discrezionale ma la semplice constatazione di un fatto: essa presuppone, infatti, la mera utilizzazione di cognizioni tecniche e preclude al terzo l'esercizio di qualsiasi potere discrezionale. La rilevata autonomia del procedimento peritale consente, a questo punto, di osservare che essa si riflette sul piano della disciplina applicabile, non solo nel senso che il terzo può essere nominato anche da una sola delle parti, ma soprattutto nel riconoscere contro la determinazione del terzo mezzi di impugnazione diversi da quelli previsti dall'arbitraggio. È evidente, infatti, che la natura strettamente tecnica dell'attività svolta dal terzo preclude ai contraenti la possibilità di impugnare per iniquità la determinazione, rimedio concesso solo in presenza di attività discrezionale (Cass., 15.9.1970, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 68). Allo stesso modo la perizia contrattuale deve essere tenuta distinta dall'arbitrato irrituale, strumento attraverso il quale le parti deferiscono ad un terzo la soluzione di controversie giuridiche tra loro insorte. La previsione della tecnica peritale presuppone, infatti, la mera ignoranza o, comunque, la non adeguata preparazione tecnica su determinate situazioni fattuali e non necessariamente che su di essi sia in atto una controversia. Significativo in questo senso può essere proprio l'esempio della fattispecie rinegoziativa in cui l'intervento del terzo nella procedura di adattamento, al fine di constatare il verificarsi della sopravvenienza dedotta contrattualmente viene, il più delle volte, previsto dalle parti al solo scopo di agevolare la nascita della trattativa rinegoziativa. Le parti possono, infatti, considerare che qualora tale accertamento sia rimesso alla loro valutazione, indipendentemente dalla conoscenza tecnica della situazione fattuale, una ulteriore concertazione possa essere di intralcio alla celerità della procedura di adattamento. Alcune clausole, conferiscono, peraltro, alle parti un determinato termine per accordarsi, alla scadenza del quale è previsto l'intervento del terzo.

In virtù di questa previsione deve ritenersi verosimile che le parti siano indotte a trattare con la più ampia disponibilità e reale collaborazione l'adeguamento delle condizioni negoziali e ciò anche per evitare la sopportazione dei costi, spesso non trascurabili, che comporta il deferimento dell'operazione a terzi.

A questo punto occorre prendere atto che la qualificazione giuridica dell'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere costituisce spesso motivo di contrasto e di conseguenza ostacolo alla realizzazione della funzione di garanzia e stabilità del rapporto contrattuale.

Le difficoltà al riguardo non sono esclusivamente di carattere dogmatico ma si riflettono sul piano concreto quando si tratta di individuare ed al tempo stesso circoscrivere i poteri del terzo nella procedura di modificazione delle condizioni negoziali.

Le probabilità di questi inconvenienti aumentano, del resto, nel caso in cui l'intervento del terzo venga previsto nell'ambito di una relazione internazionale ove si pongono problemi di non poco conto in ordine alla compatibilità tra sistemi giuridici diversi e dove ad accentuare queste difficoltà contribuisce la stessa terminologia adottata convenzionalmente per qualificare l'intervento nella procedura di adattamento delle condizioni negoziali. È possibile, infatti, rintracciare nella prassi negoziale sottoposta ad osservazione, indicazioni negoziali non uniformi che non agevolano il compito dell'interprete impegnato a comprendere la natura dell'intervento¹⁹.

Ed invero, se in molte circostanze rinvenute sulla base di una attività di ricognizione delle formule consuete nella prassi, la clausola di rinegoziazione fa riferimento ad un terzo "esperto" o "conciliatore", in altre si abbandona il criterio della qualità professionale del soggetto (economica, finanziaria o altra) per privilegiare quello della funzione, ritenendosi, in tal caso, opportuno prevedere che egli sia "arbitro".

¹⁹ «À défaut d'accord, il est prévu que chacune des parties désignera un expert économique assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés ...»; «... les parties s'en remettraient à la décision d'un conciliateur ...»; «The matter shall be referred for decision to three referees ... All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators ...».

In altre si abbandona, invece, il criterio della qualità professionale del soggetto (economica, finanziaria o altra) per privilegiare quello della funzione, ritenendosi in tal caso opportuno ed utile convenire che egli sia «arbitro», cioè abbia funzione risolutiva del contrasto; in tali ipotesi sono frequenti formule come queste:

«à défaut d'accord des parties sur les modifications à apporter, la question est ... soumise à l'arbitrage conformément à l'article suivant. Les arbitres ... peuvent, soit modifier d'autorité les clauses litigieuses ..., soit résoudre la convention».

«Si elles (les parties) ne pouvaient se mettre d'accord sur les modifications à y apporter, celles-ci seraient arrêtées par l'arbitre ou les arbitres dont la désignation est prévue à l'article 10 ...»;

«Elles (les parties) feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat ...».

Nel ritornare nell'alveo della nostra esperienza, occorre dar conto che in essa è in corso un vivace dibattito dottrinale in ordine alla qualificazione giuridica dell'attività di revisione delle condizioni negoziali svolta dal terzo.

Le difficoltà sono giustificate dal fatto che il nostro ordinamento conosce oltre alla figura dell'arbitrato anche quella dell'arbitraggio, circostanza che se in linea teorica non dovrebbe sollevare particolari incertezze, avendo ciascuno di questi soggetti poteri ben definiti, in concreto costituisce spesso motivo di contrasto tra gli autori che si occupano di questa materia.

In un contributo²⁰ si è escluso, ad esempio, che l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere nel caso di esito negativo della trattativa rinegoziativa possa essere qualificata in termini di arbitrato.

Per sostenere questa tesi il suo sostenitore parte dalla premessa secondo la quale il giudizio arbitrale può avere ad oggetto esclusivamente la risoluzione di controversie giuridiche e non anche conflitti di altra natura.

Sulla base di questa premessa si fa notare che nella fattispecie rinegoziativa al terzo è deferito il compito di comporre non già una controversia giuridica ma il mero conflitto di interessi esistente tra le parti sul contenuto che deve presentare il negozio modificativo. Se le parti non riescono a trovare un punto d'incontro sul come procedere nell'adattamento delle condizioni negoziali, esse sarebbero, infatti, «en désaccord certes ne mais sans être en litige, proceduralment parlant». Dall'attività di revisione delle condizioni negoziali esulerebbe, quindi, qualsiasi contenuto decisorio, avendo il terzo la funzione esclusiva di trovare il punto di equilibrio del contrasto relativo alla distribuzione dei vantaggi e delle perdite derivanti dalle sopravvenienze accadute nel corso del rapporto contrattuale. In definitiva, secondo questa tesi viene a mancare nella fattispecie rinegoziativa il presupposto necessario, costituito dall'esistenza di una controversia giuridica, per qualificare l'attività del terzo in termini di arbitrato.

Per converso, l'attività svolta dal terzo presenterebbe indiscutibili analogie con le funzioni istituzionalmente affidate alla figura dell'arbitratore dall'art. 1349 cod. civ., che si risolvono nel determinare l'elemento contrattuale sul quale le parti non sono riuscite a raggiungere l'accordo. Ed invero, sostanziandosi il compito dell'arbitratore non già nel risolvere una controversia giuridica ma nel determinare, attraverso l'attività di carattere volitivo ed autonomo, un profilo del contenuto contrattuale non determinato dalle parti, si fa notare che analoga funzione viene svolta nella procedura rinegoziativa, nella quale il terzo determina il contenuto del negozio modificativo.

Il sostenitore di questa tesi non omette di darsi ca-

²⁰ GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, op. cit., p. 65.

rico del rilievo secondo il quale una certa differenza esiste tra la fattispecie codicistica dell'arbitraggio, nella quale viene deferito al terzo il compito di colmare iniziali lacune del regolamento contrattuale, e quella presa in considerazione in cui l'attività del terzo non si consuma nel procedimento di formazione dell'accordo ma nella fase della esecuzione²¹.

Nonostante l'apprezzamento di questa differenza l'Autore, che ne sottolinea nello svolgimento del suo ragionamento l'esistenza, non ne dà rilievo negativo, ritenendo che essa abbia solo valenza quantitativa e non impedisce, comunque, la qualificazione giuridica nei termini sopraindicati.

Sostanzialmente diversa è la ricostruzione compiuta da altro giurista secondo il quale l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere nella procedura rinegoziativa deve essere inquadrata nella figura dell'arbitrato irrituale²².

Nel procedere a questa qualificazione l'Autore avverte l'esigenza di precisare che nella fattispecie rinegoziativa gli arbitri sono chiamati a svolgere funzioni ulteriori e diverse rispetto a quella canonica di risoluzione delle controversie giuridiche.

Questi compiti ulteriori possono sostanziarsi nel colmare lacune contrattuali (supervening gaps), nell'accertare l'effettiva corrispondenza della sopravvenienza con quella prevista nella clausola di rinegoziazione ed, appunto, nel modificare le condizioni negoziali in caso di disaccordo tra le parti.

L'esposizione, sia pur sintetica, delle scelte compiute dalla dottrina per qualificare l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato ad adempiere, consente a questo punto di rilevare che le due tesi, pur contrapposte nelle loro conclusioni, muovono dalla identica premessa di configurare il disaccordo tra le parti sul contenuto del regolamento contrattuale modificativo di quello turbato dalle sopravvenienze, non già quale controversia giuridica ma come conflitto di interessi.

A nostro avviso questa base comune di indagine deve essere sottoposta ad attenta verifica che prenda spunto dall'individuazione del concetto di "conflitto di interessi", per poi accertare se il contrasto tra le parti possa essere così qualificato o, invece, integri una controversia giuridica.

L'esigenza di procedere ad una precisa delimitazione di questa situazione giuridica acquista, in realtà, rilevanza alla luce della premessa di ordine generale, che riteniamo di dover condividere, secondo la quale la contrapposizione tra arbitraggio ed arbitrato, in ambedue le sue forme, è fondata sulla natura del contrasto che il terzo è incaricato a risolvere: "mentre, in-

fatti, il contrasto la cui soluzione è affidata all'arbitro, rituale o irrituale, nasce dall'incompatibilità di diritti di cui ciascuno dei soggetti sostiene di essere titolare, il contrasto a dirimere il quale sono chiamati uno o più arbitratori è semplicemente tra interessi"²³.

Nella materia contrattuale la nozione di conflitto di interessi esprime la situazione giuridica dei soggetti che, in una posizione di assoluta ed incondizionata libertà di autodeterminazione, non riescono nella fase prenegoziale a comporre le rispettive aspettative alle quali intendono condizionare la conclusione dell'accordo negoziale. In questa fase il comportamento dei soggetti deve essere motivato dalla mera disponibilità a trattare l'affare e non anche da un definitivo ed irrevocabile impegno a concludere il contratto ben potendo ciascuna delle parti decidere liberamente se ed in che modo addivenire ad esso. Ne consegue che il conflitto di interessi può essere composto esclusivamente dall'incontro delle volontà dei contraenti, i quali sono gli arbitri esclusivi delle risultanze della fase prenegoziale, e non anche in sede di procedimento giurisdizionale.

A questo punto occorre ribadire che analoga libertà di autodeterminazione non può essere riconosciuta alle parti nell'esecuzione del precetto negoziale della rinegoziazione.

Ed inverò, proprio la circostanza che la trattativa diretta a modificare l'assetto negoziale o una regola di esso costituisce esecuzione di un obbligo contrattuale ha consentito di individuare precise regole limitatrici della libertà di autodeterminazione delle parti.

Queste limitazioni sono giustificate dal fatto che nella fattispecie rinegoziativa trova applicazione la regola della buona fede in executivis, la quale non solo riveste funzione e portata operativa diversa rispetto alla buona fede che disciplina le trattative relative alla fase prenegoziale, ma acquista valore pregnante soprattutto nel caso in cui alcune scelte relative al momento esecutivo sembrerebbero essere lasciate alla discrezionalità dei contraenti; ipotesi che coincide in modo perfetto con quella in cui le parti prevedono la rinegoziazione ma non anche i criteri che devono informarla.

L'operatività della regola della buona fede nella fattispecie rinegoziativa non si risolve, peraltro, nell'introdurre un limite generico alla libertà di autodeter-

²¹ Allo stesso modo nella nostra esperienza: MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 350.

²² FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, op. cit., p. 360.

²³ In questi termini letterali: GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.*, 1993, 2, p. 664. CARNELUTTI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 124; ID., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 400, preferisce, invece, distinguere tra controversia giuridica e controversia economica. Secondo l'illustre giurista vi sono, infatti, conflitti di interessi la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti ed altri che, invece, possono risolversi anche senza questo accordo; le prime, sono le controversie economiche, le altre controversie giuridiche, non perché vengano già risolte dal diritto (mediante norme materiali), ma solo perché il diritto dà modo di risolverle anche se le parti non si mettano d'accordo.

minazione delle parti, ma essa stessa offre parametri ben precisi verso i quali deve essere indirizzata l'attività modificativa. Questi criteri sono rappresentati non tanto da valori esterni quanto dalle scelte economico-giuridiche risultanti dal contratto, di guisa che i contraenti, nell'esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, non possono essere motivati, come nella fase prenegoziale, dalla volontà di "conquistare posizioni", ma sono tenuti, alla luce della regola di buona fede, ad elaborare proposte modificative che si pongano in termini coerenti ed armoniosi con l'equilibrio contrattuale originariamente pattuito e poi superato dalle sopravvenienze. La ricostruzione dell'originario equilibrio tra le prestazioni rappresenta la naturale composizione del potenziale "contrasto" sulle modalità di adeguamento del rapporto contrattuale e più precisamente il risultato "fisiologico" della trattativa rinegoziativa condotta in piena osservanza della regola della buona fede.

Ne consegue che tutte le volte in cui l'esito della trattativa sia negativo, non trovando le parti un punto di incontro sul modo attraverso il quale procedere all'adattamento delle condizioni negoziali, sarà in linea di massima possibile ravvisare nella condotta di una di esse un comportamento contrario alla regola della buona fede, perché impeditivo della ricostruzione dell'equilibrio contrattuale. Più precisamente, la mancata ricostruzione dell'equilibrio contrattuale, consentirà generalmente di riconoscere nell'attività esecutiva di uno dei contraenti una condotta speculativa, non informata dalla volontà di trattare con la massima e reale collaborazione il problema della sopravvenienza.

Questa condotta, costituendo violazione di un obbligo contrattuale, ben può essere oggetto di una controversia giuridica come tale deferibile al giudizio dell'arbitro, sia rituale che irrituale, il cui compito è, appunto, quello di individuare il soggetto inadempiente per poi procedere alla revisione delle condizioni negoziali.

6. L'inadempimento dell'obbligo a rinegoziare e la possibilità di riconoscere l'intervento determinativo del giudice

L'obbligo a rinegoziare può essere inadempito dalla parte non soltanto con un atto di rifiuto a trattare le modificazioni del regolamento contrattuale, ma anche con la esecuzione di un comportamento non improntato e governato dalla regola oggettiva della buona fede.

Il contraente adempiente, di fronte ad una prestazione non eseguita affatto o eseguita in modo non corretto, può essere garantito dalla tutela risolutoria che trova applicazione quando ne ricorrano i fatti costitutivi, nonché dalla autonoma o accessoria tutela risarcitoria.

Si deve, però, subito riconoscere che questa tutela può lasciare qualche ragione di insoddisfazione, tenuto conto che il procedimento rinegoziativo è previsto

dalle parti per risolvere con la soluzione positiva della conservazione del rapporto e del suo equilibrio il problema delle "sopravvenienze"; questo interesse non viene a realizzarsi se il contratto giunga, comunque, alla sua estinzione per il comportamento di una di esse.

Il motivo di insoddisfazione verrebbe meno se, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, fosse riconosciuta una tutela diversa che garantisca, seppur per via giudiziaria, la conservazione del rapporto. Per entrare subito nel merito di questa ipotesi, conviene verificare se il giudice, su iniziativa della parte adempiente, possa intervenire nella vicenda rinegoziativa con una pronuncia attraverso la quale, compiuto l'accertamento dei fatti costitutivi e constatato che il potere di adeguamento non risulta attribuito ad arbitri, proceda alla determinazione delle nuove condizioni negoziali; in tal caso il giudice sarebbe chiamato ad emettere una sentenza determinativa delle condizioni del negozio modificativo che le parti attraverso lo strumento del consenso non sono riuscite a fissare.

Nel tentativo di verificare la concreta realizzabilità di questo intervento occorre prendere atto, in via preliminare, che se da un lato il nostro ordinamento offre un quadro ampio e ricco di esempi nei quali il giudice attraverso una propria pronuncia costituisce nuovi rapporti, non altrettanto emerge in relazione ai provvedimenti per effetto dei quali il giudice non si limiti alla costituzione del rapporto, ma interviene direttamente sul contenuto di esso enunciando le regole secondo le quali la vicenda deve essere disciplinata.

Per questa ragione autorevole dottrina è giunta alla conclusione secondo la quale tra i compiti e le funzioni deferibili all'autorità giudiziaria, non rientra anche quella di pronunciare sentenze determinative²⁴.

²⁴ In questo senso: PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, I, p. 84 e ss., secondo il quale la categoria delle sentenze determinative come ipotesi in cui il giudice, in assenza di integrazioni determinate consensualmente tra le parti, è chiamato a determinare e specificare in via equitativa l'oggetto di obbligazioni individuate dalla legge e dal contratto, costituisce un inutile eccesso di qualificazione che rischia di complicare fenomeni già di per se complessi. Le uniche ipotesi in cui tale categoria potrebbe trovare giustificazione sul piano della realtà sarebbero, invero, quelle che si situano nell'ambito della giurisdizione non contenziosa o comunque ai margini della giurisdizione contenziosa, come, ad esempio, l'ipotesi in cui sia deferito ai giudici la tutela degli interessi dei minori.

La categoria delle sentenze costitutiva - determinative, che avrebbero luogo quando la modificazione sostanziale *ope iudicis* si presenta come alternativa ad un assetto stragiudiziale rimesso ad una cooperazione delle parti, che non ha in se struttura di obbligazione e di altro dovere giuridico è, invece, riconosciuta da: MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1994, p. 152 e ss.; ID., voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 508 e ss. L'autorevole giurista osserva, in particolare, che l'autonomia della categoria in discussione viene ad essere proposta non per il "gusto di eleganze teoriche" ma per l'esigenza di superare l'orientamento

Le difficoltà a concedere ai giudici poteri determinativi possono trovare conferma in via esemplificativa nelle scelte giurisprudenziali assunte in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, con particolare riferimento al potere del giudice di completare o correggere l'offerta attraverso la quale la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze tenta di ricondurre ad equità le condizioni negoziali, paralizzando la domanda di risoluzione di controparte²⁵.

È consolidata l'opinione che l'offerta prevista dall'art. 1467 cod. civ. deve essere modulata in termini precisi e concreti e rappresenta, in ogni caso, una scelta discrezionale della parte avvantaggiata dalla eccessiva onerosità in relazione alla quale non è consentito alcun intervento integrativo del giudice.

Secondo questa tesi i giudici hanno, pertanto, il compito esclusivo di valutare l'effettiva idoneità dell'offerta e delle modificazioni enunciate dalla parte a ristabilire il rapporto di equilibrio tra le prestazioni, ma non anche quello di determinare o modificarne il contenuto per renderlo adeguato e funzionale al nuovo contesto, cosicché se la parte non esercita il potere riconosciute dal legislatore nel modo corretto il rapporto è destinato a risolversi.

Una indicazione di segno contrario è stata data in dottrina da un Autore il quale, dopo aver sottoposto a revisione critica le ragioni impeditive della configu-

giurisprudenziale che, in ragione della tipicità delle sentenze costitutive e della costante interpretazione restrittiva dell'art. 2932 cod. civ., esclude la possibilità di sanzionare in modo adeguato gli obblighi di contrattare. Nello stesso senso, per l'ammissibilità della categoria delle sentenze costitutive determinative, si pone: DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 345, il quale offre in osservazione alcune ipotesi in cui l'intervento determinativo del giudice si colloca in una prospettiva sostitutiva dell'autonomia privata. Emblematica al riguardo è la fattispecie in cui dovendosi rendere comune un muro che si trova su un confine, sia necessario stabilire le modalità ed i termini della comunione o quella della servitù avente titolo nella legge per la cui costituzione sia necessario precisare la parte di bene su cui essa deve insistere e le stesse modalità di esercizio. In queste ipotesi, come in altre rappresentate dall'illustre giurista, l'opera di determinazione e completamento non è riservata alla competenza esclusiva dei giudici, nel senso della preventiva esclusione di altra via o strumento. Al contrario tale determinazione rientra nei tradizionali poteri dell'autonomia privata e le parti possono, quindi, provvedervi da sole. Nel caso in cui, tuttavia, le parti non siano riuscite ad addivenire ad un accordo, l'ordinamento appresta un rimedio sostitutivo, rappresentato dall'intervento costitutivo determinativo del giudice.

²⁵ In questo senso: Cass., 18.9.1972, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1, p. 1866; Cass., 14.10.1947, n. 1607, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 337; Cass., 30.4.1953, n. 1299, in *Foro it.*, 1954, I, c. 208; Cass., 27.1.1959, n. 224, in *Mass. giust. civ.*, 1959; BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 331; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, op. cit., p. 136; BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, op. cit., p. 47; PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, op. cit., p. 84; TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 155; DI MAJO, *Art. 1467, terzo comma, e facoltà del convenuto*, in *Il Corriere giuridico*, 1992, p. 664.

abilità di un'offerta dal contenuto generico, propone una soluzione meno rigida²⁶: l'atto di parte, denominato "offerta", trova sollecitazione nel fatto che è stata promossa dall'altra parte azione di risoluzione del contratto e che è stato aperto il processo, ma questo è un giudizio nel quale la lite vuole essere superata e composta dalla parte convenuta in giudizio che ha interesse ad una soluzione, identificata nella proposta introdotta nel processo e, pertanto, destinata per il conseguenziale giudizio non alla controparte ma al giudice. La mediazione processuale di quest'ultimo appare necessaria e, pertanto, il suo intervento non può mancare anche nel caso in cui l'offerta abbia contenuto generico.

L'Autore conforta la sua tesi non solo con il rilievo che il compito della parte (non onerata) di precisare le esatte modificazioni necessarie per ricondurre ad equità il contratto non è sempre agevole perché incontra, talvolta, difficoltà di carattere pratico, nello svolgimento di questa attività, ove manchi, ad esempio, il confronto con altri interessi, ma soprattutto valorizzando il dato di fatto secondo il quale il sistema generale dei contratti contiene indici significativi sulla base dei quali giustificare l'intervento del giudice.

Dal sistema generale dei contratti e dalla stessa disciplina in materia di sopravvenienze emergono, infatti, fattispecie negoziali in relazione alle quali il giudice è chiamato ad esercitare le suddette funzioni determinative; a titolo meramente semplificativo vengono ricordate le ipotesi in cui il giudice è tenuto a determinare il corrispettivo del contratto di appalto, a procedere alla revisione del canone enfiteutico, a modificare il canone di affitto nel caso di modificazione normativa.

Questa tesi trova conforto in alcune pronunce giurisprudenziali che riconoscono al giudice, investito dalla domanda di determinazione dell'equo prezzo il potere - dovere di integrare l'offerta formulata in termini generici sulla base degli elementi acquisiti agli atti del processo e che sottolineano come a conforto di questa conclusione concorre il rigore della sanzione, secondo la quale si incorre nel vizio di omessa pronuncia se è stata compiuta questa valutazione²⁷.

²⁶ O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 194. Allo stesso modo di recente, L. MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1996, II, p. 63; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 684; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 286. Secondo quest'ultimo Autore «l'intervento integrativo determinativo del giudice trova riscontro nello spirito della disposizione normativa la quale intende offrire al contraente convenuto in giudizio un mezzo giuridico di tutela effettiva per evitare lo scioglimento del contratto e non soltanto una «chance» (con un maggiore o minore grado di elasticità) di salvare il contratto nell'ipotesi in cui la valutazione dell'equità del regolamento modificato o adeguato coincida perfettamente con quella del giudice».

²⁷ Cass., 18.7.1989 n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564; Cass., 25.5.1991, n. 5922, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto*, n. 359. In

Nella stessa prospettiva rivalutativa dei poteri determinativi del giudice, può esser utile a questo punto riferire del vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale svoltosi su un tema apparentemente analogo al nostro, cioè quello in cui le parti rinviino ad accordi futuri la determinazione di uno degli elementi del rapporto contrattuale.

Questa fattispecie acquista rilevanza nel caso in cui le parti, attraverso lo strumento del consenso, non riescono a fissare la parte del regolamento sulla quale era prevista la riserva a trattare, non essendo chiaro in tal caso quali poteri di intervento sono riconoscibili al giudice.

A tal riguardo occorre prendere atto che il disaccordo tra le parti dovrebbe far ritenere, in linea di principio, non ancora esaurita la fase delle trattative ed inammissibile di conseguenza l'intervento determinativo del giudice, ma la questione è solo apparentemente così semplice e lineare, tant'è che conclusioni differenti sono state offerte in dottrina ed in giurisprudenza²⁸.

Significativa è, ad esempio, la soluzione data dalla giurisprudenza meno recente, secondo la quale nel caso in cui le parti abbiano riservato al comune accordo successivo la definizione di un elemento del rapporto sia ragionevole, in mancanza di altre indicazioni negoziali, far uso del principio dell'equo apprezzamen-

più occasioni, la giurisprudenza (da ultimo Cass., 11.1.1992, n. 247, *cit.*, p. 662) ha, invece, ribadito che nel caso in cui l'offerta sia specifica il giudice, ai sensi dell'art. 112 cod. proc. civ., può pronunciarsi solo sull'efficacia di questa ad impedire l'accoglimento della contrapposta domanda risolutoria e non deve andare oltre; così facendo cadrebbe nel vizio della pronuncia ultra petita, invadendo la sfera dispositiva delle parti. In buona sostanza il giudice può procedere alle modifiche dell'originaria pattuizione solo qualora l'attore faccia espressa richiesta.

²⁸ Parte della dottrina (F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, *cit.*, p. 375; R. SACCO, *Il contratto*, *cit.*, p. 137; D. RUBINO, *La compravendita*, *cit.*, p. 192) e la stessa giurisprudenza (Cass., 12.4.1988, n. 2891, in *Mass. giust. civ.*, 1988, 4; Cass., 14.2.1986, n. 873, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1672) ritengono che il semplice rinvio ad una successiva determinazione convenzionale esprime una regola negoziale in itinere non ancora completa, suscettibile, così, di essere qualificata in termini di fattispecie a formazione progressiva. Si rileva, infatti, che il futuro accordo costituisce solo un'ipotesi, di guisa che se esso non viene concluso, il regolamento rimane definitivamente incompleto, e non è più suscettibile, anche attraverso l'intervento giudiziale, di acquistare rilevanza giuridica. Merita, peraltro, di essere segnalato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene ravvisabile, in questi casi, una ipotesi di nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto (Cass., 29.9.1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1489; Cass., 12.12.1967, n. 2934, in *Mass. giust. civ.*, 1967, 1530; Cass., 11.8.1966, n. 2201, *ivi*, 1966, 265; Cass., 10.11.1924, in *Rep. foro it.*, 1925, 149; Trib. Milano, 23.9.1968, in *Mon. Trib.*, 1968, p. 1202). Di recente, F. GUERRERA, *Opzione e determinazione successiva dell'oggetto negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 493, ha osservato che nel caso in cui i contraenti abbiano rinviato al successivo accordo la determinazione di un profilo del contenuto negoziale, il requisito della determinabilità non pare riscontrabile. In queste situazioni si avrebbe una invalidità «provvisoria» destinata a divenire definitiva nel caso di disaccordo o inerzia delle parti.

to²⁹, come criterio informatore l'attività determinativa; più precisamente la riserva a trattare la determinazione della prestazione in relazione ad altra già stabilita, deve far ritenere scontato il riferimento implicito al valore e al carattere della prestazione "giusta".

Questo principio è ricavato analogicamente dalla disposizione di cui all'art. 1349 cod. civ. che, nel riconoscere la possibilità di deferire al terzo arbitratore la determinazione di una delle prestazioni, prevede che egli è tenuto a procedere secondo il criterio dell'equo apprezzamento almeno che non risulti, in modo espresso, la volontà di rimettersi al suo mero arbitrio. Da questa premessa si fa discendere, pertanto, che nel caso di disaccordo tra le parti sulla determinazione delle condizioni negoziali, è compito del giudice, nell'esercizio delle funzioni di interprete ed esecutore della volontà contrattuale, di determinare sulla base del criterio suindicato il nuovo assetto negoziale.

Parzialmente diversa è l'indicazione offerta da autorevole dottrina che preferisce differenziare l'ipotesi in cui le parti rimettono la determinazione dell'elemento contrattuale al libero incontro delle volontà negoziali, da quella in cui sono predeterminati i criteri secondo i quali deve essere informata l'attività dei contraenti.

In relazione alla prima fattispecie considerata questa dottrina non condivide la riferita interpretazione alla quale è addivenuta la giurisprudenza ritenendo inammissibile ed ingiustificato che la determinazione sia effettuata dal giudice secondo l'equo apprezzamento; si ritiene, infatti, che in questo caso la determinazione, in quanto affidata al mero incontro delle volontà dei contraenti, riveste natura negoziale e come tale non consente surrogazioni giudiziali.

Una soluzione diversa è offerta, invece, per il caso in cui il contratto contiene l'indicazione dei criteri e dei parametri sulla base dei quali i contraenti devono procedere nella determinazione dell'elemento contrattuale. In relazione a questa ipotesi si è osservato, infatti, che l'attività delle parti non riveste natura negoziale ed autonoma, ma costituisce atto esecutivo, atto iniziale di adempimento dell'impegno negoziale e consente, comunque, l'intervento determinativo del giudice³⁰. L'azione di ciascun contraente, diretta ad

²⁹ Così: Cass., 26.3.1965, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1371; Cass., 23.5.1985, n. 3109, in *Mass. Giust. civ.*, 1985; Cass., 11.8.1947, n. 1492, in *Foro it.*, 1948, I, c. 958; Cass., 20.5.1966, n. 1288, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, 735; Cass., 19.6.1962, in *Rep. foro it.*, 1962, voce *Obbligazione e contratti*, 159; Cass., 14.12.1960, n. 3247, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 853; Cass., 21.10.1958, in *Giust. civ. Rep.*, 1968, voce *Vendita*, 262

³⁰ In questo senso: MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, *op. cit.*, p. 123. Merita di essere segnalata la tesi di SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, *op. cit.*, p. 362, che dopo aver riconosciuto la doverosità e strumentalità dell'attività posta in essere dai contraenti, si fa carico, comunque, di rilevare che a suo avviso lo stesso atto dovuto può rivestire natura negoziale, in quanto esso può costituire espressione di una pur limitata libertà di autodeterminazione. È il caso questo dell'attività rinegoziativa che, sebbene costituisca attuazione di un obbligo contrattuale, non presenta contenuto

ottenere per via giudiziale la determinazione dell'elemento contrattuale, viene ad essere riconosciuta per la ragione che il giudice, nell'adempimento di questa attività, è egli stesso vincolato ai criteri fissati negozialmente o, comunque, a quelli legali.

Nel prendere atto di quest'ultima ricostruzione e riprese le considerazioni precedentemente svolte secondo le quali il disaccordo tra le parti sul contenuto che deve presentare il negozio modificativo consente, in linea di massima, di riconoscere nella condotta di una di esse la violazione della regola della buona fede esecutiva, si potrebbe a questo punto ritenere che vi sia spazio per l'intervento del giudice nella procedura rinegoziativa.

L'intervento di fonte giudiziale, con compiti determinativi della parte del regolamento contrattuale sulla quale i contraenti non sono riusciti ad addivenire ad un accordo, non avrebbe ragion d'essere sostenuta nel solo caso in cui fosse possibile riconoscere alle parti assoluta libertà di autodeterminazione nella conduzione della trattativa posta in essere in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo e diretta a modificare l'assetto negoziale superato dalle sopravvenienze.

È evidente che la libertà delle parti di elaborare qualsiasi proposta modificativa, anche di contenuto tale da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto dell'accettazione o di rifiutare senza giustificato motivo la proposta di controparte, non giustificerebbe alcuna ingerenza nel rapporto contrattuale da parte dell'autorità giudiziaria con funzioni di adeguamento delle condizioni negoziali; l'intervento eteronomo di fonte giudiziale "mortificherebbe" la libertà negoziale alla quale dovrebbe essere riconosciuto il monopolio nella costruzione del nuovo assetto negoziale modificativo di quello alterato dalle sopravvenienze.

In senso contrario è, tuttavia, opportuno ribadire che pur non scaturendo dalla clausola di rinegoziazione un vero e proprio obbligo a "contrarre", a sottoporsi, cioè, ad un assetto negoziale già definitivamente fissato, esiste per le parti un obbligo di "contrattare" che si risolve non solo nel dover avviare la trattativa modificativa, ma anche nel condurla secondo la regola della buona fede in executivis. Le parti sono tenute ad eseguire l'obbligo rinegoziativo secondo uno spirito di massima e reale collaborazione in modo tale da trovare una soluzione positiva al problema della sopravvenienza che garantisca la conservazione del rapporto contrattuale.

Come più volte sottolineato, l'operatività della clausola generale di buona fede nella fattispecie rinegoziativa non si risolve nell'introdurre limiti generici alla libertà di autodeterminazione delle parti nell'esecuzione dell'attività diretta a costituire la nuova composizione di interessi, sostitutiva di quella superata dalle sopravvenienze. Al contrario essa offre parametri

attuativo delineato.

analitici e concreti verso i quali deve essere indirizzata la trattativa rinegoziativa e, più precisamente, impone alle parti di elaborare proposte modificative, armoniose e coerenti con l'originario equilibrio contrattuale e tali, quindi, da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto del rifiuto³¹.

Ne consegue che ogni qualvolta non si riesce a perfezionare l'accordo modificativo per il comportamento ostruzionistico di una delle parti, non corrispondente, comunque, alla regola della buona fede, potrebbe riconoscersi alla parte adempiente il potere di adire l'autorità giudiziaria al fine non solo di ottenere sul piano risarcitorio la condanna della controparte ma anche per vedere modificate le condizioni negoziali.

Questo intervento deve essere riconosciuto ed ammesso non solo per il fatto che il giudice con la propria determinazione non provvede da solo a creare il nuovo rapporto contrattuale, completando un regolamento il cui contenuto è in buona sostanza già definito, ma soprattutto valorizzando il dato di fatto secondo il quale egli stesso è vincolato ai criteri predeterminati dalle parti nella clausola di rinegoziazione o in via suppletiva dalla regola normativa della buona fede; la pronuncia giudiziale, determinativa del nuovo assetto di interessi, non costituisce, cioè, il risultato di una scelta arbitraria rimessa al mero senso di giustizia, ma trova nella previsione negoziale o comunque nella buona fede il parametro a cui fare necessario riferimento. Attraverso il suo intervento il giudice non si sostituisce alla autonomia privata ma, al contrario, attua i criteri

³¹ Va segnalata, a tal riguardo, la tesi di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 425, secondo il quale la trattativa condotta dalle parti, in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, non è diretta, come nella fase prenegoziale, a far maturare il consenso in base alla valutazione di convenienza dell'affare e delle sue condizioni, ma bensì al raggiungimento dell'accordo circa le modificazioni da apportare al regolamento di interessi. L'autonomia e discrezionalità dei contraenti nella decisione relativa all'*an*, ovvero se concludere o meno il contratto modificativo, deve considerarsi perciò esaurita nel momento della conclusione del contratto originario ed in particolare nella stipulazione della clausola di rinegoziazione. Ne consegue che la clausola di rinegoziazione va considerata quale fonte di un vero e proprio obbligo di contrarre per modificare una o più condizioni del contratto originario, e come tale eseguibile in forma specifica nel caso di recesso ingiustificato dalla trattativa o conduzione scorretta della stessa. Nel pronunciare la sentenza costitutiva della regola contrattuale, sostitutiva di quella non più vincolante, il giudice potrà avvalersi di tutti gli elementi utili alla valutazione degli interessi dei contraenti a realizzare il risultato contrattuale e tra questi dovrà, in particolare, tener conto delle trattative svolte e dello stato di avanzamento, nonché dei criteri dell'equità integrativa e della buona fede nella interpretazione del contratto. In questo senso anche, M. COSTANZA, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 316, secondo la quale le clausole di rinegoziazione possono configurarsi come patti preliminari dai quali sorge, in capo ai stipulanti, un obbligo di rivedere i termini dell'assetto di interessi, di guisa che, nel caso di mancato adempimento dell'impegno assunto, alla parte adempiente, non è assegnata solo la tutela risarcitoria, ma anche quella costitutiva di cui all'art. 2932 cod. civ.

negoziali o legali sulla base dei quali le parti erano tenute ad improntare il percorso rinegoziativo.

Ne consegue alla stregua di quanto detto nel riferire i criteri di operatività della regola di buona fede nella procedura rinegoziativa, che la pronuncia giudiziale, in assenza di una espressa previsione negoziale, dovrà essere necessariamente coerente con le leggi che regolano il rapporto, con la sua concreta disciplina ed in particolare con l'originario equilibrio economico giuridico tra le prestazioni alterate dalle sopravvenienze intervenute nel corso dell'esecuzione dello stesso. Il giudice dovrà provvedere, in buona sostanza, ad una distribuzione degli oneri e dei vantaggi derivanti dalle sopravvenienze che sia coerente con le scelte di ordine sia economico che giuridico adottate dalle parti in sede di elaborazione dell'assetto di interessi.

Francesco Capaccio

Avvocato e Consulente del Lavoro in Napoli – Segretario del Consiglio provinciale dell’Ordine dei Consulenti del Lavoro di Napoli

Il Fondo Nuove Competenze: la fusione delle politiche attive e passive per sostenere una (più) “qualificata” occupazione al fine di affrontare il rilancio post pandemico

abstract

The essay deals with the most important active labour policy measure introduced with the Labour Pandemic Law, represented by the “Fondo Nuove Competenze”, whose activation has recently been the subject of an extension, thanks to which it will be possible to support a more qualified employment to restart post covid-19.

keywords

Prohibition of dismissal and redundancy fund earnings covid-19 – Fondo Nuove Competenze – Collective bargaining – Active labour policies – Training of workers – Reimbursement of contributions and remuneration for training.

abstract

Il saggio affronta la più rilevante misura di politica attiva del lavoro introdotta con il diritto pandemico del lavoro, rappresentata dal Fondo Nuove Competenze, la cui attivazione è stata recentemente oggetto di una proroga, grazie alla quale si potrà sostenere una più qualificata occupazione per ripartire dal covid-19.

parole chiave

Divieto di licenziamento e cassa integrazione guadagni covid-19 – Fondo Nuove Competenze – Contrattazione collettiva – Politiche attive del lavoro – Formazione dei lavoratori – Rimborso degli oneri contributivi e retributivi per la formazione.

sommario

1. Il divieto di licenziamento e la cassa integrazione covid-19: binomio del diritto pandemico e preludio del Fondo Nuove Competenze quale elemento *ad adiuvandum* del divieto. – 2. Il Fondo Nuove Competenze: fra disciplina emergenziale e contrattazione collettiva. – 3. Il Fondo Nuove Competenze: il decreto interministeriale del 9 ottobre 2020 e la disciplina ANPAL. – 4. Il Fondo Nuove Competenze: il decreto interministeriale del 22 gennaio 2021.

1. Il divieto di licenziamento e la cassa integrazione covid-19: binomio del diritto pandemico e

preludio del Fondo Nuove Competenze quale elemento *ad adiuvandum* del divieto

Il diritto del lavoro pandemico ha trovato e continua a trovare, almeno fino al 31 marzo 2021 – con possibilità, molto verosimile, di un ulteriore allungamento – il suo fondamento sul binomio “divieto di licenziamento-cassa covid”. Un binomio che “mortifica” – in ragione di una (giusta?) esigenza di “ordine pubblico”¹ –, la libertà imprenditoriale di cui all’art. 41 della Costituzione. Libertà compressa non solo nella sua più estrinseca (ed evidente) manifestazione, corrispondente alla scelta organizzativa, ma anche comportante “oneri”, fosse altro in quanto la cassa integrazione – (principale) stampella di quel divieto – non copre, come noto, tutti i costi retributivi², senza trascurare che, in alcuni contesti, nei quali è richiesto l’accordo sindacale per avere accesso all’ammortizzatore³, viene imposto al datore l’accollo integrale anche dei ratei delle mensilità aggiuntive, delle ferie e dei permessi che, *ex adverso*, in ipotesi di cassa integrazione, debbono maturare pro-quota alla effettiva prestazione. Un costo che, *prima facie*, potrebbe apparire minimo, anche in ragione del fatto che – specularmente – lo stesso lavoratore percepisce un (ben minore) importo rispetto alla ordinaria retribuzione⁴, ma che, in realtà,

¹ Così Trib. Mantova, 11.11/020, n. 112, che afferma “trattasi di una tutela temporanea della stabilità dei rapporti per salvaguardare la stabilità del mercato e del sistema economico ed è una misura di politica del mercato del lavoro e di politica economica collegata ad esigenze di ordine pubblico”.

² L’art. 2120 c.c., comma 3, prevede – infatti – “in caso di sospensione della prestazione di lavoro nel corso dell’anno per una delle cause di cui all’art. 2110, nonché in caso DUI sospensione totale o parziale per la quale sia prevista l’integrazione salariale, deve essere computato nella retribuzione di cui al primo comma [per il trattamento di fine rapporto, n.d.r.] l’equivalente della retribuzione a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro.”

³ cassa integrazione in deroga per le realtà datoriali con più di 5 dipendenti (art. 22 DL 18/2020).

⁴ Non è, infatti, vero che l’indennità copre l’80% della retribuzione, attesa l’operatività dei massimali che, nei fatti, avvicinano l’effettivo ristoro al 50-60% della retribuzione persa – cfr. art. 3 d.lgs. 148/2015 e circolari Inps 20/2020 e 7/2021 (rispettivamente recanti i massimali per l’anno 2020 e 2021)

è – in uno al fermo, totale e/o parziale, dell'attività – accompagnato, solo (molto) parzialmente da (molto modesti e neppure per tutti i settori) ristori, un elemento molto pesante per il datore.

Tuttavia, la imposizione di detto divieto di licenziamento si legittima, sotto un rilievo meramente costituzionale, non solo per il limite naturale alla libertà imprenditoriale⁵, ma anche perché suffragato da quel dovere di “solidarietà”, recato dall'art. 2, cui tutti noi, a vario titolo, siamo chiamati a contribuire anche per assicurare la tenuta economico-sociale del Paese, il cui fondamento è il “lavoro”, base della democrazia, e strumento di realizzazione e soddisfacimento dei bisogni del singolo.

Pertanto, laddove sono in rilievo vari principi e diritti di rango costituzionale, ben possono essere introdotte disposizioni di “sospensione”⁶ – quale è, appunto, il divieto di licenziamento, da ultimo procrastinato al 31 marzo 2021 dalla L. 178/2020 art. 1 comma 309.

È chiaro, tuttavia, che qualora detto divieto dovesse, come sembra, ancora procrastinarsi, la questione di legittimità costituzionale – già fortemente presente nel dibattito dottrinale e fra gli operatori – potrebbe non rilevarsi manifestamente infondata⁷ ed è, dunque, probabile che qualche Giudice possa decidere di sostenerla rimettendo, come previsto, la decisione alla Corte costituzionale.

La suesposta prospettazione risulta corroborata dalla recentissima sentenza del Tribunale di Barcellona (n° 283/2020 del 15 dicembre 2020) che ha dichiara-

⁵ l'iniziativa economica privata, infatti, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

⁶ Secondo la classica definizione del Mortati fra “norme di rottura” e “norme di sospensioni”, queste ultime con lo scopo di interrompere provvisoriamente l'efficacia di una o più disposizioni, in corrispondenza ad eventi eccezionali che non potrebbero essere efficacemente fronteggiati se si dovessero rispettare le disposizioni stesse e che ne richiedono quindi in modo urgente la temporanea quiescenza. Cfr., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, p. 1238.

⁷ la posizione espressa sembra trovare corroborazione, ancorché *obiter dictum*, nella recente decisione Trib. Ravenna, 7.1.2021, n. 1 che, nel dichiarare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per sopravvenuta totale e permanente inidoneità alla mansione) nullo per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418 c.c., il cui rimedio non può che essere la reintegrazione piena, ex art. 18 comma 1 della L. 300/70 e art. 2 comma 1, del d.lgs. 23/2015, testualmente afferma “*non si pongono nemmeno immediati (rectius: rilevanti per il processo a quo) problemi di costituzionalità circa la durata attualmente assunta dal blocco dei licenziamenti, posto che il licenziamento è avvenuto nella prima vigenza del blocco inizialmente disposto (aprile 2020) e non in un momento successivo*” (blocco attualmente previsto fino al 31.3.2021). Sul punto si v. tuttavia G. VIDIRI, *La nuova storia del diritto del lavoro e l'incostituzionalità del blocco dei licenziamenti*, in AA.VV., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi*, 2021.

to la legittimità di un licenziamento per ragioni economiche durante il periodo pandemico (intimato nel mese di giugno 2020). La pronuncia si pone in contrasto con l'art. 2 del Real Decreto-Ley n° 9 del 27 marzo 2020 (divieto speculare al ns. introdotto dal DL 18/20 e via via reiterato fino al 31 marzo 2021 dalla Legge 178/2020). Il Giudice spagnolo ha, infatti, precisato – nelle motivazioni – che la continua reiterazione del divieto ha posto in luce non solo la inidoneità della misura rispetto ai fini della stessa, ma altresì la contrarietà con la Costituzione spagnola che, all'art. 38 (simile al ns. art. 41), protegge e garantisce la libertà d'impresa. Inoltre, il divieto *de quo* si pone anche in contrasto con il diritto comunitario e, più in dettaglio, con l'art. 16 della Carta europea dei diritti fondamentali, in cui si afferma – appunto – la libertà d'impresa.

2. Il Fondo Nuove Competenze: fra disciplina emergenziale e contrattazione collettiva

Nell'ambito del diritto del lavoro pandemico, tuttavia, con il decreto legge 34/2020 (meglio noto, come “decreto rilancio”), convertito con modificazioni dalla legge 77/2020, fa ingresso nel ns. ordinamento positivo anche una norma con finalità polivalente: sia di politica attiva, sia di politica passiva. La norma giunge, come noto, nel mese di maggio dell'anno scorso, appena superato quel primo “lock down” generale e, in cui, sembravamo aver messo (almeno) un piede fuori dal tunnel pandemico.

L'art. 88 del decreto “rilancio”, nella sua formulazione letterale iniziale, prevede(va) che “al fine di consentire la graduale ripresa dell'attività dopo l'emergenza epidemiologica, per l'anno 2020, i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operative in azienda ai sensi della normativa e degli accordi interconfederali vigenti, possono realizzare specifiche intese di rimodulazione dell'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell'impresa ovvero per favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori⁸, con le quali parte dell'orario di lavoro viene finalizzato a percorsi formativi. Gli oneri relativi alle ore di formazione, comprensivi dei relativi contributi previdenziali e assistenziali, sono a carico di un apposito Fondo denominato “Fondo Nuove Competenze”, costituito presso l'Agenzia Nazionale delle Politiche Attive del Lavoro (ANPAL), nel limite di 230 milioni di euro a valere sul Programma Operativo Nazionale SPAO”.

Sarà, poi, il successivo art. 4 del DL 104/20, convertito dalla legge 126/2020, ad estenderne gli effetti anche per l'anno 2021, nonché ad aumentarne in ma-

⁸ La locuzione “ovvero per favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori” è stata introdotta dall'art. 4 del DL 104/20.

niera consistente la dotazione iniziale⁹.

Sebbene, la formulazione letterale della richiamata disposizione non brilli per coerenza¹⁰, in buona sostanza, si affida alla contrattazione collettiva aziendale/territoriale, ancorché, mercé il riferimento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda (RSA/RSU) e le finalità proprie dell'istituto, porti a ritenere che detti accordi abbiano una trazione marcatamente "aziendale", la delimitazione di rimodulazione dell'orario di lavoro, la cui riduzione è da destinare a percorsi formativi che consentano ai lavoratori interessati (non necessariamente l'intera popolazione aziendale) di preservare o di acquisire professionalità "nuove" (da cui evidentemente la denominazione) necessarie per la ripartenza dopo la "stasi da COVID-19". Si badi, l'acquisizione di detta professionalità consente – almeno nelle intenzioni del legislatore – una ricollocazione più immediata sul mercato del lavoro, quindi non necessariamente da spendere presso il datore (ovvero realtà territoriale) che, con detto accordo, la promuove.

La misura è altresì importante se sol si pensa che il lungo periodo trascorso in cassa ovvero in "home working"¹¹ ha certamente contribuito a depauperare le conoscenze dei lavoratori, sicuramente con riguardo alle attività da rendere in sinergia con altri lavoratori. Inoltre, è necessario tener presente anche le nuove frontiere aperte dalla tecnologia che richiedono sempre più competenze "STEM"¹², necessarie per competere e collocarsi sul mercato sempre più globalizzato in cui l'Europa deve essere il propulsore.

Il costo per le ore di formazione, retributivo e contributivo, è posto a carico del neocostituito "Fondo Nuove Competenze" in seno all'ANPAL, braccio operativo del Ministero del Lavoro nell'ambito – in particolare – delle politiche attive.

La misura, peraltro, stante il "costo zero" per il datore, almeno sotto un profilo eminentemente di costo del lavoro, si caratterizza per essere anche una misura di politica passiva, destinata cioè ad alleviare le conseguenze pandemiche.

Invero, per il lavoratore, a differenza della cassa-covid, non vi è alcuna diminuzione della retribuzione e, parimenti, il datore è sgravato del relativo onere, compreso il costo contributivo/assistenziale¹³.

⁹ 200 milioni per l'anno 2020 e 300 per il 2021.

¹⁰ la contrattazione aziendale è sottoscritta direttamente dal singolo datore e, quindi, sotto tale aspetto appare non proprio coerente il richiamo alle "associazioni dei datori di lavoro".

¹¹ definizione che, stante lo scollamento con le finalità di coniugazione del *work-life balance* e di produttività proprie del lavoro agile, meglio si attaglia al "*lavoro agile pandemico*".

¹² L'acronimo STEM sta per Science, Technology, Engineering and Mathematics (in precedenza anche SMET) ed è utilizzato per indicare le discipline scientifico-tecnologiche (scienza, tecnologia, ingegneria e matematica) e i relativi corsi di studi.

¹³ L'Anpal, infatti, ha precisato che il Fondo nuove competenze rimborsa il costo, comprensivo dei contributi previdenziali ed assistenziali, delle ore di lavoro in riduzione destinate alla frequen-

La stessa, quindi, si aggiunge – senza sovrapporsi – alla cassa Covid-19, rappresentando, di tal guisa, la seconda (non meno importante) stampella su cui si regge il divieto di licenziamento. Infatti, ultimato il periodo di cassa¹⁴ ovvero in costanza di questa, la necessaria formazione dei dipendenti per la ripresa non graverà sul datore, consentendogli – peraltro – una più serena valutazione della rivisitazione/ricollocazione sul mercato del proprio business, preservando (o attingendo a nuovi) lavoratori con rinnovate, se non addirittura "nuove", professionalità.

Il comma 3 della citata disposizione rimetteva ad un successivo decreto interministeriale, Lavoro - Economia, la definizione dei criteri e delle modalità di applicazione delle misure e di utilizzo delle risorse.

3. Il Fondo Nuove Competenze: il decreto interministeriale del 9 ottobre 2020 e la disciplina ANPAL

Il primo decreto applicativo ha fatto ingresso nel nostro ordinamento positivo, tardivamente rispetto alla previsione normativa¹⁵, il 9 ottobre 2020, purtroppo in piena recrudescenza della seconda ondata del contagio da COVID-19.

Ciò, conseguentemente, ha ridotto notevolmente la "forza" della disposizione in ragione della più contingente e cogente necessità, dei datori, di gestire il dramma della (ri)chiusura (totale o parziale) delle attività.

Il decreto, coerentemente con il dato normativo, fissa(va) alla data del 31/12/2020 la dead line per la sottoscrizione dell'accordo e in 250 ore il tetto massimo usufruibile da ciascun lavoratore.

Sarà l'Anpal, con il successivo bando del 4 novembre 2020, a rendere attuabile la presentazione delle istanze e, tramite le FAQ, a dare risposte operative.

In particolare, è stato chiarito che la misura, non avendo carattere selettivo, non è un Aiuto di Stato, donde non si rende necessario alcuna preventiva autorizzazione da parte dell'UE, né la necessità che debba, con un atto interno, essere sussulta nei c.d. "Aiuti de minimis".

Quanto al contenuto dell'accordo, è stato specificato che esso deve ricomprendere:

- Le innovazioni organizzative, tecnologiche, di processo di prodotto o servizi in risposta alle mutate esigenze produttive dell'impresa;
- I fabbisogni del datore di lavoro in termini di nuove o maggiori competenze a seguito delle innova-

za di percorsi di sviluppo delle competenze da parte dei lavoratori (Cfr. "finalità e oggetto dell'intervento, bando del 4 novembre 2020, di cui *infra*).

¹⁴ anche per effetto dei meccanismi di "retrodatazione" e/o "assorbimento" introdotti dai provvedimenti legislativi della seconda metà del 2020 (DL 104/20 art. 1 e DL 137/20 art. 12).

¹⁵ l'art. 88 comma 3 del DL 34/2020 prevedeva, infatti, entro 60 gg, dalla data di entrata in vigore (*id.*: 19 maggio 2020 e, quindi, 18 luglio 2020)

zioni descritte;

- Adeguamento formativo necessario per qualificare e riqualificare il lavoratore in relazione ai fabbisogni individuali con eventuale conseguimento di qualificazione di almeno livello EQF 3 o 4;
- La previsione dei progetti formativi;
- Il numero di lavoratori coinvolti;
- Il numero delle ore dell'orario di lavoro da destinare a percorsi per sviluppo delle competenze.

Inoltre, il progetto formativo deve contenere:

- La individuazione delle competenze possedute dal lavoratore;
- La personalizzazione di percorsi coerente con gli standard professionali e di qualificazione definiti nell'ambito del Repertorio nazionale di cui all'art. 8 del d.lgs. 13/2013;
- Lo svolgimento delle attività formative;
- La durata;
- Il soggetto erogatore dell'ala formazione;
- La messa in trasparenza e attestazione delle competenze acquisite con i percorsi in conformità con le disposizioni della Regione o Provincia Autonoma secondo le qualifiche del d.lgs. 13/2013.

Viene, inoltre, previsto e chiarito che i lavoratori in cassa, anche in deroga, non possono essere interessati contemporaneamente alla cassa ed al Fondo. Devono preventivamente aver terminato la cassa, anche il giorno precedente, poi accedono al Fondo. Le prestazioni del fondo possono essere coeve alla cassa che però deve riguardare lavoratori differenti.

Un chiarimento fondamentale è quello contenuto nella faq n° 18 in base alla quale si precisa che gli accordi collettivi a livello aziendale possono essere sottoscritti, con efficacia *erga omnes*, anche da una sola organizzazione sindacale, sempre che essa sia maggiormente rappresentativa a livello aziendale.

La precisazione da concretezza – in questo il merito – alla evanescente formula, ormai abusata, della “maggiore rappresentatività a livello comparato”, evidenziando, ancora una volta, grazie al riferimento il carattere marcatamente aziendale della contrattazione collettiva *de qua*.

Quindi, legittimata attiva alla stipula è l'O.S. che detenga il maggior numero di iscritti in ambito aziendale, ovvero la sua RSA. Nessun dubbio, sulla valenza *erga omnes* del contratto aziendale sottoscritto, stante la naturale caratteristica del contratto (ancora una volta se ne afferma la trazione) aziendale a disciplinare i rapporti con tutti i lavoratori-con il solo limite del lavoratore iscritto alla O.S. che abbia palesato il proprio dissenso¹⁶, assumendo poca importanza l'indagine

¹⁶ non è sufficiente la mancata sottoscrizione del contratto aziendale, ma si rende necessario palesare *apertis verbis* il dissenso. L'orientamento granitico della Corte nomofilattica, infatti, considera “i contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i

ne sulla natura “gestionale” piuttosto che “normativa” di detti accordi¹⁷.

L'ANPAL, inoltre, precisa – al punto 6 del richiamato bando – che l'erogazione del contributo al datore sarà eseguita dall'Inps, su richiesta della stessa Agenzia, in due tranches:

- 70% a titolo di anticipazione, a seguito dell'approvazione dell'istanza del datore e/o cumulativa (come nei casi di gruppi societari ovvero da imprese che accedono su un conto di sistema di un Fondo Paritetico Interprofessionale o tramite il Fondo per la formazione e il sostegno al reddito dei lavoratori; la domanda è presentata dal Fondo in nome e per conto delle imprese aderenti);
- Il saldo (pari al 30%) a completamento delle attività di sviluppo delle competenze, previa presentazione dell'apposita istanza (denominata Modello Richiesta di saldo¹⁸), allegata al bando, nei successivi 40 giorni dalla conclusione dei percorsi di sviluppo delle competenze. Alla richiesta andrà allegata la documentazione comprovante le competenze acquisite, in uno all'elenco dei lavoratori coinvolti.

4. Il Fondo Nuove Competenze: il decreto interministeriale del 22 gennaio 2021

Con il recente decreto del 22.01.2021, registrato presso la Corte dei Conti lo scorso 12 febbraio 2021 al n° 268, è stato modificato – in parte – il precedente del 9 ottobre 2020 ed è stato sostanzialmente previsto e/o ribadito quanto segue:

- L'Accordo aziendale/territoriale va sottoscritto entro il 30 giugno 2021. Precedentemente, la data era fissata al 31 dicembre 2020. Detta novità conferisce una nuova *vis* allo strumento in questione, anche se il nuovo termine sembra troppo ottimistico rispetto alla reale ripartenza, anche se chi scrive – ovviamente – spera di sbagliarsi.
- Le domande debbono essere presentate entro il 30 giugno 2021 presso l'Anpal. A tale fine, l'Anpal, con decorrenza dallo scorso 18 gennaio, ha messo a disposizione uno specifico applicativo nella sezione «Servizi Attivi» con spid.

Detta modalità, pertanto, sostituisce l'invio tramite il dedicato indirizzo [pec fondonuovecompetenze@pec](mailto:fondonuovecompetenze@pec).

lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo” – *ex plurimis* Cassazione sentenza n° 26509 del 20 novembre 2020 (conformi 12272/2013, 6044/2012, 10353/2004)

¹⁷ Secondo la ripartizione della Corte costituzionale che, con la nota sentenza 268/94, differenzia i contratti non in base al livello di operatività, ma in base alla funzione esercitata, collocando in ambito separato soltanto i contratti “gestionali”, in quanto finalizzati a regolare singole vicende concrete connesse per lo più a situazioni di crisi e riorganizzazione aziendale.

¹⁸ Modello “A” laddove la richiedente sia un'impresa singola; Modello “B” laddove sia cumulativa.

*anpal.gov.it*¹⁹

- Viene confermato il numero di 250 ore annuali individuali (non c'è un numero massimo di lavoratori)
- Le attività di sviluppo delle competenze deve concludersi entro 90 gg (120 se con Fondi paritetici interprofessionali) dall'approvazione ANPAL.
- Quanto ai soggetti erogatori della formazione viene espressamente (ri)precisato che possono essere:
- Tutti gli enti accreditati a livello nazionale e regionale;
- Altri soggetti, anche privati, che, per statuto o istituzionalmente, svolgono attività di formazione (es. Università statali e non, Istituti di istruzione secondaria di secondo grado);
- Lo stesso datore, laddove abbia presentato domanda di contributo e sia previsto dall'accordo collettivo.

Con l'auspicio che presto si possa tornare alla tanto agognata normalità, il Fondo Nuove Competenze è – oggi – il grande strumento per farsi trovare preparati e più qualificati per il *post covid*, ricordandoci sempre che, come affermava Nelson Mandela, “l'istruzione e la formazione sono le armi più potenti che si possono utilizzare per cambiare il mondo”.

¹⁹ Resta, invece, confermato l'indirizzo pec *integrazionifondo-nuovecompetenze@pec.anpal.gov.it* da utilizzare per le attività di soccorso istruttorio (*id*: integrazioni documentali, richieste di chiarimenti, ecc).

Roberto Maniglio

Psicologo, Psicoterapeuta, Dottore di Ricerca in Criminologia, Professore Associato di Psicologia Clinica presso Universitas Mercatorum

Simona Marrella

Psicologo specializzato in Psicodiagnosi clinica e forense

Valutazione psicopatologico-forense del danno biologico di natura psichica da *mobbing*

abstract

Forensic professionals must be informed of psychological and psychopathological-forensic issues related to mobbing (work bullying), including methods for assessing and quantifying any damage, in order to qualify their intervention. Some mobbing situations may produce illness that presupposes a psychopathological-forensic evaluation. This disease can result in psychological damage, which is biological damage, i.e., damage-event that consists in the temporary or permanent impairment of the person's psycho-physical integrity such as to prevent some or many aspects of daily life. The correct psychopathological-forensic examination of a case of mobbing, with the relative analysis of the damage produced by mobbing actions, is of specialist competence (expert in criminology and forensic psychology and psychopathology) as it presupposes a correct clinical diagnosis and requires a careful assessment of the causal link, as well as the correct application of adequate evaluation criteria.

keywords

Mobbing – Work bullying – Forensic psychology – Forensic psychopathology.

abstract

È necessario che operatori del mondo forense siano informati delle problematiche psicologiche e psicopatologico-forensi in tema di mobbing, incluso i metodi di valutazione e quantificazione di eventuale danno, per poter qualificare il proprio intervento. Vi possono essere situazioni mobbizzanti che producono malattia che presuppone una valutazione di tipo psicopatologico-forense. Tale malattia può risultare in danno psichico, che è un danno biologico, ovvero un danno-evento che consiste nella menomazione, temporanea o permanente, dell'integrità psico-fisica della persona tale da impedire alcuni o molti aspetti della vita quotidiana. Il corretto esame psicopatologico-forense di un caso di mobbing, con la relativa analisi del danno prodotto da azioni mobbizzanti, è di competenza specialistica (esperto in criminologia e psicologia e psicopatologia forense) in quanto presuppone una corretta diagnosi clinica e richiede un attento accer-

tamento del nesso causale, nonché l'applicazione corretta di una adeguata criteriologia di valutazione.

parole chiave

Mobbing – Bullismo sul luogo di lavoro – psicologia forense – Psicopatologia forense.

sommario

1. Introduzione. – 2. Psicopatologia da *mobbing*. – 3. Valutazione psicopatologico-forense del danno psichico da *mobbing*.

1. Introduzione

Il contenzioso legato a casi di *mobbing* in ambito lavorativo e le relative richieste di risarcimento per danno biologico conseguente alle azioni mobbizzanti sono aumentati esponenzialmente nel corso degli ultimi vent'anni, coinvolgendo sempre più professionisti tanto dell'ambito forense, chiamati ad assistere una parte in giudizio, quanto di quello clinico, in particolare psichiatri e psicologi clinici chiamati in causa per le necessarie attività diagnostiche ed eventualmente officiati come consulenti di parte o d'Ufficio.

È, pertanto, necessario che operatori del mondo forense siano informati delle problematiche psicologiche e psicopatologico-forensi, incluso i metodi di valutazione e quantificazione di eventuale danno, per poter qualificare il proprio intervento.

Il termine “*mobbing*” si riferisce ad una forma di terrorismo psicologico attuato in ambito lavorativo attraverso atteggiamenti e comportamenti persecutori nei confronti di dipendenti (*mobbing* dall'altro), colleghi (*mobbing* orizzontale) o superiori (*mobbing* dal basso).

Le azioni mobbizzanti possono consistere in una serie di atti lesivi che possono essere esercitati in maniera continuativa e prolungata e che possono includere prepotenze, pressioni, persecuzioni e aggressioni.

Tali comportamenti possono essere talmente spiacevoli e ostili da produrre nella vittima problemi di natura fisica e/o psichica che possono essere caratteriz-

zati da significativa sintomatologia o da vere e proprie condizioni di invalidità psicofisica o sociale e lavorativa, che, in casi estremi, possono portare al suicidio¹.

2. Psicopatologia da *mobbing*

Gli studi condotti sul fenomeno segnalano per le vittime di *mobbing* la comparsa di evidenti disturbi a carico dell'apparato fisico e psichico, in particolare calo del tono dell'umore, alterazioni del sonno e disturbi di natura psicogena dell'apparato gastrointestinale, del sistema immunitario, del sistema ormonale, del sistema cardio-circolatorio e del sistema muscolo-scheletrico (Greco e Maniglio 2004).

Leyman² ha offerto un quadro delle sintomatologie riscontrate in soggetti mobbizzati, individuando conseguenze patologiche a carico di diversi livelli. A livello psicologico è possibile riscontrare difficoltà di concentrazione, disfunzioni della memoria, facilità ad irritarsi, depressione e avvillimento, generale irrequietezza, aggressività, mancanza di iniziativa ed apatia, senso di insicurezza, difficoltà ad addormentarsi, interruzioni del sonno, risveglio precoce. A livello psicosomatico sono evidenziabili sintomi tipici da stress, come incubi, dolori allo stomaco, diarrea, vomito, stanchezza, mancanza di appetito. A livello ormonale e del sistema nervoso autonomo si possono verificare dolore al petto, sudorazione intensa, secchezza delle fauci, palpitazioni, respiro affannoso. A livello muscolare è possibile andare incontro a dolori alla muscolatura della schiena, del collo e del sistema muscolare nella sua interezza, debolezza delle gambe o generale. A livello neurologico sono possibili svenimenti e tremori.

Per quanto riguarda nello specifico la sfera psicologica, lo stesso Leyman ha individuato una serie di potenziali cambiamenti permanenti della personalità ad almeno tre livelli. In primo luogo, cambiamenti di carattere prevalentemente ossessivo: atteggiamento ostile e sospettoso nei confronti dell'ambiente circostante; sensazione di costante nervosismo come se qualcuno fosse in costante pericolo; spinta incontrollabile a pensare al proprio destino in una maniera che eccede la tolleranza del mondo circostante e che porta all'isolamento e alla solitudine; ipersensibilità nei confronti delle ingiustizie, con costante ed obbligatoria identificazione nella sofferenza degli altri. In secondo luogo, cambiamenti di carattere prevalentemente depressivo: sensazione di vuoto e di mancanza di speranza; incapacità cronica di provare gioia durante gli eventi della vita quotidiana; costante rischio di abusare di psicofarmaci. In terzo luogo, cambiamenti con sintomi addizionali che indicano uno stato di rassegnazione della vittima: la persona si isola; non si sente parte della so-

cietà (effetti di alienazione); mostra un atteggiamento cinico verso tutto ciò che lo circonda.

Secondo il Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali nella sua quinta e più recente versione (DSM-5) elaborata dall'American Psychiatric Association³, in seguito ad esposizione continua alla fonte stressante, i sintomi potenzialmente causati da azioni mobbizzanti possono organizzarsi nei tre quadri sindromici principali che rappresentano le risposte psicopatologiche a situazioni esogene e che, pertanto, rientrano nella categoria dei cosiddetti "Disturbi correlati a eventi traumatici e stressanti", ovvero:

- Disturbo da stress post-traumatico;
- Disturbo da stress acuto;
- Disturbo dell'Adattamento.

Tra queste risposte psicopatologiche, quella più grave è rappresentata dal Disturbo da stress post-traumatico (a volte denominato anche "Disturbo post-traumatico da stress").

Tale disturbo, secondo il DSM-5, è caratterizzato dalla presenza di alcune condizioni particolari.

In primo luogo, la persona deve essere stata esposta ad episodi di morte reale o di minaccia di morte, di grave lesione, oppure di violenza sessuale.

In secondo luogo, successivamente all'evento traumatico, la persona deve aver iniziato a manifestare sintomi intrusivi associati all'evento traumatico, come ricordi o sogni ricorrenti e spiacevoli, *flashback* o intensa sofferenza psicofisica in occasione di situazioni o elementi che simboleggiano o assomigliano a qualche aspetto dell'evento traumatico.

In terzo luogo, la persona, successivamente all'evento traumatico, deve aver iniziato ad evitare ricordi, pensieri o sentimenti associati all'evento traumatico o persone, luoghi, attività, situazioni, ecc. che suscitano tali ricordi, pensieri o sentimenti.

In quarto luogo, la persona deve manifestare in maniera persistente alterazioni negative di pensieri ed emozioni associate all'evento traumatico, come incapacità di ricordare qualche aspetto importante dell'evento traumatico, sensi di colpa, paura, rabbia, vergogna, mancanza di interessi o emozioni o distacco verso gli altri.

In quinto luogo, la persona deve manifestare marcate alterazioni dell'*arousal* e della reattività associate all'evento traumatico, come irritabilità, esplosioni di rabbia, comportamento spericolato o autodistruttivo, ipervigilanza, esagerate risposte di allarme, problemi di concentrazione o difficoltà relative al sonno.

La durata delle alterazioni deve essere superiore ad un mese.

¹ Sull'argomento H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing e da straining*, Giuffrè, Milano, 2019.

² H. LEYMAN, *Mobbing at Work and Development of Post-Traumatic Stress Disorders*, in *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5 (2), 1996, pp. 251-257.

³ American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Fifth ed.)*, American Psychiatric Publishing, Arlington, VA, 2013. Trad. It.: *DSM 5 - Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (Quinta Edizione)*, Raffaello Cortina, Milano, 2014.

Una risposta meno grave è rappresentata dal Disturbo da stress acuto. Secondo il DSM-5, tale disturbo presenta moltissime analogie con il Disturbo da stress post-traumatico, in quanto ad esposizione a morte o minaccia di morte, grave lesione, o violenza sessuale, espressione di sintomi intrusivi associati all'evento traumatico, evitamento di ricordi, pensieri o sentimenti associati all'evento traumatico o persone, luoghi, attività, situazioni, ecc. che suscitano tali ricordi, pensieri o sentimenti, espressione di alterazioni negative di pensieri ed emozioni associati all'evento traumatico ed espressione di marcate alterazioni dell'arousal e della reattività associati all'evento traumatico.

La differenza sostanziale consiste nella durata del disturbo, che nel caso del Disturbo da stress acuto è inferiore ad un mese.

La gravità della risposta psicopatologica è inferiore nel Disturbo dell'adattamento.

Secondo il DSM-5, tale disturbo è caratterizzato dalla comparsa entro 3 mesi dall'evento stressante di sintomi emotivi o comportamentali non esistenti in precedenza e tali da comportare sofferenza emotiva talmente marcata da essere sproporzionata rispetto alla gravità o intensità dell'evento stressante, nonché tali da comportare compromissione significativa del funzionamento in ambito sociale, lavorativo o in altre importanti aree.

Il Disturbo dell'adattamento può essere caratterizzato dalla presenza, come sintomatologia predominante, di umore depresso, di ansia, di un misto di ansia e umore depresso, di alterazione prevalentemente della condotta o di alterazione sia dell'emotività sia della condotta.

La durata del disturbo può essere tanto inferiore ai 6 mesi quanto superiore ai 6 mesi, ma, una volta che l'evento stressante o le sue conseguenze sono superati, i sintomi non persistono per più di altri 6 mesi.

3. Valutazione psicopatologico-forense del danno psichico da *mobbing*

Rispetto alla valutazione psicopatologico-forense del danno biologico di natura psichica prodotto da un comportamento mobbizzante, sono doverose due premesse in ordine alla definizione di *danno da mobbing* e di *danno psichico*.

Il *mobbing* definisce due condizioni distinte⁴:

- a) il *mobbing* come *processo di vittimizzazione*, insieme di circostanze (situazioni mobbizzanti) che configurano un meccanismo patogenetico che può produrre disturbi clinicamente evidenti così come può arrestarsi prima di averli prodotti; in questa accezione il *mobbing* non è una malattia, ma un rischio lavorativo (di tipo "relazionale" o "interpersonale");

- b) il *mobbing* come *malattia* ("mal di mobbing" o "mobbing-malattia"), cioè l'effetto dell'esposizione a situazioni mobbizzanti, l'insieme dei disturbi che si sono prodotti con il meccanismo del *mobbing*; in questa accezione la diagnosi di *mobbing* ha valenza squisitamente psicopatologico-forense in quanto deriva direttamente dalla correlazione del quadro clinico con uno specifico momento causale lavorativo.

Da ciò deriva che vi possono essere situazioni mobbizzanti che non hanno prodotto malattia ed inoltre che la diagnosi di mal di *mobbing* (*mobbing* malattia) presuppone una valutazione di tipo psicopatologico-forense.

Per quanto riguarda il danno psichico, si tratta di un danno biologico, ovvero di un danno-evento che consiste nella menomazione, temporanea o permanente, dell'integrità psico-fisica della persona tale da impedire alcuni o molti aspetti della vita quotidiana; si differenzia dal danno-conseguenza che può essere a sua volta distinto in patrimoniale e morale (transeunte turbamento psicologico che affligge e disturba la vita quotidiana).

Il corretto esame psicopatologico-forense di un caso di *mobbing*, con la relativa analisi del danno prodotto da azioni mobbizzanti, è di competenza specialistica (psicologo clinico o psicoterapeuta, psichiatra, medico-legale adeguatamente formati in criminologia e psicologia e psicopatologia forense) in quanto presuppone una corretta diagnosi clinica e richiede un attento accertamento del nesso causale, nonché l'applicazione corretta di una adeguata criteriologia di valutazione⁵.

In pratica, l'esame psicopatologico-forense deve svilupparsi in tre tappe:

- 1) *diagnosi clinica* (corretto inquadramento e qualificazione diagnostica secondo criteri autorevoli e condivisi);
- 2) *valutazione psicopatologico-forense* (correlazione del quadro clinico con uno specifico momento causale lavorativo);
- 3) *quantificazione del danno*.

La *diagnosi clinica* deve comprendere il profilo qualitativo e quantitativo e deve scaturire da una metodologia consolidata e condivisa con riferimento, sollecitato, alle classificazioni internazionali ormai largamente seguite, in particolare il già citato Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali nella sua più recente versione (DSM-5).

L'*accertamento del nesso causale* è particolarmente complesso e problematico perché il danno psichico è sempre determinato dall'incontro di due fattori (l'e-

⁴ O. GRECO, A. IZZO, *Mobbing. Aspetti clinici e medico-legali*, Editrice Salentina, Galatina, 2001.

⁵ O. GRECO, R. MANIGLIO R., *Disturbo Post Traumatico da Stress da mobbing e danno biologico*, in *Psichiatria in Puglia e Basilicata*, n. X (15), 2004, pp. 52-55.

vento psicotraumatico e la personalità della parte lesa) entrambi connotati da caratteristiche di dinamicità (Greco e Maniglio, 2004).

Sono necessari l'accertamento e la considerazione dello stato anteriore perché il danno psichico ha eziologia multifattoriale, per cui il fatto illecito potrebbe essere solo uno dei tanti antecedenti causali⁶.

Lo stato anteriore non è causa ma condizione sulla quale commisurare il ruolo dell'evento (causa adeguata) in termini di peggioramento per l'alterazione dell'equilibrio pre-esistente (comparsa di disturbo psichico o aggravamento di disturbo pre-esistente).

In definitiva, si deve accertare la compatibilità patogenetica, sintomatologia soggettiva e semeiologica obbiettiva del quadro clinico rispetto ai comprovabili contenuti psico-traumatizzanti dell'evento medesimo.

Validato il nesso di causalità, la *quantificazione del danno* psichico risarcibile presuppone la stima del danno psichico permanente tabellare e il coefficiente di rilevanza dell'evento⁷.

La stima percentuale del danno biologico (psichico) permanente tabellare fa riferimento alla sua reale ed effettiva portata invalidante, indipendentemente dal tipo e dall'entità dell'evento; si ottiene individuando nelle tabelle di corrente uso la percentuale corrispondente al disturbo psichico accertato clinicamente.

Il coefficiente di rilevanza dell'evento riguarda la qualificazione/quantificazione della "carica patogena" dell'evento; si ottiene facendo riferimento ad appositi strumenti psicologici di misurazione dello stress, per esempio, "Social Readjustment Rating Scale"⁸.

Applicando il coefficiente così individuato si calcola il danno biologico (di natura psichica) effettivamente risarcibile.

⁶ R. DOMINICI, G. MONTESARCHIO, *Il danno psichico. Mobbing, bullying e wrongful life: uno strumento psicologico e legale per le nuove perizie e gli interventi preventivi nelle organizzazioni*, Franco Angeli, Milano, 2003.

⁷ Sull'argomento F. BUZZI, M. VANINI, *Guida alla valutazione psichiatrica e medico - legale del danno biologico di natura psichica*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁸ T. H. HOLMES, R. H. RAHE, *The Social Readjustment Rating Scale*, in *Journal of Psychosomatic Research*, 11 (2), 1967, pp. 213-218.

La pandemia nelle voci dal passato

abstract

The plagues in ancient times marked the decades in more regular manner than in the contemporary era. These were not too unusual phenomena. But the dismay and the social, economic and political upheavals weren't secondary or residual. The Antonine plague of 165 AD is considered one of the most serious calamities of the ancient era. Not only noted by writers and historians, it was also scientifically testified by Galen, father of medicine. Four centuries later, and no less devastating, was the so-called Justinian plague, widespread in October 541 AD from the Egyptian port of Pelisium into the Mediterranean reaching Constantinople. In the capital, the epidemic, documented by Procopius of Caesarea and John Bishop of Ephesus, raged for three years. This event conditioned the expansionist aims of the Eastern Roman Empire towards Italy (which at the time was occupied by the Goths), and North Africa (where the Vandals had settled). In the Eastern regions the epidemic played a key role in reducing the conflicting tensions between Persians and Byzantines. The plague had a strong demographic impact, affecting the possibility of enlistment and contributing to the customs revenue for the support of state and military expenses. Finally it affected economic resources (especially those deriving from agriculture), leading to inflation. Despite the different currents of interpretation on the actual impact of these epidemics, it is undeniable how much they radically changed the social structure of the Empire.

keywords

Plagues in Roman history – Plague during Byzantine empire – Social and economic effects.

abstract

Le pestilenze nell'antichità scandivano i decenni in maniera certamente più regolare rispetto l'era contemporanea. Erano fenomeni non troppo insoliti. Non per questo lo sgomento e gli sconvolgimenti sociali, economici e politici erano secondari o residuali. La peste antonina del 165 d.C. è considerata una delle più gravi dell'era antica. Annotata non solo dai letterati e dagli storici, fu testimoniata in maniera scientifica anche da Galeno, padre della medicina. Successiva di quattro secoli e non meno devastante la cosiddetta peste di Giustiniano. Diffusasi

nell'ottobre del 541 d.C. dal porto egiziano di Pelisium si propagò nel bacino del Mediterraneo arrivando a Costantinopoli. Nella capitale l'epidemia, documentata da Procopio di Cesarea e Giovanni Vescovo di Efeso, imperversò per tre anni. Questo evento condizionò le mire espansionistiche dell'Impero Romano d'Oriente verso l'Italia (che all'epoca era occupata dai Goti), e il Nord Africa (dove si erano stabiliti i Vandali), mentre nelle regioni orientali l'epidemia giocò un ruolo chiave nel ridurre le tensioni conflittuali tra Persiani e Bizantini. La peste ebbe un forte impatto demografico, incidendo sulla possibilità di arruolamento e contribuendo sugli introiti daziari per il sostentamento delle spese statali e militari. Infine influì sulle risorse economiche (specialmente su quelle derivanti dall'agricoltura), portando all'inflazione. Nonostante le diverse correnti di lettura sull'effettivo impatto di tali epidemie è innegabile quanto esse cambiarono radicalmente la struttura anche sociale dell'Impero.

parole chiave

La peste nella storia romana – La peste durante l'Impero Bizantino – Conseguenze sociali ed economiche.

sommario

Premessa. – 1. La peste antonina. – 2. La peste di Giustiniano.

Premessa

“Gli antichi hanno battezzato ‘peste’ un cataclisma fisico, politico e mentale che affligge l’insieme di una società. Questa malattia mortale inaugura l’Iliade di Omero, riappare nella Tebe di Eschilo, nell’Atene di Tucidide e nell’Italia di Lucrezio. Il Rinascimento, con Boccaccio, Margherita di Navarra e infine Shakespeare, la evoca di nuovo come elemento fondatore in cui la letteratura esplora nuovi modi di esistere e di resistere, mentre il vecchio universo crolla senza speranza di ritorno”¹. Il filosofo Glucksmann traduce l’accadimento ‘peste’ come una delle percosse con cui le società identificano una cesura temporale. Una pestilenza conduce sempre a un prima e a un dopo.

¹ A. GLUCKSMANN, *Corriere della sera*, 2 ottobre 2009, 44.

Le scienze umane, il diritto innanzitutto, che regola le tensioni umane, prima ancora che gli obiettivi sociali, non resta mai muto innanzi a questi terremoti civili. Nel presente assistiamo a una selva di leggi. Reazioni immediate sono predisposte dagli Stati, il diritto pubblico argina come una terapia politica le conseguenze – altre rispetto la malattia – che s’abbattono sui popoli. Nel passato constatiamo che non accadde diversamente, di certo con i mezzi, le visioni e le conoscenze proprie di quelle epoche.

Oggi come allora la pandemia rapidamente smette i panni di cronaca e indossa quelli di evento storico, che amalgama un’età che non potrà mai più essere obliata.

1. La peste antonina

Nell’antichità le pestilenze scandivano ciclicamente il tempo². Le popolazioni investite, di certo provate³, le avvertivano però come accadimenti tutt’altro che eccezionali. Anzi ascrivibili ai normali eventi che sarebbero abitualmente potuti occorrere in ogni generazione. Il concetto di prevenzione, di tutela sanitaria, l’istituzione stessa della quarantena⁴, erano ovviamente strumenti largamente sconosciuti, affidati più alle iniziative dei singoli (o alla speculazione dei ciarlantani⁵) che all’organizzazione statale. Le popolazioni si trovavano quindi massimamente disarmate contro un evento che sfuggiva da ogni tipo di controllo, e che anzi spesso veniva avvertito come punizione divina o manifestazione di una forza sovranaturale del tutto

² Ne abbiamo diversi riscontri nella Bibbia Num., 25:9 – Una pestilenza divina sterminò ventiquattromila persone; 2 Samuele, 24:15 – Dio mandò una pestilenza sulla città di Israele per punire Davide del suo peccato. Morirono settantamila innocenti. Ma anche nelle cronache mediterranee i Babilonesi veneravano Erra, divinità della pestilenza. Come anche storicizzata e studiata la peste di Atene del 430 a.C. ben raccontata da Tucidide (Tuc., storie, 2.47.54) che, sviluppatasi presumibilmente in Etiopia, si diffuse rapidamente attraverso le rotte nel Peloponneso, cagionando non solo morte, ma anche sconvolgimenti politici e sociali. La morte dello stesso Pericle per peste fu di certo un fenomeno che ebbe considerevole influenza sulle vicende greche e mediterranee in genere.

³ Spesso terrorizzata anche dall’esagerazione degli eventi che i cronisti dell’epoca ne facevano: cf. J. F. GILLIAM, *The Plague under Marcus Aurelius*, in *AJP* 82 (1961), 228 s.

⁴ Istituzionalizzata da Venezia solo nel XIV secolo.

⁵ A tal proposito è notevole la storia di Alessandro di Abunotico che autoproclamatosi erede di Podalirio (Luc., alex. 11), inventò e diffuse un culto simile a quello di Asclepio: il culto di Glicone. Il ciarlantano eresse addirittura un tempio e un oracolo nel quale compiva funzioni come indovino, traendo da queste *piece* (la divinità che dava l’impressione di muoversi era in realtà un grande burattino) una grande fortuna economica. Ma d’altronde lo stesso culto di Asclepio entrò prepotentemente in Roma in seguito alla peste del 295 a.C. La leggenda narra che per arginare la piaga i libri sibillini suggerirono di trarre una statua di Asclepio da Epidaurò, durante il trasporto della statua lungo il Tevere un serpente (animale sacro al Dio) scivolò dalla barca. Il rettile nuotò fino all’isola Tiberina che da quel giorno fu sacra per l’arte medica (Liv., 10.47; *periocliae* 11; Val. Max. 1.8,2; Ov., *met.* 15, 622 ss.).

irrefrenabile o addirittura salvifica⁶. Riteniamo possa essere di un certo interesse concentrarci in queste poche annotazioni su di un evento che investì la storia romana con un notevole fragore: la cosiddetta peste antonina.

Originatasi presumibilmente nel 165 d.C. intorno all’area di Smirne raggiunse Roma nel 168. Il primo contatto avvenne presumibilmente con il saccheggio di Seleucia da parte delle truppe di Lucio Vero, la città colpita dalla pestilenza fu di fatto teatro di una prima grande trasmissione tra i locali e le truppe. Secoli dopo gli eventi, Ammiano ebbe infatti a scrivere: *qua per duces Veri Caesaris, ut ante rettulimus, expulsata, avulsum sedibus simulacrum Comei Apollinis perlatumque Romam in aede Apollinis Palatini deorum antistites collocarunt. fertur autem quod post direptum hoc idem figmentum incensa civitate milites fanum scrutantes invenere foramen angustum, quo reserato, ut pretiosum aliquid invenirent, ex adyto quodam concluso a Chaldaeorum arcanis labes primordialis exiit, quae insanabilium vi concepta morborum eiusdem Veri Marcique Antonini temporibus ab ipsis Persarum finibus ad usque Rhenum et Gallias cuncta contagiis polluebat et mortibus.* (Amm. 23.6.24). Nel tempo di Marco Aurelio durante l’invasione e il saccheggio della città di Seleucia da parte di Vero i militari si trovarono a contatto con un’ampolla sigillata dai Caldei, che quando fu aperta emanò un morbo che in breve tempo s’espandeva dalla Persia alla Gallia.

Tralasciando la ricostruzione certamente fantasiosa fatta dallo storico, di certo possiamo salvarne la datazione⁷ e la descrizione dell’evento come di portata enorme⁸, che appunto come si legge, in breve tempo investì tutti i territori soggetti a Roma e che durò lungamente, tanto che nel 189 Dione Cassio ancora annotava che morivano di questa pestilenza almeno duemila persone ogni giorno a Roma.⁹

In questo scenario di immensa distruzione, di sfilacciamento sociale, e di continue interruzioni della catena gerarchica¹⁰, il mondo antico fu obbligato a riorganizzarsi rapidamente, con tutte le difficoltà di un sistema di comunicazioni che per quanto evoluto restava incommensurabile rispetto a quelli moderni,

⁶ Specialmente secondo la visione cristiana, ben rappresentata dalla celebre frase di Tertulliano riferita (anche) alle pestilenze: *revera lues et fames et bella et voragines civitatum pro remedio deputanda, tamquam tonsura insolescentis generis humani*, ossia rimedi contro la presenza eccessiva dell’essere umano. Tert., *de anim.* 30.4.

⁷ Confermata anche da D. GOUREITCH, *The Galenic Plague: a Breachdown of the Imperial Pathocoenosis. Pathocoenosis and long Durée*, in *Hist. Phil. Life Sci.* 27 (2005) 57ss.

⁸ Un frammento descrive l’evento come “una pestilenza senza nessun tipo di difesa” CIL II 6278 = ILS 5163, linea 1; cfr. R. P. DUNCAN-JONES, *Power and privilege in Roman Society*, Cambridge 2016, 74.

⁹ Dio. 72.14.3.4. Lo storico si presume si riferisse ad una nuova virulenza rispetto quella del 166, oggi la definiremmo ‘ondata’.

¹⁰ Lo stesso imperatore Marco Aurelio ne fu colto in forma letale.

di cui pure nei recenti eventi pandemici abbiamo avvertito le falle.

Galeno notissimo padre dell'arte medica si trovò ad essere contemporaneo agli eventi. In realtà abbandonò presto Roma per salvarsi¹¹, ritirandosi sin dal 166 a Pergamo. Ma ne descrisse dettagliatamente i sintomi, facendoci desumere che si trattò di una forma di vaiolo o di morbillo. La visione di Galeno ha reso la peste antonina una pietra miliare anche della storia della medicina: la prospettiva sugli eventi di un uomo di scienza, la sua preziosa testimonianza hanno infatti contribuito a storicizzare in maniera credibile un accadimento che raramente in precedenza era stato annotato con una profondità che non fosse quella meramente di cronaca storica. A Galeno interessava infatti più che descrivere gli effetti politici o sociali dell'epidemia, lasciare una traccia ai medici del futuro, dettagliando i sintomi biologici e gli eventuali trattamenti efficaci. Ci riporta in tal senso ad esempio che il malato era coperto di esantemi, facilmente tendenti ad ulcerarsi, lasciando croste e cicatrici; in altri casi ancora invece si era colpiti da dissenteria¹², sintomo comune una febbre altissima,¹³ o in altri casi tosse o da lesioni interne.¹⁴ In questo scenario si presuppone che la mortalità fosse intorno al 7/10% (nelle città e tra i militari – per maggiore densità – intorno al 13/15%).¹⁵

Gli effetti di una tale pestilenza furono chiaramente drammatici, innanzitutto perché Roma perdeva gran parte della forza lavoro: gli schiavi, come testimoniato dai racconti di Galeno ed Elio Aristide¹⁶. Tutti quei compiti riservati alla forza schiavile, dall'agricoltura alla produzione di beni, dai trasporti alla organizzazione dei commerci, subì un immediato iato. Un'interruzione drammatica che di certo si rivelò tragica sulla vita di tutti i giorni già gravemente provata dal morbo.

La dimensione di questo evento fu così seria proprio perché grazie alle testimonianze sui *servi* riusciamo a percepire oggi la gravità dell'evento. In genere gli schiavi raramente rientravano nelle descrizioni degli storici. Il fatto quindi che ne abbiamo avuto memoria rappresenta che i numeri furono talmente spropositati che non poterono essere ignorati. Le cause di questa decimazione degli schiavi – alla luce delle conoscenze scientifiche attuali – sono attribuibili più che alle condizioni medie di salute (che di certo influirono per la classe servile), alla densità abitative dei locali in cui gli schiavi vivevano ed allo strettissimo contatto nel quale

trascorrevano le giornate. È da rimarcare che solo una piccola parte degli schiavi nelle disponibilità di un signore venivano a contatto con la famiglia del *dominus*. La maggior parte invece trascorrevano una vita separata dalla famiglia dei proprietari e invece a strettissimo contatto con le altre famiglie di schiavi. Si creavano quindi focolai naturali, favorevoli ad una maggiore incidenza del morbo in quella classe.

Oltre la forza lavoro l'impatto fu esiziale anche sull'esercito¹⁷, che subì perdite tanto numerose da obbligare il reclutamento di schiavi, gladiatori, criminali e mercenari dalla Germania.¹⁸

Limitando ai due assi portanti di quella che era l'organizzazione statale dell'epoca, forza lavoro schiavile ed efficienza militare, non è peregrino pensare che la pestilenza rappresentò una crepa sostanziale nell'impianto non solo sociale, ma anche statale romano. D'altronde i dati sul crollo demografico (stime di circa il 20% della popolazione imperiale censita falciata) e cali significativi della produzione¹⁹ furono tanto più feroci rispetto alle pestilenze che pure si ebbero nei secoli successivi. Di fatto l'impero era struttura interconnessa ed interdipendente, e soprattutto funzionava, pur con tutti gli organismi delegati, in maniera centrale ed apicale. Si trattava quindi di un evento che colpiva un solo stato e non una miriade di stati più o meno grandi come nell'epoca medievale.

Come efficacemente annotato “lo spopolamento ebbe com'è ovvio effetti decisivi sulla produzione globale e dunque sulla possibilità di mantenere una struttura statale che, per quanto rudimentale, richiedeva dei costi comunque notevoli di gestione”²⁰. Non si sarà trattato di certo dell'inizio della fine, come pure qualche storico ha ipotizzato, ma senza dubbio operò anche nella memoria collettiva, sostenuta da quella storica e letteraria, una cesura, uno iato, rispetto al benessere in costante crescita che aveva caratterizzato almeno i tre secoli precedenti. In qualche modo, la peste antonina incrinò la visione di Roma come entità immortale e senza tempo soggetta solo alla tenacia della propria civiltà ed a quello slancio individualistico che fiaccato s'avviava al declino, assorbito oramai anche da un concetto universalistico cristiano in cui si era (nuovamente e solamente) in balia di entità altre ed impalpabili.

2. La peste di Giustiniano

La prima epidemia storicamente attribuibile al diffondersi del batterio *Yersinia pestis*²¹ avvenne durante

¹¹ V. NUTTON, *Avoiding distress*, in *Galen, Psychological writings*, a cura di N. Singer, Cambridge 2014, 43ss.

¹² Gal. *methodus medendi* 5.12.

¹³ Gal. *Comment. S in Hippocratis Libr. 3 Epidemiorum. Aph. 57.*

¹⁴ Gal. *methodus medendi* 5.12.

¹⁵ R. J. LITTMAN, M. L. LITTMAN, *Galen and the Antonine Plague*, in *The American Journal of Philology*, 94 (1973) 243ss.

¹⁶ Il retore colpito dalla peste annota che i primi ad essere infettati furono innanzitutto e in maggior parte gli schiavi, descrivendo nello specifico come anche nel suo caso i primi a contagiarsi furono i suoi servi (Elio Aristide 2.39.44).

¹⁷ M. Ant. 17.2.

¹⁸ R. DUNCAN - JONES, *The Antonine Plague Revisited in Arctos* 52 (2018) 41ss.; Hier. 206 Helm; Eutr. 8.2.2; Oros. 7.15.5.6; Hist. Aug. M. Ant, 21.6.

¹⁹ R. J. LITTMAN, M. L. LITTMAN, *Galen and the Antonine Plague* cit. 247.

²⁰ E. LO CASCIO (a cura di), *L'impatto della peste antonina*, Bari 2012, 3ss.

²¹ Il termine peste fu usato durante l'antichità genericamente per

l'Impero di Giustiniano, nello svolgersi delle guerre persiane e poi greco-gotiche, da Costantinopoli si propagò in diversi paesi del Mediterraneo.

Relativamente a tale epidemia, a differenza della "Peste Nera" che avrebbe colpito l'Europa e l'Asia nella metà del XIV secolo, le testimonianze materiali sono poche e la ricostruzione degli eventi è possibile soltanto grazie alle testimonianze di Procopio di Cesarea e Giovanni Vescovo di Efeso²² le quali, come tutte le fonti strettamente storico-letterarie, tuttavia lette con gli occhi dei moderni risultano non del tutto attendibili, spesso imprecise, talvolta fuorvianti.

La data convenzionale è il 541 d.C.: la peste bubbonica arrivò a *Pelusium* villaggio alle foci del Nilo, forse dall'Africa Centrale o dall'Etiopia. Da qui un'imbarcazione che risaliva il corso del fiume divenne il veicolo della tremenda infezione. Infatti prima dell'espansione arabo-islamica, che ebbe luogo soltanto nel secolo successivo, il Mar Rosso era frequentatissimo dai mercanti e, proprio nel porto di *Pelusium*, giungeva la maggior parte dei prodotti etiopi, quali oro e spezie, per essere poi trasportata lungo la via commerciale che giungeva a Costantinopoli²³. Dal villaggio, devastato dal morbo, il contagio proseguì verso la costa nordafricana e quella mediorientale. L'epidemia raggiunse Gaza e Alessandria, successivamente colpì la Siria e giunse nel porto di Costantinopoli.

Racconta Procopio: «Cominciò a diffondersi tra gli Egiziani che abitano a Pelusio. Poi si divise e si mosse da un lato verso Alessandria ed il resto dell'Egitto, e dall'altro verso la Palestina confinante con l'Egitto; da lì invase tutto il mondo, sempre movendosi in avanti e viaggiando nei momenti favorevoli. Sembrava, infatti, procedere secondo una regola e sostare per un periodo determinato in ogni regione, non danneggiando nessuno in modo superficiale, ma diffondendosi in ogni direzione fino ai confini del mondo, come se temesse che qualche piccola parte della terra le potesse sfuggire. Non tralasciò né un'isola, né una caverna, né una cima di montagna che fosse abitata da uomini: se evitava qualche regione, senza toccarne gli abitanti o sfio-

randoli appena, ancora in un secondo tempo tornò»²⁴.

Anche Giovanni Vescovo di Efeso sovviene per la ricostruzione della vicenda: arrivata a Costantinopoli, l'epidemia terrorizzò gli abitanti ai quali era già giunta la notizia di zone precedentemente colpite e si diffuse rapidamente (la città superava i 500.000 abitanti e tale densità abitativa rappresentò, di certo, elemento favorevole ad un rapido propagarsi della malattia).

Giovanni e Procopio concordano sull'altissimo tasso di mortalità).

L'epidemia imperversò a Bisanzio per quattro mesi, e la sua maggior virulenza infuriò per tre. All'inizio le morti furono poche più del solito, poi la mortalità conobbe un crescendo, quindi il numero dei morti raggiunse le cinquemila persone al giorno, poi divennero diecimila e in seguito anche di più²⁵.

Giovanni descrive l'isteria e la paura irrazionale che si diffusero nella sua città natale, Amida in Siria: «...gli abitanti attraversavano le strade defecando come galline o abbaiando come i cani; i bambini gironzolavano tra le tombe urlando e mordendosi tra di loro, emettendo gemiti simili al suono di trombe, e non ricordando la strada per casa, come se poi ci fosse qualcuno ad aspettarli. I più disperati invocavano gli Apostoli, convinti che coloro potessero salvarli, per poi rifugiarsi nelle chiese e morire, esausti, per la malattia»²⁶.

Con il crescente panico iniziò a instaurarsi nella popolazione anche l'idea che la pandemia non fosse altro che una punizione divina per i peccati compiuti. I ricchi e i libertini divennero – racconta lo storico – improvvisamente religiosi e smisero di vestire in modo ricercato, mentre le processioni per chiedere perdono al Signore si moltiplicavano in città e nelle campagne (almeno finché ci fu abbastanza gente per organizzare delle processioni). Si assistette anche al ritorno di credenze pagane quali presunti rimedi: chi faceva ricorso all'oniromanzia, chi a unguenti con ceneri provenienti dalle tombe dei santi preparati da sedicenti fattucchiere. Alcuni²⁷ hanno ben rammentato che nonostante il Concilio di Efeso del 431 avesse condannato le credenze millenaristiche sull'imminente fine del mondo, esse perdurarono nella mentalità della popolazione ritornando ad emergere al verificarsi di eventi catastrofici, quali appunto la peste del 541. Ciò è confermato anche dallo stesso Giovanni da Efeso, il quale racconta come in alcuni centri tra l'Egitto e la Palestina si assistette al ritorno al culto degli antichi dei, con la speranza di ottenere la fine dell'epidemia.

Procopio di Cesarea, dal canto suo, descrive in modo analitico e puntuale, non solo il generale clima di terrore, ma anche i sintomi della malattia. Testimo-

indicare diversi eventi epidemici causa di alta mortalità. Studi condotti negli anni settanta dall'Università di Tubinga in Germania e dalla MacMaster in Canada hanno reso possibile la ricostruzione del genoma della *Yersinia pestis* ritrovato nel DNA estratto dai resti di un uomo morto nel 570 d.C. nel sud della Germania. I ricercatori studiando il genoma hanno potuto tracciare l'origine e l'evoluzione del ceppo batterico. Tali evidenze scientifiche, unitamente con le testimonianze rappresentate dalle fonti letterarie, convergono nell'individuare nella peste di Giustiniano la prima epidemia di peste bubbonica. Prezioso, in tal senso, risulta il saggio di K. LESTER LITTLE, *Plague and End of Antiquity: The Pandemic of 541-750*, Cambridge 2006.

²² PROCOPIO DI CESAREA, *Le guerre: persiana, vandalica, gotica*, a cura di M. Craveri, Torino 1997; GIOVANNI DA EFESO *Storia Ecclesiastica*, a cura di F. Migliore, Roma 2001.

²³ D. NAPPO, *I porti romani nel Mar Rosso da Augusto al Tardoantico*, Napoli 2018.

²⁴ PROCOPIO DI CESAREA, *Le guerre cit.* 2.22.

²⁵ *IBIDEM*.

²⁶ GIOVANNI DA EFESO, *Storia cit.*

²⁷ In particolare R. PAURA, *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero cristiano e l'idea del Dio punitore*, in *Orbis Idearum*, 8 (2020) 41 ss.

nia lo sconcerto dei medici dell'epoca, i rimedi utilizzati e l'incapacità non solo di guarire i malati ma, anche, di evitare ulteriori contagi.

Il numero dei decessi fu tale che lo stesso Giustiniano, ammalatosi anch'egli, decise di intervenire dando mandato a Teodoro, suo referendario, relativamente alle modalità di sepoltura.

Anche di tali provvedimenti le uniche notizie provengono da Procopio. Vennero utilizzate le tombe private, scavate fosse comuni nelle zone limitrofe alla città, tolte le coperture delle torri delle fortificazioni di Sycae affinché potessero essere letteralmente riempite dai corpi senza vita. La situazione degenerò al punto tale che i morti vennero gettati sugli scogli affinché il mare li trasportasse via.

Nel marzo del 544 Giustiniano emanò la Novella 122, dalla lettura della quale si evince che nella città di Costantinopoli la pestilenza fosse terminata.

Le conseguenze demografiche della peste incisero sulle possibilità di arruolamento nelle legioni romane, si ridussero gli introiti daziari dedicati al sostegno delle spese statali e militari.

I tre anni dell'epidemia influirono in modo sostanziale anche sulle riserve economiche, specialmente su quelle derivanti dal lavoro dei campi lasciati ormai incolti. Inevitabile conseguenza fu l'inflazione.

Riguardo alla moneta aurea per eccellenza, il *solidus*, Procopio accusa il *Comes Sacrarum Largitionum* di averne ridotto le dimensioni al fine di risparmiare oro. Anche il *folles* subì lo stesso trattamento (nello stesso periodo)²⁸. Si tratta di un particolare rilevante, visto che la riforma di Anastasio aveva portato una stabilità monetaria che venne meno, improvvisamente, nel periodo in cui si manifestò la peste di Giustiniano. L'inevitabile diminuzione della forza lavoro comportò l'innalzamento dei prezzi e dei salari richiesti dalla manodopera. Giovanni di Efeso e Procopio raccontano come, approfittando del contagio, i monatti si fossero arricchiti esigendo pagamenti altissimi per i loro tristi servizi.

Nella citata Novella 122, emanata nel marzo del 544, Giustiniano condannava il comportamento degli artigiani, dei mercanti, degli agricoltori e dei marinai, i quali avevano iniziato a *duplicia atque triplicia pretia mercedesque contra veterem consuetudinem exigere*. Essi con il loro comportamento avevano offeso la clemenza di Dio poiché avevano ceduto alla cupidigia proprio in anni così difficili. L'imperatore sanciva il ritorno ai compensi previsti prima della pandemia affinché la

crisi economica e l'inflazione potesse rientrare e affidò al *praefectus urbis* il compito di controllare le diverse categorie commerciali prevedendo, per i disobbedienti, l'applicazione di una pena pecuniaria.

Il morbo influì anche sull'operazione di consolidamento dell'influenza dell'Impero Romano d'Oriente su alcuni paesi occidentali (come l'Italia ed il Nord Africa) e coadiuvò lo sviluppo e il rafforzamento di numerosi regni Romano-Barbarici.

Giustiniano, deciso a scacciare dall'Italia i Goti, dopo la vittoriosa campagna d'Africa che aveva segnato la definitiva sconfitta dei Vandali, vide gli eventi bellici della guerra gotica (535-553) condizionati negativamente, infatti gli Ostrogoti di Teodorico, durante la crisi dovuta alla peste, riuscirono a contrastare le forze stremate di Giustiniano. I Bizantini vinsero comunque ma il drastico calo della popolazione provocò uno stato di abbandono proprio di quei territori appena riconquistati, che presto vennero invasi dai Longobardi.

Relativamente al rapporto tra la peste di Giustiniano e i mutamenti che si ebbero nelle società mediterranee nel corso del VI sec e successivi si possono enucleare due diversi filoni di lettura. Il primo ne sottovaluta l'incidenza²⁹, asserendo che i traffici commerciali rimasero uguali. Si tratta tuttavia di affermazioni che appaiono smentite dalle fonti, come visto. L'altro filone storiografico attribuisce all'epidemia un grande peso per le sorti di Costantinopoli fra il sesto e l'ottavo secolo³⁰.

Anche l'effettivo impatto demografico è stato oggetto di approfondite indagini, alle quali hanno contribuito discipline quali la paleoclimatologia, l'epidemiologia e la genetica.

Hollingsworth nella sua *Historical Demography*³¹, utilizzando un modello matematico, ha concluso che verosimilmente su una popolazione a Costantinopoli di 508.000 abitanti ne perirono circa 244.000. Affermazione peraltro contraddetta da altri studiosi³² secondo i quali per la limitata estensione del flagello il numero delle vittime fu decisamente inferiore rispetto a quello che si sarebbe avuta con la peste del XIV secolo.

A prescindere dalle diverse conclusioni è indubitabile che la peste di Giustiniano debba essere considerata quale evento che indiscutibilmente incise profondamente sugli aspetti culturali, sociali e politici dei secoli successivi, foriero di cambiamenti che influenzarono anche i primi secoli del Medioevo.

²⁸ Ciò viene confermato da D. M. METCALF nel suo *Metrology of Justinian's Follis* (ristampato in *Numismatic chronicle six series*, volume 20, Londra 1960), il quale rileva una diminuzione del bronzo nel *folles* attorno al 23% fra il 538 e il 551.

Un altro studioso di monetazione bizantina, Hahn, ha confermato l'analisi di Metcalf, aggiungendo che il rapporto di cambio fra *folles* e *solidus* passò dai 210 per 1 solido nel 538-542 a 180 nel 542-550.

²⁹ Importante testimonianza di questo primo filone è sicuramente il saggio di M. WHITTOW, *The Making of Orthodox Byzantium 600-1025*, Londra 1996.

³⁰ Come sostenuto, in particolare, da J. C. RUSSEL, *The Earlier Plague*, in *Demography* 5 (1968) 174 ss.

³¹ T.H. HOLLINGSWORTH, *Historical Demography*, Itacha 1969.

³² J.N. BIRABEN, J. LE GOFF, *La peste dans le haut Moyen âge*, Parigi 1969; R. Bianucci, *La peste: approcci storici e biologici*, Tesi di Dottorato in Scienze antropologiche, Università di Firenze 2007.

Alessandra Commendatore
Avvocato

Sull'assegno divorzile: la revoca nei casi di comprovata convivenza dell'ex coniuge.

Nota Cass., sez. VI - 1, 16.10.2020, ord. n. 22604

abstract

The Court of Cassation has established that the maintenance allowance is not due when the spouse has established a new sentimental relationship with continuity and stability, which on the basis of the investigation carried out is multi-year, consolidated, formalized, of daily attendance and endowed with more or less long periods of full and effective coexistence.

keywords

Spousal support – Domestic partnership – Unmarried couples.

abstract

La corte di Cassazione ha stabilito che l'assegno di mantenimento non risulta dovuto quando il coniuge abbia instaurato una nuova relazione sentimentale caratterizzata da continuità e stabilità, che sulla base dell'istruttoria espletata risulti come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza.

parole chiave

Assegno divorzile – Convivenza more uxorio – famiglia di fatto.

Assegno divorzile – Revoca nei casi di comprovata convivenza dell'ex coniuge

La corte di Cassazione ha stabilito che l'assegno di mantenimento non risulta dovuto quando il coniuge abbia instaurato una nuova relazione sentimentale caratterizzata da continuità e stabilità.

Cass. civ., sez. VI - 1, 16.10.2020, ord. n. 22604

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La Corte d'appello di Reggio Calabria, con sen-

tenza n. 269/2018 depositata il 26-4-2018, in parziale accoglimento dell'appello principale proposto da I.G. e in parziale riforma della sentenza impugnata, ha posto a carico di S.D. l'obbligo di corrispondere alla I., ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, un assegno mensile di euro 400, da corrispondersi entro i primi cinque giorni di ogni mese e annualmente rivalutabile

secondo gli indici Istat. La Corte territoriale ha inoltre dichiarato inammissibile l'appello incidentale di S.D., diretto ad ottenere la revoca dell'assegnazione della casa coniugale alla I., ed ha compensato integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado.

2. Avverso detta sentenza S.D. propone ricorso per cassazione affidato a due motivi, a cui resiste con controricorso la I., proponendo ricorso incidentale affidato ad un solo motivo. La controricorrente ha depositato memoria illustrativa.

3. Con il primo motivo di ricorso principale il ricorrente lamenta la "Violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4". Denuncia l'assenza o apparenza, nonché l'illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, per avere la Corte territoriale, pur esaminando lo stesso materiale probatorio del Tribunale, espresso un convincimento opposto, in ordine alla sussistenza dei connotati di stabilità e continuità della convivenza more uxorio tra l'ex moglie e il sig. M., senza spiegarne le ragioni fattuali e giuridiche e operando mero e apodittico richiamo alla giurisprudenza di questa Corte in tema di rilevanza della cd. famiglia di fatto.

3.1. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la "Violazione o falsa applicazione dell'art. 2 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3". Lamenta che la Corte territoriale abbia errato nel qualificare la fattispecie giuridica della famiglia di fatto, richiama la giurisprudenza di questa Corte sul tema e deduce che i presupposti fattuali accertati dai Giudici di merito erano da ritenersi sufficienti ad integrare le connotazioni

di stabilità e continuità caratterizzanti la famiglia di fatto. Richiama le risultanze probatorie e soprattutto la testimonianza del sig. M., con cui la I. aveva instaurato la relazione sentimentale, dalla quale era emersa l'assunzione, da parte di questi ultimi, di impegni reciproci di assistenza morale e materiale.

4. Con unico articolato motivo di ricorso incidentale la controricorrente censura la sentenza impugnata per errore di diritto, avendo la Corte d'appello ritenuto di ripristinare l'assegno di mantenimento in suo favore nell'importo di euro 400, in luogo di quello di Euro 700 stabilito nella sentenza di separazione. Deduce la controricorrente di non avere alcun reddito ed inoltre non era stata dimostrata dall'ex marito la stabilità e continuità della sua relazione con l'altro uomo, né la condivisione delle spese con quest'ultimo. L'esiguità del suddetto importo, ad avviso della controricorrente, non le consente di far fronte neppure all'acquisto di beni di prima necessità.

5. Il primo motivo di ricorso principale è fondato.

5.1. Ricorre, nella specie, il vizio di motivazione denunciato con riferimento all'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, ed all'art. 111 Cost., che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sussiste quando la pronuncia riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento.

La Corte d'appello, dopo aver richiamato la giurisprudenza di questa Corte in tema di famiglia di fatto, ha dato atto che era stato provato il rapporto sentimentale pluriennale e consolidato tra la I. e il sig. M., pure caratterizzato da ufficialità, nonché fondato sulla quotidiana frequentazione con periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza, così ricostruendo la vicenda fattuale di rilevanza in modo conforme a quanto accertato dal Tribunale, secondo cui i suddetti fatti integravano in concreto la fattispecie della cd. famiglia di fatto. La Corte territoriale ha, invece, ritenuto che quella relazione non potesse "per ciò solo dirsi connotata da quei caratteri di continuità e stabilità che probabilmente rappresenterebbero il primo stadio necessario, ma- come detto- nemmeno sufficiente, per ipotizzare la creazione tra gli stessi di quella nuova famiglia di fatto secondo il valore ed il significato attribuiti al concetto dalla migliore giurisprudenza sopra detta" (pag. n. 6 della sentenza impugnata).

Il suddetto percorso argomentativo, che è l'unico esplicitato nella sentenza impugnata a fondamento della mancata condivisione dell'opposta conclusione a cui era pervenuto il Giudice di primo grado, non consente di individuare in che modo e su quali basi si sia formato il convincimento della Corte d'appello, in assenza di richiami ad elementi fattuali idonei a giustificare le ragioni della ritenuta assenza di continuità e stabilità della relazione sentimentale, pur ricostruita dalla stessa Corte territoriale, in base all'istruttoria

espletata in primo grado, come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza.

Neppure consente di rendere percepibile il ragionamento seguito l'apodittico riferimento al concetto di famiglia di fatto in base alla giurisprudenza di questa Corte, in mancanza di ulteriori adeguate indicazioni fattuali rispetto a quelle di cui si è detto.

A ciò si aggiunga il profilo di contraddittorietà che si rinviene nel successivo passaggio motivazionale della sentenza impugnata, concernente la quantificazione del contributo di mantenimento (pag. n. 8 sentenza), nella parte in cui è affermato che "la I. ha pure dato vita ad una nuova stabile e consolidata relazione affettiva con un nuovo compagno". All'evidenza detto ultimo assunto si pone in irriducibile contrasto con quello precedente di cui si è detto, con il quale era stata, invece, esclusa la sussistenza, nel caso concreto, delle connotazioni di stabilità e continuità di quella relazione. Ricorre, pertanto, nella specie l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, il vizio risulta dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali, e la motivazione non raggiunge il "minimo costituzionale" (cfr. Cass. S.U. n. 8053/2014 e successive conformi).

6. In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso principale, restando assorbiti sia il secondo motivo di ricorso principale, sia il motivo di ricorso incidentale, la sentenza impugnata va cassata nei limiti del motivo accolto e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Reggio Calabria, in diversa composizione, anche per la decisione sulle spese di lite del giudizio di legittimità.

Va disposto che in caso di diffusione della presente ordinanza siano omesse le generalità delle parti e dei soggetti in essa menzionati, a norma del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

1. L'esposizione delle ragioni di fatto. – 2. I principi di diritto

1. L'esposizione delle ragioni di fatto

La Corte d'appello di Reggio Calabria, accogliendo parzialmente l'appello proposto in via principale da I.G. e in riforma della sentenza impugnata, aveva posto a carico di S.D. l'obbligo di corrispondere ad I., ai sensi della legge n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, un

assegno mensile di 400 euro, da versare entro i primi cinque giorni di ogni mese e rivalutabile ogni anno. La Corte d'appello aveva inoltre dichiarato inammissibile l'appello incidentale di S.D., volto a ottenere la revoca dell'assegnazione della casa coniugale alla I., compensando integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i giudizi.

Contro la sentenza del secondo grado di giudizio, S.D. ha proposto ricorso per cassazione con due motivi, al quale ha resistito con controricorso I., proponendo ricorso incidentale con ad un solo motivo. La controricorrente ha depositato memoria illustrativa.

Con il primo motivo di ricorso principale il ricorrente contestava la "violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4". denunciava l'assenza, l'illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, per avere espresso, l'Appello, un convincimento opposto, in ordine alla sussistenza dei connotati di stabilità e continuità della convivenza *more uxorio* tra la signora I. e il signor M., senza spiegarne le ragioni fattuali e giuridiche e operando un richiamo apodittico alla giurisprudenza di legittimità, in materia di famiglia di fatto.

Con il secondo motivo il ricorrente contestava la "violazione o falsa applicazione dell'articolo 2 Cost., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3". Nello specifico, contestava che la Corte d'appello avesse errato nel qualificare la fattispecie giuridica della famiglia di fatto, richiamando la giurisprudenza di legittimità sul tema e deducendo che i fatti accertati dal Merito fossero da ritenersi sufficienti a integrare le connotazioni di stabilità e continuità caratterizzanti la famiglia di fatto. Richiamava le risultanze probatorie e, nello specifico, la testimonianza del signor M., con cui I. aveva instaurato la relazione sentimentale, dalla quale era emersa l'assunzione, da parte di questi ultimi, di impegni reciproci di assistenza morale e materiale.

Con un unico motivo di ricorso incidentale la controricorrente censurava la sentenza impugnata per errore di diritto, avendo la Corte d'appello ritenuto di ripristinare l'assegno di mantenimento in suo favore nell'importo di 400 euro, in luogo di quello di 700 euro stabilito nella sentenza di separazione. Deduceva la controricorrente di non avere alcun reddito e, inoltre, non era stata dimostrata dall'ex marito la stabilità e continuità della sua relazione con l'altro uomo, né la condivisione delle spese con quest'ultimo. L'esiguità del suddetto importo, ad avviso della controricorrente, non le consentiva di far fronte neanche all'acquisto dei beni di prima necessità.

La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 22604/2020 accoglieva il primo motivo del ricorso, dichiarando assorbito il secondo e quello incidentale.

2. I principi di diritto

La Cassazione aveva rilevato la contraddittorietà

della motivazione della sentenza della Corte territoriale, giacché la stessa, pur ritenendo provato il legame sentimentale consolidato della ex moglie con il nuovo compagno ha poi sostenuto che «quella relazione non potesse per ciò dirsi connotata da quei caratteri di continuità e stabilità che probabilmente rappresenterebbero il primo stadio necessario, ma – come detto – nemmeno sufficiente, per ipotizzare la creazione tra gli stessi di quella nuova famiglia di fatto secondo il valore ed il significato attribuiti al concetto dalla migliore giurisprudenza sopra detta».

La Corte territoriale non aveva richiamato alcun elemento di fatto volto a giustificare le ragioni della ritenuta assenza di stabilità e continuità della convivenza, la quale avrebbe potuto legittimare la revoca dell'assegno divorzile. Da qui il rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione anche per statuire sulle spese di lite.

La Suprema Corte rinviene un profilo di contraddittorietà in uno dei passaggi illustrati nella motivazione della sentenza impugnata, quella riguardante la quantificazione del contributo di mantenimento. Nella parte in cui è affermato che «la I. ha pure dato vita ad una nuova stabile e consolidata relazione affettiva con un nuovo compagno». All'evidenza, questo assunto si pone in profondo contrasto con quello precedentemente esposto, con il quale era stata, invece, esclusa la sussistenza delle connotazioni di stabilità e continuità di quella relazione. Ricorre, pertanto, nella specie una palese anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé. Il vizio risulta dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali, e la motivazione non raggiunge il "minimo costituzionale".

Ora, dopo aver illustrato le argomentazioni di diritto attinenti all'accoglimento parziale dei motivi espressi in ricorso, si compia una analisi in materia di assegno divorzile e sulla opportunità a percepire un assegno divorzile qualora il divorziato abbia già instaurato una relazione affettiva, stabile e continuativa.

Innanzitutto, l'assegno divorzile costituisce un importo corrisposto periodicamente da un coniuge all'altro in caso di divorzio, nella ipotesi in cui tale soggetto sia privo di mezzi sufficienti oppure non versi nella condizione di poterseli procurare, per motivi oggettivi.

Alla luce dell'articolo 5 della legge 898/1970 (legge sul divorzio), l'ammontare dell'assegno divorzile viene fissato nel momento in cui viene pronunciata la sentenza di divorzio.

Orbene, da qualche decennio, si assiste alla manifestazione di una diversificazione di modelli familiari e alla molteplicità di rapporti personali che possono instaurarsi dopo la rottura della coppia coniugale; acquista particolare importanza il caso in cui il coniuge titolare di un assegno di mantenimento o percettore di

un assegno divorzile, instauri una convivenza di fatto. Si è imposta, così facendo, l'esigenza di comprendere se l'instaurazione di una nuova convivenza influisca o meno sul diritto a percepire l'assegno divorzile e con quali presupposti.

Non assume alcuna rilevanza il caso della semplice coabitazione; infatti, elemento dirimente è esclusivamente la qualificazione della convivenza fra due persone, come stabile, continuativa e comprensiva di un progetto di vita da realizzare in comune¹.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione affronta la questione, arrivando alla elaborazione di un principio di diritto che si impone come l'approdo di un percorso dottrinale e giurisprudenziale avviato a partire dagli anni '90, e volto ad attribuire alla convivenza *more uxorio* sempre più ampi risvolti che si ripercuotono sull'accertamento dei presupposti per riconoscere o meno l'assegno divorzile tra gli ex coniugi.

La moglie soccombente in secondo grado aveva proposto con ricorso in Cassazione, un motivo concernente la violazione dell'articolo 5, legge n. 898/1970, in relazione all'articolo 360, n. 3, del codice di rito.

Si premetta che, da un punto di vista legislativo, la sola previsione di una causa di esclusione, si riferisce proprio all'assegno divorzile ed è costituita dalla trascrizione dell'atto di matrimonio da parte dell'ex coniuge beneficiario (si legga l'articolo 5, comma 10, l. n. 898/1970).

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si è espressa con pronunce volte a riconoscere l'incidenza della convivenza sull'assegno divorzile e, negli anni, si è consolidato l'indirizzo secondo cui i vantaggi di ordine economico per il coniuge divorziato, derivanti da una perdurante convivenza, non possono essere ritenuti irrilevanti ai fini di una valutazione circa la sussistenza dei mezzi necessari per mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimoni².

¹ App. Roma, 11 settembre 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 1001, in *Dir. Famiglia*, 1996, 1001, la cui massima: «Qualora un coniuge divorziato, dotato di una autonomia economica da lavoro, ma avente diritto all'assegno di divorzio liquidatogli dal tribunale, abbia stabilmente a convivere con un "partner" anch'egli dotato di autonomia economica, dando così vita ad un nucleo concubinario, stabile e consolidato, dalle tutt'altro che trascurabili risorse finanziarie, l'obbligo di versare l'assegno divorzile entra in quiescenza ed il correlativo diritto non è quindi esercitabile contro l'ex coniuge debitore dell'assegno stesso».

² Cass. civ., sez. I, 24 novembre 1999, n. 13053; Cass. civ., sez. I, 2 giugno 2000, n. 7328; Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2002, n. 13060; Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2004, n. 12557, in *Gius.*, 2004, 4146, la cui massima: «In assenza di un nuovo matrimonio, il diritto all'assegno di divorzio, in linea di principio, di per sé permane, nella misura stabilita dalla sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche se il suo titolare instauri una convivenza *more uxorio* con altra persona, salvo che sussistano i presupposti per la revisione dell'assegno, secondo il principio generale posto dall'art. 9, primo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74: e cioè che sia data la prova, da parte dell'ex coniuge onerato, che tale convivenza ha determinato un muta-

È meritevole di attenzione una pronuncia con la quale la Corte di Cassazione³ ha sostenuto per la prima volta che la consolidata e continuativa convivenza rappresenta una formazione sociale rilevante giuridicamente non solo sotto il profilo economico, ma anche

mento in melius pur se non assistito da garanzie giuridiche di stabilità, ma di fatto adeguatamente consolidato e protraendosi nel tempo - delle condizioni economiche dell'avente diritto, a seguito di un contributo al suo mantenimento da parte del convivente, o quanto meno di risparmi di spesa derivatigli dalla convivenza. La relativa prova, pertanto, non può essere limitata a quella della mera instaurazione e del permanere di una convivenza *more uxorio* dell'avente diritto con altra persona, essendo detta convivenza di per sé neutra ai fini del miglioramento delle condizioni economiche del titolare, potendo essere instaurata con persona priva di redditi e patrimonio, e dovendo l'incidenza economica di detta convivenza essere valutata in relazione al complesso delle circostanze che la caratterizzano. Detta dimostrazione del mutamento in melius delle condizioni economiche dell'avente diritto può essere data dall'onerato con ogni mezzo di prova, anche presuntiva, soprattutto con riferimento ai redditi e al tenore di vita della persona con la quale il titolare dell'assegno convive, i quali possono fare presumere, secondo il prudente apprezzamento del giudice, che dalla convivenza *more uxorio* il titolare dell'assegno tragga benefici economici idonei a giustificare la revisione dell'assegno: benefici che, tuttavia, avendo natura intrinsecamente precaria, debbono ritenersi limitatamente incidenti su quella parte dell'assegno di divorzio che, in relazione alle condizioni economiche dell'avente diritto, sono destinati ad assicurargli quelle condizioni minime di autonomia economica giuridicamente garantita che l'art. 5 della legge sul divorzio ha inteso tutelare e l'art. 9 della stessa non ha inteso sottrarre al titolare dell'assegno, finché questi non contragga un nuovo matrimonio». Fra gli Autori, G. DOSI, *Convivenza di fatto e assegno di divorzio*, in *www.lessicodidirittofamiglia.com*; M. ROSSI, *L'incidenza delle convivenze more uxorio da parte del coniuge richiedente l'assegno di mantenimento con un terzo*, in *Gli aspetti patrimoniali della famiglia* (a cura di G. OBERTO), Padova, 2011, 911.

³ Cass. civ., sez. I, 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it.*, 2004, 1601, con nota di A. MANZO, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 195, la cui massima: «Il sesto comma dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970 non definisce ulteriormente il concetto di "adeguatezza" dei mezzi, in difetto della quale e nel concorso dell'ulteriore requisito dell'impossibilità di procurarsi per ragioni obiettive, scattano i presupposti della spettanza dell'assegno divorzile, ma anzi lascia volutamente suscettibili di differenziazione i parametri concreti di valutazione di tale "adeguatezza", in ragione della variegata possibile evoluzione delle scelte esistenziali degli ex coniugi nella fase successiva alla separazione. Fra i fattori capaci di incidere su tale nozione di "adeguatezza" è suscettibile di acquisire rilievo anche la eventuale convivenza "more uxorio", la quale, quando si caratterizzi per i connotati della stabilità, continuità e regolarità tanto da venire ad assumere i connotati della cosiddetta "famiglia di fatto" (caratterizzata, in quanto tale, dalla libera e stabile condivisione di valori e dei modelli di vita, in essi compresi anche quello economico) fa sì che la valutazione di una tale "adeguatezza" non possa non registrare una tale evoluzione esistenziale, recidendo - finché duri tale convivenza (e ferma rimanendo in questo caso la perdurante rilevanza del solo eventuale stato di bisogno in sé ove "non compensato" all'interno della convivenza) - ogni plausibile connessione con il tenore e con il modello di vita economici caratterizzanti la pregressa fase di convivenza coniugale, ed escludendo - con ciò stesso - ogni presupposto per il riconoscimento, in concreto, dell'assegno divorzile fondato sulla conservazione degli stessi».

da un punto di vista ontologico, spezzando ogni legame con il modello familiare originato dal matrimonio e, con ciò, la stessa condizione posta a fondamento del riconoscimento dell'assegno divorzile. Così facendo, la famiglia di fatto incide sull'*an* e non solo sulla sola quantificazione dell'obbligazione originata con la disposizione dell'assegno divorzile.

Tale indirizzo è stato sviluppato in una successiva pronuncia di legittimità, in cui è stato precisato che la convivenza *more uxorio*, pur facendo venir meno il rapporto di continuità con il precedente modello di vita matrimoniale, non lo interrompe in modo definitivo, ma determina solo uno stato di quiescenza del diritto all'assegno, con la conseguenza che, all'eventuale venire meno del beneficio economico derivante dalla nuova convivenza, sia conseguibile il ripristino dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile⁴.

Successivamente, la Suprema Corte ha elaborato un diverso indirizzo e, accogliendo un'interpretazione estensiva dell'articolo 5, comma 10, l. n. 898/1970 (con riferimento al nuovo matrimonio del beneficiario dell'assegno), ha sostenuto che l'instaurazione di una convivenza da parte dell'ex coniuge avrebbe comportato non soltanto una mera quiescenza dell'obbligo di mantenimento, quanto piuttosto la cessazione delle condizioni per la ammissibilità dell'assegno divorzile⁵. Questo indirizzo si basa sull'impostazione che l'origine di una nuova famiglia sia svincolato dalla istituzione matrimoniale ed è manifestazione di una

⁴ Cass. civ. Sez. I, 11 agosto 2011, n. 17195, in cui si è sostenuto che «È vero che giurisprudenza consolidata di questa Corte (tra le altre, da ultimo, Cass. n. 23968/2010) afferma che la mera convivenza del coniuge con altra persona non incide di per sé direttamente sull'assegno di mantenimento. E tuttavia, ove tale convivenza assuma i connotati di stabilità e continuità, e i conviventi elaborino un progetto ed un modello di vita in comune [...] A quel punto il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei partner non può che venir meno di fronte: all'esistenza di una famiglia, ancorché di fatto. Si rescinde così ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile, fondato sulla conservazione di esso (v. s.u. 2 punto Cass. 2003 n. 11975). È evidente, peraltro, che non vi è né identità, né analogia tra il nuovo matrimonio del coniuge divorziato, che fa automaticamente cessare il suo diritto all'assegno, e la fattispecie in esame, che necessita di un accertamento e di una pronuncia giurisdizionale. Come talora questa Corte ha precisato (al riguardo, tra le altre, Cass. n. 3503/1998), si tratta, in sostanza, di quiescenza del diritto all'assegno, che potrebbe riproporsi, in caso di rottura della convivenza tra i familiari di fatto, com'è noto effettuabile ad nutum, e in assenza di una normativa specifica, estranea al nostro ordinamento, che non prevede garanzia alcuna per l'ex familiare di fatto (salvo eventuali accordi economici stipulati tra i conviventi stessi)», in *Foro it.*, 2012, 5, 1, 1445. Fra gli Autori, A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*, in *Famiglia e diritto*, 2012, I, 25.

⁵ Cass. civ. Sez. I, 3 aprile 2015, n. 6855, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 7-8, 681, con nota di E. AL MUREDEN; Cass. civ. Sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2466.

libera scelta di vita. La *ratio* di tale interpretazione si rintraccia nella enunciazione del principio di auto-responsabilità ed in quello della valorizzazione della scelta esistenziale libera e consapevole dell'ex coniuge di costituire una famiglia di fatto, avente portata costituzionale alla luce dell'articolo 2 Cost.⁶.

Anche in materia di assegno di mantenimento, la Suprema Corte⁷, osserva il principio elaborato già in passato in materia di assegno divorzile⁸. Invero, la Cassazione ha sostenuto che:

- la convivenza di fatto costituisce presupposto per revocare la corresponsione dell'assegno di mantenimento, escludendo l'ipotesi di una mera riduzione del *quantum* disposto in sede di separazione, sul presupposto che essa incida sullo stesso presupposto di riconoscibilità dell'assegno;
- la revoca dell'assegno rappresenta un effetto inevitabile della convivenza *more uxorio*, a prescindere dalla circostanza che il nuovo assetto familiare abbia effettivamente comportato un beneficio economico per il coniuge titolare o richiedente l'assegno;
- la revoca del diritto all'assegno è inconvertibile: non è possibile il ripristino della disposizione nei casi di cessazione della convivenza, giacché, ciò che risulta essere dirimente non è l'eventuale miglioramento delle condizioni finanziarie generato dalla

⁶ G. FERRANDO, «Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione, in *Famiglia e diritto*, 2016, VI, 554.

⁷ Cass. civ. sez. I 19.12.2018, n. 32871, in *Foro It.*, 2019, 2, 1, 465, la cui massima: «In tema di separazione personale dei coniugi, viene definitivamente meno il diritto all'assegno di mantenimento del beneficiario che abbia instaurato con un terzo una stabile convivenza, con conseguente rescissione di ogni legame con il tenore e il modello di vita che caratterizzavano la pregressa convivenza matrimoniale»

⁸ Cass. civ. sez. I, 3 aprile 2015, n. 6855, sul sito *il caso.it*, 2015, la cui massima: «La formazione di una nuova famiglia di fatto da parte del coniuge divorziato determina la perdita definitiva dell'assegno divorzile di cui il medesimo beneficia. Infatti, il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei partner, non può che venir meno di fronte all'esistenza di una vera e propria famiglia, ancorché di fatto. Si rescinde così ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile, fondato sulla conservazione di esso, pur dovendosi ribadire che non vi è né identità, né analogia tra il nuovo matrimonio del coniuge divorziato, che fa automaticamente cessare il suo diritto all'assegno, e la fattispecie in esame che necessita di un accertamento e di una pronuncia giurisdizionale. La perdita dell'assegno è definitiva e non si realizza una fase di quiescenza (che può terminare con la fine della convivenza). Infatti, una famiglia di fatto, espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, da parte del coniuge, eventualmente potenziata dalla nascita di figli (ciò che dovrebbe escludere ogni residua solidarietà post-matrimoniale con l'altro coniuge) deve essere caratterizzata dalla assunzione piena di un rischio, in relazione alle vicende successive della famiglia di fatto, mettendosi in conto la possibilità di una cessazione del rapporto tra conviventi (ferma restando evidentemente la permanenza di ogni obbligo verso i figli)».

instaurazione della convivenza di fatto, quanto invece la mera formazione di un nuovo nucleo familiare.

In breve, la instaurazione di una famiglia di fatto rileva *in re ipsa*, essendo irrilevante la possibilità che, nel caso specifico, essa non determini un miglioramento delle condizioni finanziarie del separato.

Orbene, nel divorzio il vincolo coniugale è inesorabilmente venuto meno e l'assegno divorzile è manifestazione del principio di solidarietà post-coniugale. Come già detto, limitatamente a tale forma di apporto finanziario è contemplata dalla legge una espressa causa di esclusione: quella relativa alla costituzione di nuovo matrimonio per l'ex coniuge beneficiario. Appare pacifico, oggi, fra le Corti che tale causa di esclusione possa essere interpretata estensivamente ricomprendendovi anche i casi di costituzione di fatto di nuovi nuclei familiari, questo affinché la formazione di una famiglia di fatto non venga considerata come fattore privo di portata giuridicamente rilevante, neutro e privo di riflessi, quanto bensì, possa essere qualificato come centro di interessi autonomo e affrancato da vincoli di natura economica con il precedente contesto familiare.

Virginia Di Caterino
Avvocato

Sulla concorrenza sleale per imitazione servile. Nota Cass., sez. 1, 14.05.2020, n. 8944

abstract

On unfair competition for slavish imitation.

keywords

Unfair competition – Unfair competition for confusion – Servile imitation.

abstract

La Corte di Cassazione sancisce che la riproduzione della forma del prodotto altrui con caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante integra Concorrenza sleale per imitazione servile.

parole chiave

Concorrenza sleale – Concorrenza sleale per confusione – Imitazione servile.

Concorrenza sleale per confusione – Imitazione servile (art. 2598 c.c.)

In tema di concorrenza sleale per confusione dei prodotti, l'imitazione rilevante ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. non esige la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui, ma solo di quella che investe le caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante, in quanto idonee, per capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa, sempreché la ripetizione dei connotati formali non si limiti a quei profili resi necessari dalle caratteristiche funzionali del prodotto. (...) qualora sussista la contraffazione del modello la tutela accordata per la violazione della privativa può concorrere con quella prevista per la concorrenza confusoria per imitazione servile sul presupposto che il prodotto rechi una forma individualizzante, tale da essere percepibile, oltre che dall'utilizzatore informato, anche dal consumatore medio.

Corte Cassaz., Sez. 1, 14.05.2020, n. 8944

- Presidente: Genovese Francesco Antonio.

Estensore: Massimo Falabella. Relatore: Massimo Falabella. P.M. Capasso Lucio. (Conf.)

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

M*** s.r.l. conveniva in giudizio T*** s.p.a. innanzi al Tribunale di Bologna deducendo che la convenuta aveva acquistato e commercializzato calzature (sandali) che costituivano copia di propri prodotti, pure oggetto di alcuni modelli, italiani, registrati e comunitari, non registrati. Nella resistenza di T***, il Tribunale accoglieva le domande con cui erano lamentate la contraffazione dei modelli e la concorrenza sleale per imitazione servile, e condannava la convenuta stessa al risarcimento del danno, che era liquidato in euro 250.000,00.

2. – Proponeva appello la società soccombente in primo grado. La Corte di Bologna, con sentenza dell'11 ottobre 2016, in parziale riforma della pronuncia impugnata, rigettava la domanda che aveva titolo dell'illecito concorrenziale e riduceva l'ammontare del risarcimento del danno a euro 125.000,00. Per quanto qui rileva, la Corte emiliana osservava che la domanda di concorrenza sleale, in quanto basata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della domanda relativa alla contraffazione, costituiva una non consentita duplicazione di questa; rilevava, inoltre, non essere prova che il prodotto della convenuta fosse ricondotto dal consumatore medio all'appellata: e ciò sia in quanto altre case di moda «apparivano sui prodotti M***», sia in quanto i prodotti in contraffazione recavano il marchio T*** e mostravano la provenienza da T***. Lo stesso giudice distrettuale osservava, inoltre, che il danno risarcibile risultava essere stato quantificato in modo eccessivo. Osservava, in proposito: che l'importo dell'utile lordo stimato per la società appellante, e pari a euro 91.417,14, non era comprensivo dei costi particolari da questa affrontati; che andava considerato il rapido decadimento dei modelli nel mondo della moda e alcune specifiche voci correlate all'attività produttiva di M***, quali il possibile riutilizzo degli stampi e l'ammortamento; che, con riferimento al danno all'immagine, non risultavano provati annullamenti

di ordini, lettere di contestazione o proteste dei consumatori finali; che il tempestivo ritiro dei prodotti di T*** dal mercato aveva contenuto tale pregiudizio. Il giudice distrettuale, pertanto, quantificava in euro 100.000,00 il danno patrimoniale e in euro 25.000,00 quello non patrimoniale.

3. – Contro tale pronuncia ricorre per cassazione, con due motivi di impugnazione, M***. T*** resiste con controricorso. Sono state depositate memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Col primo motivo di ricorso vengono denunciate violazione e falsa applicazione dell'art. 2598, n. 1 c.c. e omesso esame di fatti decisivi. La censura investe la decisione impugnata nella parte in cui ha escluso che la medesima condotta potesse integrare, al contempo, contraffazione del modello e concorrenza sleale per imitazione servile, in presenza dell'appropriazione di forme individualizzanti. Secondo la ricorrente, «nulla impedisce che un atto di contraffazione della privativa sia valutabile anche in termini di atto confusorio di imitazione servile, ovviamente nell'ipotesi in cui la forma imitata sia oggetto di privativa industriale e al contempo dotata di capacità individualizzante per il prodotto, di modo che la sua imitazione ad opera del concorrente sleale provochi il rischio di confusione».

2. – I motivi non è fondato.

2.1. – Occorre premettere che, come è noto, l'imitazione rilevante ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. non esige la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui, ma solo quella che cade sulle caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante, e cioè idonee, in virtù della loro capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa, sempre che la ripetizione dei connotati formali non si limiti a quei profili resi necessari dalle caratteristiche funzionali del prodotto (Cass. 12 febbraio 2009, n. 3478; cfr. pure Cass. 26 novembre 2008, n. 28215; Cass. 19 gennaio 2006, n. 1062). Ora, in linea di principio, non è corretto escludere che a fronte della medesima condotta contraffattiva l'interessato possa avvalersi sia della tutela spettantegli in ragione della registrazione del modello (artt. 31 ss. c.p.i.), sia di quella, di carattere generale, elargita contro l'imitazione servile (art. 2597, n. 1 c.c.). E infatti, se il prodotto presenta una forma individualizzante, tale da essere percepibile dal consumatore medio, quella forma ha in sé carattere distintivo, per modo che all'altrui attività di contraffazione potrà reagirsi indipendentemente dal fatto che si sia proceduto alla registrazione del modello. E' da ricordare infatti, che, al fine della registrazione, il modello deve avere carattere individuale: deve cioè suscitare, nell'utilizzatore informato, una impressione generale che differisce da quella suscitata in altro modello o disegno divulgato in precedenza (art. 33, comma 1, c.p.i.). Vengono in definitiva in questione due distinte soglie di tutela: se la forma ha carattere

solo individuale, il modello riceve protezione unicamente in ragione dell'avvenuta registrazione e per la durata di cui all'art. 37 c.p.i.; se, invece, la forma è percepibile anche dal consumatore medio, è ammesso il cumulo tra la tutela accordata dalla registrazione del modello e quella operante contro gli atti di concorrenza confusoria e, segnatamente, contro l'imitazione servile. Il titolare del modello può certamente avere un interesse a far valere, in giudizio, sia la domanda basata sulla violazione del proprio diritto di privativa che l'imitazione servile: potrebbe difatti temere che il contraffattore opponga, fondatamente, la nullità del brevetto e considerare, quindi, la necessità di prospettare in causa l'imitazione servile delle forme del proprio prodotto, siccome percepibili anche dal consumatore medio; ma egli potrebbe anche decidere di adottare una tale strategia sulla base della semplice considerazione dei risultati favorevoli che da essa possano discendere (ad esempio, sul piano risarcitorio, avendo riguardo ai danni ulteriori patiti per effetto della altrui commercializzazione di un prodotto confondibile col proprio da una più ampia platea di consumatori: una platea costituita da quegli utilizzatori – riconducibili, per l'appunto, alla figura del consumatore medio – che erano in grado di apprezzare la forma distintiva di esso). Sarebbe scorretto, d'altro canto, ritenere che, con riferimento alla fattispecie della contraffazione del modello, il positivo accertamento dell'imitazione servile, sanzionata dall'art. 2598, n. 1, c.c. implichi l'allegazione e la prova di condotte anticoncorrenziali ulteriori, come solitamente sostenuto con riferimento agli illeciti che riguardano altre privative, diverse dal marchio (con riferimento al marchio si suole affermare, invece, che l'attività *contra jus*, consistente nell'appropriazione o nella contraffazione del marchio, mediante l'uso di segni distintivi identici o simili a quelli legittimamente usati dall'imprenditore concorrente, possa essere da quest'ultimo dedotta a fondamento non soltanto di un'azione reale, a tutela dei propri diritti di esclusiva sul marchio, ma anche, e congiuntamente, di un'azione personale per concorrenza sleale, ove quel comportamento abbia creato confondibilità fra i rispettivi prodotti: Cass. 19 giugno 2008, n. 16647; Cass. 29 gennaio 2019, n. 2473). Nel caso della contraffazione del modello e dell'imitazione servile la medesima condotta di riproduzione delle forme del prodotto non impedisce infatti il concorso dei due illeciti, giacché la configurazione dell'uno o dell'altro di essi dipende solo dal diverso parametro di cui ci si avvale per dar ragione del valore (rispettivamente individuale o distintivo) delle dette forme, che è nel primo caso l'utilizzatore informato e nel secondo il consumatore medio: e, ove il modello presenti, oltre che carattere individuale, un connotato distintivo riconoscibile dal consumatore medio, il titolare della privativa potrà avvalersi anche dei rimedi codicistici contemplati per l'illecito confusorio (art. 2598, n. 1 c.c.).

2.2. – Ciò detto, la Corte di appello, ha senz'altro errato nel ritenere che nella fattispecie, «in assenza di un qualunque fatto o circostanza ulteriore», non potesse configurarsi l'imitazione servile. Il giudice del gravame ha tuttavia pure osservato che era mancata la prova «che il consumatore medio potesse ictu °culi ricondurre erroneamente la ciabatta T*** al produttore Menghi», posto che «altre case di moda o produttori» contrassegnavano gli articoli dell'attrice e, inoltre, le calzature dell'odierna controricorrente esibivano un proprio marchio riferibile alla stessa T***. Ora, questa Corte ha affermato, in più occasioni che, in quanto inserito nel contesto dell'art. 2598 n. 1, c.c., che tratta della concorrenza confusoria, il divieto dell'imitazione servile tutela soltanto l'interesse a che l'imitatore non crei confusione con i prodotti del concorrente, realizzando le condizioni perché il potenziale acquirente possa equivocare sulla fonte di produzione; e ha pure precisato che tale interesse è senz'altro soddisfatto dalla presentazione del prodotto con la precisa indicazione che lo stesso è fabbricato da un diverso imprenditore (Cass. 19 gennaio 2006, n. 1062; nel medesimo senso: Cass. 3 agosto 1987, n. 6682; Cass. 9 novembre 1983, n. 6625). Sempre secondo la giurisprudenza di legittimità (e quella di merito appare orientata nel medesimo senso), la circostanza che il prodotto rechi un marchio idoneo ad attribuirne l'origine a un determinato produttore può – certamente – non essere sempre sufficiente ad escludere la concorrenza per imitazione servile: ma è certamente riservato al giudice del merito l'apprezzamento circa il fatto che tale marchio non adempia alla sua funzione qualificante e distintiva (Cass. 19 febbraio 1997, n. 1541). Nel caso in esame, come si è detto, la Corte di appello ha escluso la confondibilità avendo proprio riguardo ai segni distintivi presenti sui prodotti in contraffazione e su quelli contraffatti (recando i primi il marchio T*** e i secondi marchi diversi, non riconducibili a M***). L'accertamento in questione, per cui il consumatore medio non avrebbe ragione di ricondurre l'articolo prodotto da T*** alla società ricorrente non è sindacabile in questa sede, essendo di pertinenza esclusiva del giudice del merito, salvo non sia dedotto l'omesso esame di un fatto decisivo, oggetto di discussione tra le parti (art. 350, n. 5 c.p.c.) o una radicale anomalia motivazionale, nel senso chiarito da Cass. Sez. U. 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054. Nel primo motivo è bensì svolta una censura di omesso esame di fatto decisivo, ma la doglianza inerisce al diverso tema della portata distintiva e individualizzante delle calzature prodotte da M*** (in particolare, pag. 12 del ricorso): profilo estraneo alla tematica che qui interessa e che la Corte di appello ha evidentemente ritenuto non decisivo proprio in ragione di quanto da essa osservato con riguardo alla marcatura dei prodotti. Non può del resto reputarsi concludente la considerazione della ricorrente secondo cui la differenziazione dei marchi era inidonea a

escludere, in capo al consumatore, il convincimento per cui i prodotti commercializzati da T*** potevano costituire una «seconda linea» dell'articolo realizzato da M***. Anche a voler prescindere dal rilievo per cui tale questione non risulta essere stata specificamente posta al giudice di appello, è la stessa sentenza della Corte di Bologna ad escludere che essa potesse assumere una qualche centralità ai fini che qui interessano: poiché, infatti, il giudice di appello ha sottolineato che le calzature conformi al modello registrato non recavano il marchio della società istante (e non erano, per tale ragione, riconducibili a questa), un problema di confondibilità dei prodotti, nei termini indicati, non aveva modo di prospettarsi.

2.3. – In conclusione, in ipotesi di contraffazione del modello la tutela accordata per la violazione della privativa può concorrere con quella prevista per la concorrenza confusoria per imitazione servile se il prodotto rechi una forma individualizzante, tale da essere percepibile, oltre che dall'utilizzatore informato, anche dal consumatore medio; spetta in questo caso al giudice del merito accertare se l'apposizione del marchio sul prodotto con cui è realizzata l'imitazione sia idoneo ad escludere, in base alle circostanze del caso, la confondibilità dei prodotti e il detto apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, salvo che per il mancato esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti o per l'anomalia motivazionale che si traduce in violazione di legge costituzionalmente rilevante.

3. – Con il secondo motivo è lamentata la violazione, falsa o errata applicazione dell'art. 125 c.p.i., anche in relazione agli artt. 2598, n. 1, e 2600 c.c. e 115 c.p.c., nonché omessa valutazione di fatti decisivi in punto di quantificazione del risarcimento del danno. Le doglianze formulate sono plurime. Ad avviso della ricorrente, la Corte di merito non avrebbe anzitutto considerato il danno concorrenziale specifico, diverso ed ulteriore rispetto a quello derivante dalla contraffazione, determinato dal grave svilimento del prodotto, giacché la controparte aveva realizzato un articolo di bassissima qualità che conteneva percentuali di cadmio al di sopra dei limiti di legge; essa avrebbe mancato inoltre di apprezzare lo sviamento di clientela derivante dal rischio di associazione dei modelli. Inoltre il giudice del gravame avrebbe errato nell'attribuire rilevanza ai costi particolari sostenuti dal contraffattori per commercializzare i propri prodotti, giacché l'art. 125 c.p.i. attribuisce rilievo ai benefici conseguiti dall'autore dell'illecito, elemento, questo, che doveva essere svincolato dal concetto «bilancistico» di utile; per la società ricorrente il richiamo ai costi particolari sostenuti da T*** doveva essere quindi ritenuto incongruo: tale elemento era estraneo ai parametri di valutazione del danno, il quale risultava, oltretutto, indeterminato e non provato. Secondo l'istante l'affermazione del giudice d'appello circa il fatto che l'investimento fosse destinato ad essere ammortizzato in brevissimo

tempo era smentita dai dati oggettivi e dalle risultanze istruttorie: elementi, questi, che erano stati totalmente ignorati. La stessa pretesa possibilità di un riutilizzo degli stampi costituirebbe, ad avviso della ricorrente, «mera illazione non suffragata da alcuna prova». Infine, la Corte di appello avrebbe mancato di considerare che la cessazione della commercializzazione delle calzature in contraffazione aveva avuto luogo nel luglio 2005, quando la stagione commerciale primavera - estate era in corso e quando 8.000 paia di calzature a marchio Terranova erano state già vendute.

4. – Nemmeno tale motivo merita accoglimento.

4.1. – La Corte di merito, come in precedenza accennato, ha quantificato il risarcimento del danno sulla base del criterio della c.d. retroversione degli utili. Si tratta di una tecnica liquidatoria che ha trovato l'odierna espressione grazie all'art. 17 d.lgs. n. 140/2006, recante norme di attuazione della dir. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (c.d. direttiva Enforcement): questo ha modificato l'art. 125 c.p.i. con l'inserimento di un terzo comma, prima inesistente, a mente del quale «[Un ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento]. È da osservare, peraltro, che anche prima di tale intervento normativo, l'art. 125 prevedeva, al primo comma, che il risarcimento del danno andasse liquidato «anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto» e che pure nella vigenza del r.d. n. 929/1942 (c.d. legge marchi) si era evidenziato come al giudice non risultasse precluso il potere-dovere di commisurare il danno, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall'attività vietata (Cass. 1 marzo 2016, n. 4048): l'impiego di un questo criterio era del resto comunemente adottato per la liquidazione del danno in materia di opere dell'ingegno nel periodo anteriore alla modificazione – ad opera dell'art. 5 dall'articolo 5 d.lgs. n. 140/2006 – dell'art. 158 I. n. 633/1941, con cui è stato parimenti previsto che tale danno vada liquidato «tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto» (cfr. adesempio: Cass. 29 maggio 2015, n. 11225; Cass. 15 aprile 2011, n. 8730). L'utile percepito dal contraffattore impone di considerare, come è del tutto evidente, non l'intero ricavo derivante dalla commercializzazione del prodotto contraffatto, quanto il margine di profitto conseguito da colui che si è reso responsabile della lesione del diritto di privativa. Ed è altrettanto ovvio che la locuzione «benefici realizzati dall'autore della violazione» (di cui è parola nell'art. 125, comma 1, c.p.i., che l'istante richiama) evochi un concetto del tutto analogo: per l'appunto quello dei vantaggi o utilità conseguiti da quel soggetto attraverso l'illegittimo sfruttamento della privativa. Il nominato margine di profitto, poi, non consiste nella differenza tra il prezzo di acquisto (del

bene poi rivenduto, o della materia prima, ove essa sia oggetto di trasformazione da parte dell'autore della violazione) e il prezzo di rivendita. Come rettamente osservato dalla Corte di appello, occorre considerare anche i costi particolari affrontati dalla società responsabile della contraffazione. Infatti, fattori negativi (quali ad esempio i costi produttivi e di distribuzione) concorrono a determinare l'utile e la mancata considerazione di essi porterebbe alla valorizzazione di un elemento economico diverso da quello preso in considerazione dalla norma. L'istante si limita a censurare la decisione del giudice del gravame assumendo che quello dei costi sarebbe un dato non pertinente, estraneo alla previsione e alla ratio dell'art. 125 cit., ma il rilievo, per quanto osservato, non merita condivisione.

4.2. – Le censure incentrate sulla mancata considerazione, da parte della Corte del merito, di specifici elementi – reputati idonei a dare maggiore consistenza al danno lamentato – sono infine inammissibili. La ricorrente non chiarisce, infatti, come le questioni da essa poste, di cui la Corte di merito non si occupa (lo svilimento del prodotto, il rischio di associazione), fossero state fatte valere in giudizio: essa si limita ad assumere genericamente di aver dedotto, nella citazione in primo grado, che controparte commercializzava a prezzi infimi prodotti di bassissima qualità che contenevano alte percentuali di cadmio, ma non spiega se della spettanza di un risarcimento ancorato a tali evenienze fosse stato investito il giudice di appello. Va ricordato, a quest'ultimo proposito, che ove con il ricorso per cassazione siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, è onere della parte ricorrente, al fine di evitarne una statuzione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegare l'avvenuta loro deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso stesso, di indicare in quale specifico atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione (Cass. 13 giugno 2018, n. 15430; Cass. 9 agosto 2018, n. 20694). Del resto, sul piano astratto, non è possibile sfuggire all'alternativa che segue: o i danni da svilimento del prodotto e da rischio di associazione erano stati presi in considerazione dal giudice di primo grado: e in tal caso l'istante non si può dolere di nulla, giacché tali voci sarebbero da ritenere ricomprese nell'importo liquidato dalla Corte di appello, che non ha certamente inteso eliderle (occupandosi di altri profili: i costi di produzione, l'insussistenza del danno concorrenziale, il rapido «decadere» dei modelli nel mondo della moda, la mancata evidenza di annullamenti di ordini o di contestazioni da parte della clientela); oppure le indicate voci di danno non sono state liquidate dal Tribunale: ma di ciò la ricorrente non può lamentarsi in sede di legittimità, dal momento che avrebbe dovuto

far valere la questione in appello (ciò che – come si è detto – non viene dedotto sia stato fatto).

4.3. – Su altri temi – questi affrontati dalla Corte territoriale (l'ammortamento degli investimenti, il reimpiego degli stampi e i tempi di commercializzazione dei prodotti in contraffazione) – le censure si risolvono in doglianze che ineriscono all'accertamento di fatto devoluto al giudice del merito e che sono per ciò sottratte al sindacato di legittimità.

5. – Il ricorso è in conclusione rigettato.

6. – Le spese di giudizio seguono la soccombenza.

(Omissis)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** La concorrenza sleale. – **2.** Concorrenza sleale per imitazione servile. – **3.** Concorrenza sleale per dumping - **4.** Concorrenza sleale per denigrazione. – **4.1.** Rapporto tra diritto di cronaca e concorrenza sleale per denigrazione. – **5.** Decisione.

Premessa

La Suprema Corte di Cassazione, con la Sentenza n. 8944 del 14/05/2020, ha statuito che integra concorrenza sleale per imitazione servile anche la mera riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui che investe le caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante tale da essere percepibile anche dal consumatore medio.

1. La concorrenza sleale

La concorrenza sleale consiste nel compimento di una serie di atti che provocano un danno ingiusto ad un'azienda oppure un errore di giudizio del consumatore, traendolo in inganno. Essa è disciplinata dall'art. 2598 c.c. e si distingue in:

- a) atti di confusione: uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o atti di imitazione servile di prodotti di un concorrente, o atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;
- b) atti di denigrazione e di vanteria: gli atti denigratori sono volti a screditare e calunniare un'azienda concorrente;
- c) atti contrari alla correttezza professionale: dumping, storno di dipendenti, violazione del patto di non concorrenza, spionaggio industriale, tacere un conflitto di interessi.

2. Concorrenza sleale per imitazione servile

Per quanto concerne la prima categoria, la seconda parte del n.1 dell'art. 2598 c.c. qualifica come concorrenza sleale per imitazione servile la riproduzione

esatta dei prodotti altrui, nelle loro peculiari caratteristiche di conformazione, confezione e presentazione.

Qui l'imitazione è tale da trarre in inganno il pubblico sulla provenienza dei prodotti, inducendolo a credere che provengano dall'impresa che per prima li abbia ideati e commercializzati.

Affinché non si abbia imitazione servile non sempre, però, è sufficiente distinguere i marchi, poiché l'attenzione del consumatore è, spesso, richiamata dalla forma caratteristica del prodotto, così che non deve apparire come la copia dell'atto, in modo da non trarlo in inganno, se non vi siano motivi di apprezzabile interesse tale da rendere necessaria una così fedele riproduzione.

3. Concorrenza sleale per dumping

Il dumping consiste in una discriminazione di prezzo tra mercato nazionale e mercati esteri. Si parla di tale fattispecie quando un'impresa vende su un mercato estero a un prezzo inferiore rispetto a quello fissato normalmente sul mercato domestico, tenuto ovviamente conto delle differenze che vi possono essere, per es., nel costo delle reti di vendita, di trasporto etc. Molti esperti ritengono queste strategie anticompetitive, anche se non mancano dottrine contrarie.

4. Concorrenza sleale per denigrazione

La denigrazione consiste nel diffondere notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, concretizzandosi nell'esprimere giudizi negativi o divulgare dati sui prodotti e sull'attività di un imprenditore concorrente arrecandogli un danno concorrenziale.

La denigrazione può integrarsi anche in un singolo episodio in grado di far perdere anche un solo affare all'imprenditore concorrente. L'illecito si ha ove le notizie e i dati diffusi siano idonei a provocare un danno concorrenziale sia dal punto di vista economico/finanziario che organizzativo nonché sulla persona dell'imprenditore nella sua dimensione lavorativa.

Le notizie e gli apprezzamenti devono inoltre essere tendenzialmente falsi per costituire un illecito. La giurisprudenza pende per escludere l'illecito quando si tratta di notizie vere ed obiettive.

Nella denigrazione distinguiamo due fattispecie:

- a) Comparazione: i giudizi e le notizie diffuse comparano i prodotti o l'attività propri del denigratore a quelli di un concorrente;
- b) magnificazione del proprio prodotto: si utilizzano affermazioni superlative sui propri prodotti o sulla propria attività, senza alcun cenno a quelli altrui, presupponendo l'eccellenza dei propri rispetto a quella dei concorrenti.

La concorrenza sleale per denigrazione non postula la falsità dei fatti affermati, potendo configurarsi quale comportamento non conforme alla correttezza professionale, ove idoneo a produrre discredito, anche

la divulgazione di circostanze o di notizie vere ma, in quest'ultimo caso, solo quando e negli stretti limiti in cui siano contestualmente formulate vere e proprie invettive ed offese gratuite nei confronti del concorrente, che traggano cioè, nella diffusione delle notizie veritiere, mero spunto o pretesto. Ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico non debbono necessariamente riguardare i prodotti dell'impresa concorrente ma possono avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti in generale l'attività di quest'ultima, la sua organizzazione o il modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (esclusa la sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori, dovendosi apprezzare, ai fini della potenzialità lesiva delle denigrazioni, non solo l'effettiva "diffusione" tra un numero indeterminato (od una pluralità) di persone, ma anche il contenuto fortemente diffamatorio degli apprezzamenti stessi (Cassazione civile sez. I, 12/02/2020, n.3453).

4.1. Rapporto tra diritto di cronaca e concorrenza sleale per denigrazione

Nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti diritti della libera manifestazione del pensiero, da un lato, e dell'immagine e della reputazione sociale, dall'altro, sussiste il *fumus* della lesione della reputazione imprenditoriale, ex art. 2598 comma 2 c.c., quando vi sia il mancato rispetto delle condizioni della verità della notizia divulgata e della continenza.

Nel diritto di cronaca la verità – sia essa oggettiva o anche solo putativa purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca e controllo del giornalista sia sulla fonte che sulla verità sostanziale – sussiste quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche colposamente taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato.

La cessazione spontanea della condotta illecita successivamente alla notifica del ricorso cautelare non esclude, di per sé, la sussistenza del *periculum in mora*, giacché, quando la condotta illecita non è in atto, la sua carenza non consegue automaticamente da tale, pur rilevante, circostanza, ma esclusivamente da una valutazione prognostica del pericolo di reiterazione dei fatti, da ponderare sulla base delle molteplici circostanze del caso (Tribunale di Milano, 13 Giugno 2016, N. R.G. 24279/2016)

5. La decisione

La Suprema Corte di Cassazione ha statuito che integra concorrenza sleale per imitazione servile anche solo la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui che investe le caratteristiche esteriori dotate di

efficacia individualizzante tale da essere percepibile anche dal consumatore medio.

La S.C., infatti, dapprima ribadisce che, l'imitazione servile rilevante ex art. 2598, n. 1, c.c. cade sulle caratteristiche esteriori del prodotto dotate di un'efficacia individualizzante «e cioè idonee, in virtù della loro capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa, sempre che la ripetizione dei connotati formali non si limiti a quei profili resi necessari dalle caratteristiche funzionali del prodotto».

L'interessato, pertanto, potrà azionare la tutela prevista in virtù della registrazione di un modello (artt. 31 e ss. c.p.i.) e quella di carattere generale predisposta contro l'imitazione servile, ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c.

Se il prodotto, infatti, presenta una forma peculiare e caratterizzante, percepibile dal consumatore medio, ha carattere distintivo che la rende idonea ad essere tutelata ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c., indipendentemente dalla registrazione del modello.

Il modello, invece, deve suscitare nell'utilizzatore informato una impressione generale che differisce da quella suscitata nel medesimo utilizzatore da qualunque modello che sia stato divulgato in precedenza.

Si delineano quindi due distinte soglie di tutela: nel caso in cui la forma del prodotto abbia solo carattere individuale percepibile dall'utilizzatore informato, il relativo modello è tutelato in ragione della registrazione e per la durata di cinque anni (prorogabili) dalla data di presentazione della relativa domanda (art. 37 c.p.i.); se si tratta invece di una forma percepibile come distintiva anche dal consumatore medio «è ammesso il cumulo tra la tutela accordata dalla registrazione del modello e quella operante contro gli atti di concorrenza confusoria e, segnatamente, contro l'imitazione servile».

Se il modello registrato presenta, oltre al carattere individuale, «un connotato distintivo riconoscibile dal consumatore medio» il titolare del diritto di privativa potrà azionare anche i rimedi codicistici previsti per l'illecito confusorio.

Enrico Maria Buonfantino
Avvocato – patrocinante in Cassazione

Sull'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di srl. *Nota a Trib. Napoli, sez. II imprese, ordinanza n. 34116/2019*

abstract

The Court of Naples, in rejecting the appeal for attachment, highlighted the requirements to promote the actions provided for by art. 2476 of the Italian Civil Code and assessed the prerequisites for configuring significant conduct pursuant to art. 2598 of the Italian Civil Code.

keywords

Liability – Administrator – Unfair competition.

abstract

Il Tribunale di Napoli nel rigettare il ricorso per sequestro conservativo ha evidenziato i requisiti per promuovere le azioni previste dall'art. 2476 c.c. ed ha valutato i presupposti utili a configurare una condotta significativa ai sensi dell'art. 2598 c.c.

parole chiave

Responsabilità – Amministratore – Concorrenza sleale.

Responsabilità – amministratore – concorrenza sleale

L'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di s.r.l. deve conseguire ad un danno evidente e concreto al patrimonio individuale del socio e della società, rispettivamente nell'azione individuale e nell'azione sociale, non essendo ravvisabile alcun motivo di condanna laddove non venga documentato un danno effettivo al loro patrimonio. Non sussiste concorrenza sleale da parte dell'ex amministratore nei confronti della società laddove quest'ultima abbia 'di fatto' interrotto la propria attività pur non entrando nella fase liquidatoria.

Trib. Napoli, sez. II imprese, ordinanza n. 34116/2019
– dott.sa Ilaria Grimaldi

(Omissis)

1. I ricorrenti, soci rispettivamente al 20% e al 14% della XXX S.r.l., premesso di aver proposto azione sociale ed individuale di responsabilità nei confronti del sig. XXXX, ex amministratore fino al 22.11.2018, hanno chiesto il sequestro conservativo ai danni dello stesso, fino a concorrenza dell'importo di € 200.000, deducendo – quanto al *fumus boni iuris* – il compimento di atti di *mala gestio* imputabili all'amministratore cessato, quali irregolarità circa la tenuta delle scritture contabili e la mancata predisposizione del bilancio, che avevano impedito un immediato controllo dei soci, la violazione del diritto di ispezione contabile, ai sensi dell'art. 2476, co. 2, con conseguente impossibilità di rilevare le motivazioni della richiesta ai soci di un finanziamento per far fronte alla debitoria derivata dall'illecita sottrazione di danaro da parte del sig. XXXX, dunque l'ingiustificato prelievo di somme dalle casse sociali e la commistione tra i conti, ordinario e dedicato, avendo rilevato, dagli estratti conto, giroconti anomali e ingiustificati, la violazione del divieto di concorrenza, ai sensi degli artt. 2930 e 2598 c.c., e atti compiuti in conflitto di interessi, con l'assunzione della carica di amministratore di società concorrente, la XXXX S.r.l.s., che svolge lo stesso servizio e fornisce lo stesso prodotto, nella medesima sede e con il medesimo logo, con conseguente storno della clientela ed avvalendosi dei medesimi collaboratori e dipendenti, con indubbio nocimento, per la perdita dei ricavi; ancora, hanno contestato l'aver delegato la tenuta di alcuni libri contabili e la gestione dei c/c societari, senza il consenso dell'assemblea, per cui doveva rispondere per il danno derivante da difetto di controllo e vigilanza, non avendo impedito condotte distrattive. Quanto al *periculum in mora*, hanno dedotto l'esistenza di elementi oggettivi, quali l'entità del credito risarcitorio, non inferiore ad € 144.140,35 per la società e complessivi € 54.000 per i soci, per l'importo del capitale investito, nonché la sproporzione rispetto al patrimonio del debitore, non titolare di alcun immobile, ma solo di partecipazioni sociali, di

dubbio valore, come meglio illustrato in ricorso; quanto al profilo soggettivo, hanno evidenziato i comportamenti spregiudicati tenuti nella gestione della società da parte del resistente, che lascerebbero presagire che il debitore possa pregiudicare la garanzia di soddisfacimento del credito, nelle more del giudizio, unitamente ai diversi indirizzi di residenza o domicilio dichiarati dallo stesso, che non ne garantirebbero la facile reperibilità.

Disposta la notifica del ricorso e del decreto di comparizione, si è costituito il dr. XXX, premettendo il contenuto dell'atto di citazione per l'azione di responsabilità e contestando innanzitutto la sussistenza del *periculum* per la concessione della cautela richiesta, non essendo né dimostrato che la consistenza attuale del suo patrimonio possa rappresentare un rischio per i ricorrenti, né iniziative volte a spogliarsi dei propri beni. Al contrario, ha dedotto di essere un broker assicurativo titolare di una società pienamente attiva, tanto da essere stata tacciata di concorrenza sleale ai danni della XXX S.r.l.. Ha, poi, contestato il *fumus*, dunque la dedotta *culpa in vigilando*, essendosi adoperato con ogni mezzo a tutela del patrimonio sociale, arrivando a far firmare una confessione e a denunciare alle pubbliche autorità il collaboratore infedele, presentatogli come persona di fiducia proprio dai soci ricorrenti, in quanto collaboratore in passato del sig. XXXX presso altra agenzia di assicurazione; di ciò aveva avvisato i soci in assemblea, ai quali aveva chiesto di ripianare le perdite, ottenendo il rifiuto degli stessi, per cui aveva preso accordi direttamente con l'assicuratore truffato dal sig. XXXX, impegnandosi personalmente al rimborso; quanto alla tenuta delle scritture contabili, ha dedotto che il bilancio 2017 era stato rinviato all'esercizio successivo, atteso che la società, costituita il 6.3.2017, era divenuta operativa il 3.11.2017, mentre il consuntivo 2018 sarebbe dovuto essere predisposto dall'amministratore succedutogli dopo le dimissioni, rassegnate prima della fine dell'esercizio; ha, poi, contestato l'irregolare tenuta dei c/c e la violazione del divieto di concorrenza, atteso che la XXXX, successivamente alla sua cessazione dalla carica di amministratore, aveva perduto i requisiti per l'esercizio del brokeraggio assicurativo, legato ai titoli abilitativi individuali di una persona fisica che, nella specie, era lui, unico dotato delle abilitazioni professionali all'interno della società, mentre il nuovo amministratore designato, nella persona del dr. XXXX, non era munito di detti titoli, con la conseguente cancellazione della società dal Registro Unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi (RUI) e, dunque, assenza del requisito dell'attualità del conflitto di interessi.

2. Il ricorso è infondato e, pertanto, non può essere accolto.

Invero, non può dirsi esistente il *fumus* dell'invocata tutela.

Tale presupposto è noto si sostanzia nella probabilità o verosimiglianza, già ad un sommario accertamento, della fondatezza delle ragioni di credito alla cui tutela cautelare il sequestro è funzionale. Nel caso che ci occupa, in primo luogo, appare infondata l'azione personale dei soci i quali invocano la responsabilità dell'ex amministratore per l'annullamento del valore della loro partecipazione, che invece sarebbe conseguenza indiretta del danno arrecato al patrimonio sociale.

Invero, l'azione individuale del socio nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, giacché l'art. 2395 c.c. e l'art. 2476, co. 6, c.c. esigono che il singolo socio sia stato danneggiato "direttamente" dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale, la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore (cfr. Cass. civ., sez. III, 22/03/2012, n. 4548).

Inoltre, gli stessi ricorrenti, nell'atto di citazione, hanno dedotto che i versamenti erano stati da loro effettuati per l'acquisto delle quote di una diversa società, la XXX & XXX, di cui il dr. XXXX era socio e amministratore, e il ricorrente ha confermato loro, in assemblea, che erano il corrispettivo dell'acquisto parziale delle quote sue e dell'altro socio, XXXX, e dunque non erano versamenti di capitale in favore della società di cui qui si discorre, la XXXX S.r.l.; ciò è confermato, altresì, dalle copie dei bonifici in atti e dalla lettura delle relative causali, da cui del pari risulta che i versamenti erano volti all'acquisto delle quote della XXX & XXXX S.r.l..

Pertanto, appare insussistente il *fumus* dell'azione nella parte in cui i ricorrenti fanno valere la responsabilità dell'ex amministratore della XXXX, dr. XXX, per i danni personalmente subiti, nella misura dell'investimento effettuato, per complessivi € 54.000,00, per l'annullamento del valore della partecipazione.

3. Passando al vaglio dell'azione sociale di responsabilità, nel caso di specie i soci ricorrenti hanno contestato al resistente, in primo luogo, l'irregolarità e l'assoluta deficienza delle scritture contabili e dei libri sociali obbligatori, la mancata predisposizione del bilancio e la violazione del diritto di ispezione contabile riservato ai soci dall'art. 2476, co. 2, c.c.; ciò avrebbe comportato, leggendo l'atto di citazione, l'impossibilità di ricavare notizie sull'andamento della società, sugli utili o le perdite riportate, con impossibilità, dunque, di individuare esattamente il danno, che comunque

avrebbe determinato l'integrale perdita del capitale e del patrimonio societario, nonché del capitale investito dai soci, pari ad € 24.000 per il sig. xxxxxx ed € 30.000 per la sig.ra xxxxxx.

Hanno aggiunto, che dalla scarna documentazione reperita era stato possibile accertare l'indebita sottrazione di danaro dalle casse sociali da parte di XXX XXXX, per € 34.248,00, nonché mancati ricavi stimabili, sulla base di alcune fatture reperite, in almeno € 37.938,12 per compensi di intermediazione ed € 12.318,17 per mancate provvigioni, pervenendo all'importo complessivo da risarcire di almeno € 138.504,29.

Il resistente ha dedotto che la predisposizione del bilancio 2017 era stata rinviata in quanto la società, sia pur costituita il 6.3.2017, aveva iniziato ad operare il 3.11.2017 e di essersi dimesso il 23.10.2018, dunque prima della fine dell'esercizio 2018 e della scadenza dei termini di presentazione del relativo bilancio, che sarebbero venuti a scadenza nell'esercizio successivo, dimissioni del resto accettate dall'assemblea del 3.12.2018.

Tali circostanze appaiono confermate dalla documentazione in atti, da cui si evince che la XXXX, costituita con atto del 6.3.17, è stata iscritta nel Registro delle Imprese il 27.3.2017 (cfr. all. 3) ed ha iniziato l'attività il 3.11.2007; del resto, gli stessi ricorrenti, nell'atto di citazione, hanno dedotto che l'attività sociale ha avuto inizio solo nel gennaio 2018, per cui alcun rilievo, né soprattutto alcun danno può trarsi dalla mancata predisposizione del bilancio 2017.

Risulta confermato, inoltre, che il resistente ha presentato le dimissioni in data 23.10.2018 e le stesse sono state accettate da XXXX (cfr. all. 11) nonché dall'assemblea del 3.12.2018 (cfr. all. 14).

Nella medesima assemblea, come effettivamente risulta dalla lettura del relativo verbale, il dr. XXXXX ha relazionato ai soci sulla propria gestione, a partire dall'inizio dell'attività, illustrando il funzionamento dei due conti, ordinario da lui gestito, e separato, gestito per delega dal sig. XXXX, nonché ha riferito in merito alle sottrazioni di danaro da parte dello stesso sig. XXX, che in mancanza di assenso dei soci a procedere ad un finanziamento della società, richiesto nella precedente assemblea del 28.9.2018, si vedeva costretto ad effettuare personalmente, raggiungendo un accordo con l'agente generale XXX, al quale i fondi distratti erano destinati, e provvedendo personalmente al versamento di quanto concordato. Aveva, dunque, rassegnato le dimissioni, essendo venuto meno il rapporto di fiducia con i soci.

Il resistente, a fine di provare il ripianamento della debitoria verso la XXXXX, nel giudizio di merito ha prodotto corrispondenza telematica intercorsa con l'agente XXXXX, nonché copia di alcuni bonifici, da cui si evince di aver raggiunto un accordo per il pagamento di € 20.800,00, di cui al 22.1.2019 mancavano

da versare solo € 3.200 (cfr. all. 12 e 16 fascicolo di merito).

Ebbene, è noto che l'azione di responsabilità sociale promossa contro amministratori e sindaci di società di capitali ha natura contrattuale, dovendo di conseguenza l'attore provare la sussistenza delle violazioni contestate e il nesso di causalità tra queste e il danno verificatosi, mentre sul convenuto incombe l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso alla sua condotta, fornendo la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi imposti (cfr. Cass. civ., sez. I, 07/02/2020, n. 2975).

Pertanto, a parte attrice spetta, oltre l'onere della prova delle violazioni allegate, di specificare il danno derivante nonché il nesso di causalità tra violazione e danno (cfr. Tr. Napoli, sez. impresa, 31/07/2020, n. 5459).

Nel caso di specie, dalle emergenze documentali su illustrate, risulta che, a prescindere dalla fondatezza degli addebiti, nessun danno può individuarsi – allo stato della cognizione sommaria propria del giudizio cautelare – con riferimento alla contestata distrazione di complessivi € 34.248,00 da parte del sig. XXXX, imputata al resistente anche a titolo di *culpa in vigilando*, in quanto lo stesso ha dato prova di essersi personalmente adoperato per eliminare il danno, ripianando la relativa debitoria; inoltre, il resistente ha dedotto e provato di aver ricevuto dal collaboratore infedele una confessione dell'illecito perpetrato ai danni della società e di aver sporto denuncia alle autorità competenti (cfr. all. 7 e 8).

Ancora, smentito è l'addebito relativo alla mancata informazione dei soci, in quanto risulta in atti che la situazione debitoria della società era stata loro illustrata dall'allora amministratore nel corso della precedente assemblea del 28.9.2018 (all. 10) e, successivamente alle dimissioni, lo stesso aveva inviato con PEC del 13.12.2018 un prospetto dei debiti al nuovo amministratore (cfr. all. 18).

Invero, dal verbale dell'assemblea straordinaria del 28.9.2018 risulta che i soci erano stati resi edotti delle motivazioni del finanziamento richiesto loro, ossia la necessità di far fronte agli ammanchi di cassa derivanti dall'appropriazione di fondi da parte del delegato sig. XXXX, sulla quale l'amministratore ha riferito nella stessa assemblea; da ciò si evince, altresì, che i soci erano a conoscenza della delega in favore dello stesso, tanto che la socia sig.ra Longo ha chiesto di verbalizzare di aver avuto perplessità in ordine alla delega medesima già in precedenza, ma di non averle espresse alla società, aggiungendo di voler cedere le sue quote, anziché far fronte al debito.

Pertanto, neanche può imputarsi all'amministratore cessato la mancata predisposizione del bilancio 2018, i cui termini di presentazione venivano a scadere nell'esercizio successivo e, dunque, era una adempimento del nuovo amministratore.

Va aggiunto, che dall'atto di citazione si evince che il nuovo amministratore ha recuperato la documentazione contabile dal consulente indicatogli dal dr. XXXXX, tra cui centinaia di fatture, sia pur non registrate in contabilità, che avrebbero dovuto consentirgli di effettuare una ricostruzione, sia pur parziale, della gestione e dei relativi risultati. Del resto, i ricorrenti sulla base di tale documentazione, hanno quantificato compensi e provvigioni che, a loro dire, non sarebbero stati acquisiti per colpa del resistente, ponendo tale comportamento a fondamento di un'ulteriore contestazione.

Ebbene, allo stato della cognizione sommaria propria del presente giudizio cautelare, non risulta la prova certa del danno individuato dai ricorrenti nella misura di pretesi compensi di intermediazione e provvigioni che la società avrebbe maturato, che sarebbe stato calcolato sulla scorta delle fatture di cui sopra; infatti, la mancata registrazione delle stesse non consente, per ciò solo, di ritenere il mancato incasso degli importi da essere recati, tanto più se si consideri che, dal c/c presso la XXXXX, i cui estratti il resistente ha prodotto in atti, risultano accrediti proprio a titolo di provvigioni, sia pur per importi diversi.

Proseguendo nell'esame delle molteplici contestazioni mosse al resistente, il ricorso cautelare appare infondato, altresì, in relazione agli ingiustificati prelevamenti e all'illegittimo utilizzo dei c/c intestati alla società, in primo luogo atteso il funzionamento dei due conti come illustrato dal dr. XXXXX in assemblea e noto agli stessi istanti, in quanto da essi illustrato fin dalla citazione, nonché in considerazione dell'irrisorietà degli importi contestati, pari complessivamente a poche migliaia di euro, che rendono del tutto verosimile la difesa del resistente, il quale ha dedotto a riguardo, in particolare quanto ai prelevamenti, che si riferiscono alle ordinarie spese di gestione.

4. Infondata è, ancora, la contestazione riguardante la violazione del divieto di concorrenza ai sensi dell'art. 2598 c.c. e la responsabilità per i danni derivanti da attività in conflitto di interessi.

I ricorrenti hanno dedotto, a riguardo, che il resistente aveva assunto una carica in una società concorrente, con conseguente storno di clientela, con l'utilizzo del medesimo logo utilizzato dalla XXXXS.r.l., l'ubicazione della sede operativa nel luogo ove la XXXX aveva la sede legale, l'avvalersi dei medesimi collaboratori e il trasferimento dei mandati ricevuti dai clienti della XXXX.

Ebbene, con riferimento a tale addebito, va considerato che, pur risultando elementi che parrebbero confermare le circostanze di fatto dedotte a fondamento dello stesso, appaiono condivisibili le difese svolte dal resistente.

Lo stesso ha ricostruito, innanzitutto, la figura del broker assicurativo, che è un professionista che ha la funzione di intermediario tra le compagnie assicuri-

ve ed i propri clienti, con il fine di garantire agli assicurati le migliori tariffe sul mercato, attività il cui esercizio è legato al possesso di titoli abilitativi individuali, che nel caso di specie erano in capo al dr. XXXXX.

Invero, come dedotto nello stesso atto di citazione, la normativa comunitaria di riferimento, ossia la direttiva comunitaria 2002/92/CEE, recepita dal Decreto Legislativo 209/2005 (nuovo Codice delle Assicurazioni Private), prevede che chiunque – persona fisica o giuridica – intenda svolgere attività assicurativa e di intermediazione di polizze, debba essere iscritto al “Registro Unico elettronico degli Intermediari assicurativi e Riassicurativi” (RUI), curato dall'IVASS, che prevede la sezione B per i broker; le persone giuridiche per ottenere l'iscrizione devono essere legalmente rappresentate da un soggetto abilitato.

Dunque, la XXXX S.r.l. per ottenere e conservare siffatta abilitazione doveva necessariamente avere un amministratore che fosse broker abilitato, non potendo altrimenti svolgere l'attività per la quale era stata costituita e, pertanto, i soci avevano nominato, all'atto della costituzione, il dott. XXXX amministratore unico.

Da ciò consegue, quindi, che, accettate le sue dimissioni, i soci avrebbero dovuto necessariamente nominare un nuovo broker abilitato, quale amministratore della società.

Ha aggiunto il resistente che, invece, l'assemblea nominava, in sua sostituzione, il dott. XXXXX, il quale non era munito dei titoli abilitativi, con la conseguenza della cancellazione della società dal RUI.

Secondo il dr. XXXX, dunque, in tal modo la XXXXX, nella sostanza, aveva rinunciato ad operare nel campo assicurativo, rendendosi inoperativa ed autoescludendosi dal mercato, di fatto lasciando “liberi” sia i clienti assicurati, sia i procacciatori, sia gli assicuratori convenzionati.

Ebbene, il mancato possesso da parte del dr. XXXX, attuale amministratore della XXXX S.r.l., dei titoli abilitativi all'esercizio dell'attività di broker assicurativo concreta una circostanza decisiva, ai fini della valutazione della contestazione in esame, e non è contestata dalle parti.

Inoltre, dalla documentazione prodotta al fascicolo del resistente, inerente la ricerca del nominativo del nuovo amministratore e dei soci ricorrenti nel RUI (cfr. all. 21-23), risulta confermato che la XXXX non ha più alcun preposto iscritto al RUI e, dunque, l'impossibilità di operare per l'intermediazione di contratti assicurativi.

Ebbene, il resistente ha ammesso che, nelle more dell'accettazione delle dimissioni, ha chiesto all'IVASS la cancellazione della società e da comunicazione di tale ente risulta che l'istanza di cancellazione è stata presentata il 3.12.2018, ossia nella stessa data in cui si è tenuta l'assemblea che ha accettato le dimissioni e ha proceduto alla nomina del nuovo amministratore,

non avente i requisiti di legge per l'esercizio dell'attività di brokeraggio; dalla medesima documentazione si evince che la cancellazione è stata effettuata con decorrenza dal 5.12.2018 (cfr. all. 15), per cui la società ben avrebbe potuto, nel frattempo, revocare l'istanza proposta dall'ex amministratore o presentare nuova istanza, se avesse avuto i requisiti per il permanere dell'iscrizione.

Pertanto, l'attuale inattività dell'XXXX, riconosciuta dai ricorrenti, non può essere imputabile a colpa del dr. XXXXXX.

La circostanza dell'assenza, allo stato, dei titoli abilitativi per l'attività di brokeraggio da parte della XXXX S.r.l., dunque, esclude l'attualità dell'esercizio di un'attività concorrenziale con quella proseguita dal resistente con la nuova società, per cui – sempre sulla scorta della cognizione sommaria propria della presente fase – porta a ritenere l'insussistenza del *fumus* della violazione della relativa normativa.

5. Per completezza, infine, si ritiene di dover aggiungere che, comunque, appare insussistente il *periculum* per la concessione del sequestro conservativo richiesto.

Invero, non si rinvergono in primo luogo elementi oggettivi a riguardo, inerenti la sproporzione tra il credito alla cui tutela la misura cautelare sarebbe volta e il patrimonio del ricorrente; in senso contrario, depongono la contenuta entità dell'eventuale credito risarcitorio – specie se si considera la palese infondatezza del danno per la sottrazione di danaro, eliminata dalla successive iniziative assunte personalmente dal dr. XXXXX, nonché il danno personale dei soci per il capitale investito, che in realtà concreta solo un danno riflesso – nonché la considerazione dell'esercizio ininterrotto dell'attività di brokeraggio da parte del resistente, attualmente attraverso la nuova società, che lascia presumere la capacità dello stesso di garantire l'adempimento, in caso di eventuale condanna, della quale – allo stato – comunque non sussiste il *fumus*.

Né si rinvergono elementi soggettivi a supporto del *periculum*, atteso che non può certo ritenersi di per sé illecito l'esercizio continuato dell'attività di assicurazione, per mezzo di diverse società, della cui successiva costituzione il ricorrente ha dato una plausibile spiegazione, con riferimento all'ingresso dei nuovi soci ricorrenti, che ha determinato la decisione di costituire la XXXX S.r.l. e porre in liquidazione la XXX& XXXX S.r.l.s., nonché la costituzione di una nuova società, una volta dimessosi dalla XXX, per il venir meno del rapporto fiduciario con i medesimi soci.

In conclusione, dunque, il ricorso appare del tutto infondato.

6. La regolazione delle spese del procedimento va rimessa al merito.

P. Q. M.

(Omissis)

Nota a ordinanza

sommario

Premessa. – 1. Sintesi dei principi emersi dal provvedimento. – 2. I presupposti dell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. – 3. La decisione.

Premessa

Il Tribunale di Napoli ha chiarito ancora una volta quali debbano essere i presupposti per l'azione di responsabilità promossa dal socio e dalla società contro l'amministratore, evidenziando come debba individuarsi, a fondamento delle azioni promosse, un danno effettivo al patrimonio del socio ovvero della società. Non è rilevante, al fine di dimostrare la fondatezza dell'azione spiegata, la constatazione di semplici violazioni di doveri formali da parte dell'organo amministrativo, bensì è necessario documentare l'esistenza di un danno concreto, specifico ed economicamente rilevante.

Il provvedimento compie un preciso esame della fattispecie, soffermandosi ulteriormente sui requisiti necessari alla concessione del sequestro conservativo sul patrimonio dell'amministratore, richiesto da soci e società in corso di giudizio di merito. Il Tribunale nella fattispecie ha respinto il ricorso per sequestro conservativo *in corso di causa*, proposto dalla società presunta danneggiata e dai soci che lamentavano una condotta sintomatica di *mala gestio* amministrativa.

2. I presupposti dell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.

Dall'esame del provvedimento succitato emergono alcuni aspetti che meritano approfondimento in relazione ai presupposti sui quali andrebbe valutata la proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di s.r.l.

L'esame della fattispecie si fonda sul dettato dell'articolo 2476 c.c. che rappresenta una norma specifica, soprattutto dopo l'introduzione del nuovo sesto comma (art. 378 del CCI), che legittima specificamente l'azione da parte dei singoli soci e dei creditori sociali, precedentemente soltanto basate sull'applicazione in via analogica delle normative che regolamentano la responsabilità degli amministratori delle società per azioni.

Oggi, in virtù della richiamata normativa, si possono annoverare tre distinte azioni proponibili a carico dell'amministratore che, però, si scontrano con un rigido sistema probatorio che nella giurisprudenza di merito appare sempre più soggetto a valutazioni restrittive.

L'azione individuale del socio, l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali, come ben evidenziato dal provvedimento in esame, devono necessariamente essere fondate su elementi probatori concreti e finalizzati a dimostrare un chiaro ed inequivocabile nesso di cau-

salità tra condotta dell'amministratore e danni lamentati. Non basta dimostrare la sussistenza di violazioni formali e sostanziali agli obblighi imposti all'organo amministrativo ex art. 1176 co.2 c.c., piuttosto, rendendosi necessario documentare come, dalle presunte violazioni statutarie o normative, siano conseguiti dei danni concreti.

D'altronde l'orientamento dei tribunali di merito specializzati in materia si è assestato proprio nel limitare la sussistenza dei presupposti di azioni in danno degli organi amministrativi proprio alla luce degli effetti concreti delle azioni compiute dai medesimi: tanto varrà ancor di più laddove siano i creditori sociali a voler dimostrare la sussistenza della responsabilità personale degli amministratori per i danni patrimoniali subiti. Sul punto è interessante quanto stabilito dal Tribunale di Milano Sez. spec. in materia di imprese (sentenza del 01/10/2020 Società, 2021, 4) che ha sottolineato come l'inadempimento contrattuale posto in essere da una s.r.l. non comporta automaticamente la responsabilità dei suoi amministratori ex art. 2476, comma 7, in quanto «si richiede, ai sensi della norma appena citata, la prova dei fatti costitutivi della responsabilità dei convenuti, amministratori della società rimasta inadempiente, verso l'attore, per una gestione illecita dell'ente produttiva di danno diretto in capo all'attore medesimo».

La prova della colpa non lieve ovvero del dolo nella commissione di azioni (ed omissioni) dell'organo amministrativo e del loro diretto collegamento ai danni documentati in giudizio, restano l'unica strada perseguibile per ottenere una pronuncia di condanna in tutte le tipologie di azioni esperibili ex art. 2476 c.c.

E tanto varrà maggiormente laddove si dovesse ritenere di richiedere in giudizio l'applicazione di misure cautelari conservative del patrimonio dell'amministratore, ritenendosi necessaria una prova sostanziale del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Dal provvedimento in esame, infine, emerge un interessante principio atto a dimostrare l'insussistenza della violazione delle norme in tema di divieto di concorrenza sleale laddove l'ex amministratore inizi una nuova attività, nel medesimo settore, quando la società d'origine sia, anche solo 'di fatto', inattiva sul mercato di riferimento.

3. La decisione

L'ordinanza in commento compie un esame molto approfondito ma, al contempo, di facile comprensione, dei presupposti necessari all'introduzione delle azioni previste dall'art. 2476 c.c. nei confronti dell'amministratore di società a responsabilità limitata. È interessante la pronuncia in esame perché compie una valutazione analitica in sede cautelare, non soltanto della eventuale sussistenza del *periculum* paventato dalla parte ricorrente, ma anche approfondendo l'esame della documentazione versata in atti, anticipando

di fatto l'istruttoria, al fine di compiere una concreta valutazione dei motivi di diritto, evitando, quindi, una mera pronuncia di stile sull'argomento, anzi, fornendo un importante riferimento per gli operatori del diritto.

Appare verosimilmente pregevole il richiamo al consolidato orientamento della Corte di Cassazione

(Cass. civ. Sez. I Ord., 07/02/2020, n. 297, CED Cassazione, 2020) in merito ai presupposti dell'azione individuale da parte dei soci di società di capitali per far valere eventuali responsabilità dell'organo amministrativo.

Viene sottolineata la necessità, proprio in virtù della natura contrattuale dell'azione di responsabilità sociale, di dimostrare la sussistenza delle violazioni contestate all'amministratore e il nesso di causalità tra queste e il danno verificatosi, mentre si evidenzia a carico del convenuto l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso alla sua condotta "*fornendo la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi imposti*".

Inoltre, nel sintetico esame compiuto in merito alla contestuale azione individuale dei soci di minoranza, che assumevano la sussistenza di un danno diretto al loro patrimonio causato dalla presunta *mala gestio* amministrativa, il Tribunale di Napoli nell'occasione, richiamando un orientamento di legittimità consolidato (Cass. civ. Sez. III Sent., 22/03/2012, n. 4548, CED Cassazione 2012), ha rimarcato la necessità, da parte dei soci, di dimostrare la «realizzazione di un danno diretto alla sfera giuridico-patrimoniale del singolo socio danneggiato», escludendo dal novero delle fattispecie rilevanti in tal senso, la mancata percezione di utili, il danno al patrimonio della società e l'impossibilità di liquidare le quote sociali, trattandosi, in questi casi, di comportamenti dolosi o colposi che colpiscono in via diretta esclusivamente la società, avendo un effetto solo 'riflesso' sui soci stessi. Tanto fa concludere il Tribunale per l'inammissibilità dell'azione individuale spiegata a causa della mancata dimostrazione di un danno diretto al patrimonio dei soci.

La pronuncia si pone nel solco del chiaro ed inequivocabile principio di concreta sussistenza di un danno diretto che è l'unico a poter legittimare una siffatta azione da parte dei singoli soci e dei creditori sociali, che non potranno essere in alcun modo ritenuti legittimati in considerazione del riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, la cui tutela spetta soltanto alla società.

Nell'ultima parte della pronuncia in commento emerge, inoltre, un'interessante determinazione di principio in relazione ai limiti della concorrenza sleale cui deve attenersi l'ex amministratore della società.

La fattispecie in esame, nonostante denoti una serie di attività astrattamente concorrenziali da parte dell'ex organo amministrativo – che iniziava dopo le sue dimissioni una attività in evidente conflitto con quella da cui era appena uscito, addirittura riuscendo

a dirottarne la clientela ed alcuni collaboratori – viene stigmatizzata dal Tribunale, che ha escluso la violazione dell'art. 2598 c.c. – oltre che delle norme statutarie – dal momento che non può sussistere concorrenza sleale laddove l'attività della società denunciante sia stata dismessa anche soltanto 'di fatto' e senza apertura della fase di liquidazione. Nella medesima fattispecie poi si evidenzia come la specifica professionalità dell'ex amministratore (nel caso di specie broker assicurativo) comporti un intrinseco valore al suo know-how personale tale da legittimare, secondo il Tribunale, l'instaurazione di una nuova autonoma attività imprenditoriale fondata sulle sue competenze professionali.

Si può concludere, pertanto, l'esame dell'interessante provvedimento reso dal Tribunale delle Imprese di Napoli, considerando necessario documentare analiticamente la sussistenza del danno consequenziale alla denunciata *mala gestio* dell'amministratore, sia nel caso di azione individuale del socio e del creditore sociale, sia nel caso di azione sociale, non essendo rilevante la sussistenza di violazioni formali delle norme e dello statuto laddove ad esse non consegua un danno effettivo e concreto. In ultimo emerge una ristretta considerazione delle ipotesi di concorrenza sleale a carico dell'impresa, non potendosi ritenere limitato il potere di azione dell'ex amministratore laddove la società sia 'di fatto' rimasta inattiva nel settore di competenza, nella sostanza non ponendosi in concorrenza con la nuova attività.

Sul contratto di leasing e il fallimento dell'utilizzatore. *Nota Cass., Sez. Un., 28.01.2021, n. 2061*

abstract

On the leasing contract and the user's bankruptcy.

keywords

Leasing – Failure – Submission to the passive.

abstract

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con Sentenza n. 2061 del 28/01/2021, hanno stabilito che la L. n. 124 del 2017 trova applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore.

parole chiave

Leasing – Fallimento – Insinuazione al passivo.

Contratto di leasing – Fallimento – Insinuazione al passivo (art. 63 l. fallimentare)

La legge n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140) non ha effetti retroattivi e trova, quindi, applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore (previsti dal comma 137) non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; sicché, per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-quater l.f., rispetto alla quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso alla analogia legis, né essendo altrimenti consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione retroattiva della l. n. 124 del 2017.

Corte Cass., Sez. Un., 28.01.2021, n. 2061,
Presidente: Curzio Pietro. Estensore: Di Marzio

Mauro. Relatore: Di Marzio Mauro. P.M. Salzano
Francesco

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – La D***S.p.A., quale mandataria della U*** L*** S.p.A. – sulla premessa: a) di aver concesso, nel 2002, in locazione finanziaria alla C*** C*** s.r.l. un capannone industriale; b) che il contratto era venuto a scadere il 7 maggio 2014 e la società utilizzatrice non aveva esercitato il diritto di opzione, né corrisposto le ultime rate dovute in base al programma contrattuale; c) che essa società concedente aveva, quindi, chiesto, “a norma della clausola risolutiva contenuta nel contratto di leasing”, il pagamento delle rate insolte e, successivamente, ottenuto l'emissione di decreto ingiuntivo per il relativo importo; d) che la società utilizzatrice veniva dichiarata fallita il 10 maggio 2016, sicché essa D***, oltre a rivendicare il bene concesso in leasing, aveva chiesto l'insinuazione al passivo fallimentare dell'importo di euro 70.799,91, di cui euro 61.045,95 per canoni scaduti e non pagati (e il residuo per interessi moratori); e) che l'istanza relativa all'ammissione del credito per rate insolte veniva rigettata dal giudice delegato in ragione del fatto che, essendosi risolto il rapporto prima della dichiarazione di fallimento, doveva ritenersi applicabile l'art. 1526 c.c., in forza del quale al concedente era dovuto soltanto “un equo compenso per l'uso della cosa” (nella specie non ritualmente domandato); f”) che, peraltro, avendo l'utilizzatrice versato, nel corso del rapporto, un ammontare ben superiore a quello corrispondente all'equo compenso calcolato, il giudice delegato aveva ordinato al concedente di restituire alla curatela fallimentare la (sola) differenza – faceva opposizione, ai sensi dell'art. 98 del r.d. n. 267 del 1942 (di seguito: I.f.), allo stato passivo reso esecutivo con decreto del novembre 2016, chiedendo, in via principale, l'ammissione del proprio credito per euro 70.779,91.

1.1. – L'adito Tribunale di Macerata rigettava l'opposizione con decreto reso pubblico il 21 dicembre 2017. Il Collegio, a sostegno della decisione, osservava che: a) con la missiva del 16 luglio 2014, precedente alla dichiarazione di fallimento della C*** C*** s.r.l., la D*** S.p.A. aveva manifestato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa presente nel contratto di leasing; b) il contratto si era, quindi, risolto di diritto, ai sensi dell'art. 1456, secondo comma, c.c.; c) gli effetti della intervenuta risoluzione del contratto, da qualificarsi come di leasing traslativo, dovevano essere disciplinati dall'art. 1526 c.c., potendo, quindi, il concedente pretendere soltanto l'equo compenso previsto da tale norma; d) non poteva, pertanto, trovare accoglimento la domanda di insinuazione al passivo del credito per i canoni rimasti insoluti, ossia per l'«esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale», né quella, solo tardivamente (e, quindi, inammissibilmente) proposta, avente ad oggetto il pagamento dell'equo compenso.

2. – Per la cassazione di tale decreto ha proposto ricorso la D*** S.p.A., quale mandataria della U*** L*** S.p.A., affidando l'impugnazione a tre motivi, illustrati da memoria. Ha resistito con controricorso il Fallimento C*** C*** s.r.l.

2.1. – La causa è stata, quindi, assegnata a queste Sezioni Unite su impulso della Terza Sezione civile che, con ordinanza interlocutoria n. 5022 del 25 febbraio 2020, ha segnalato l'esigenza di risolvere due questioni di massima di particolare importanza, entrambe gravitanti intorno alla perdurante applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di leasing risolti prima dell'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017 e riassumibili, in sintesi, nella possibilità, o meno, di predicare l'applicazione analogica di una norma sopravvenuta rispetto alla fattispecie concreta che dovrebbe disciplinare. In prossimità dell'udienza il pubblico ministero ha depositato memoria con le proprie conclusioni scritte.

2. – RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per asserito difetto di interesse, ex art. 100 c.p.c., sollevata da parte controricorrente in ragione del fatto che il decreto impugnato si fonderebbe anche sulla ratio decidendi, non impugnata, della «esistenza di un credito compensabile» in favore della curatela che verrebbe a «paralizzare ogni ipotetica pretesa a contenuto patrimoniale della U*** L*** S.p.A.». Invero, è dirimente osservare che la postulata ratio decidendi – al di là della effettiva portata che essa esibisce in contrapposizione a quanto, invece, vorrebbe ascrivere parte controricorrente – è stata espressa dal giudice di merito soltanto ad abundantiam, dopo aver esaurito la propria potestas iudicandi con la declaratoria di inammissibilità, per essere caratterizzata da novità, della domanda di ammissione al passivo fallimentare di Unicredit Leasing S.p.A. per

i crediti nascenti in base all'applicazione dell'art. 1526 c.c., così da non necessitare di alcuna impugnazione in questa sede (Cass., S.U., 20 febbraio 2007, n. 3840; Cass., 19 dicembre 2014, n. 27049; Cass., 20 agosto 2015, n. 17004).

1.1. – Va superata, del pari, l'eccezione di inammissibilità del ricorso dalla stessa parte controricorrente prospettata per insuperabile difetto di specificità dei motivi, ciò non trovando riscontro nello sviluppo argomentativo dell'atto di impugnazione, che si articola in modo sufficientemente idoneo a rispettare quanto prescritto dall'art. 366, primo comma, n. 4, c.p.c. 2. – Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1456 c.c., per aver il Tribunale – equivocando sulla portata della clausola di cui all'art. 21 del contratto di leasing (rubricata «risoluzione anticipata ed effetti»), che richiamava la clausola di cui al precedente art. 20 (rubricata «decadenza dal beneficio del termine») – erroneamente inteso la portata della lettera del 16 luglio 2014 indirizzata alla utilizzatrice, che era volta unicamente a conseguire la «restituzione dell'immobile e le somme corrispondenti allo scaduto e insoluto contrattuale» e, comunque, per aver erroneamente ritenuto che un contratto ormai giunto alla sua natura scadenza potesse risolversi di diritto ai sensi dell'art. 1456 c.c. (in forza della citata clausola di cui all'art. 21 del contratto), ciò essendo impedito, per l'appunto, dalla maturazione del termine di efficacia del contratto.

2.1. – Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

2.1.1. – È inammissibile, anzitutto, la censura che si duole dell'interpretazione del contratto di leasing, intercorso tra le parti, effettuata dal Tribunale con il decreto impugnato in questa sede. Il sindacato di legittimità non può vertere sul risultato interpretativo in sé – risultato che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito –, afferendo esso alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica, con conseguente inammissibilità di ogni critica alla ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice di merito che si traduca in una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto da questi esaminati (tra le altre, Cass., 10 febbraio 2015, n. 2465). Sicché, la denuncia in cassazione di un errore di diritto nell'interpretazione di una clausola contrattuale non può limitarsi a richiamare le regole di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., essendo necessario specificare i canoni che in concreto assuma violati e, in particolare, il punto ed il modo in cui il giudice del merito si sia dagli stessi discostato, giacché le doglianze non possono risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, non dovendo quest'ultima essere l'unica astrattamente possibile, ma solo una delle plausibili interpretazioni; pertanto, quando di una clausola

contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito, alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che fosse stata privilegiata l'altra (Cass., 28 novembre 2017, n. 28319). Le censure di parte ricorrente sono, dunque, inammissibili poiché intendono accreditare una lettura della fattispecie negoziale in punto di facoltà di attivazione della clausola risolutiva espressa contenuta nell'art. 21 del contratto di leasing finanziario *inter partes* diversa da quella esplicitata, in modo non implausibile, dal giudice di merito, che detta clausola ha posto in correlazione (art. 1363 c.c.) con la situazione di inadempimento delle obbligazioni di pagamento dei canoni facenti capo alla società utilizzatrice, quale ipotesi comunque ricompresa tra le previsioni di altra clausola del medesimo contratto (di cui all'art. 20), attribuendo, altresì, rilievo al comportamento della stessa concedente, ossia quello di avvalersi proprio "della clausola risolutiva contenuta nel contratto di leasing", come desunto dalla missiva del luglio 2014 (la cui portata – in questa sede, come già accaduto nel giudizio di opposizione di cui al decreto impugnato – è solo parzialmente posta in risalto dalla stessa società, ossia non facendo cenno alla parte in cui è esplicitata la volontà di risolvere il contratto).

2.1.2. – Il motivo è, invece, infondato quanto alla doglianza che predica, in termini assoluti e dogmatici, la non risolvibilità per inadempimento, in forza di clausola risolutiva espressa, del contratto di leasing traslativo intercorso tra le parti in quanto contratto di durata già giunto alla sua naturale scadenza. In questi termini giova rammentare che, alla luce della giurisprudenza di questa Corte – seppur maturata in contesti e fattispecie diverse [mandato (Cass., 6 giugno 2018, n. 14623); locazione (Cass., 17 luglio 2008, n. 19695; Cass., 28 novembre 2008, n. 28416; Cass., 9 luglio 2009, n. 16110; Cass., 22 dicembre 2015, n. 25740; Cass., 20 dicembre 2019, n. 34158); appalto (Cass., 6 aprile 2011, n. 7878)] –, è possibile enucleare un principio più generale (la cui tenuta deve, comunque, essere testata nelle vicende singolari), per cui la cessazione di efficacia di un contratto, per lo spirare del termine di durata, non preclude, di per sé, la possibilità di far valere rimedi risolutivi, azionabili per un inadempimento concretatosi anteriormente alla scadenza naturale del contratto medesimo. E tanto non solo in ragione dell'alterità, nonché priorità degli effetti nel tempo, della risoluzione rispetto ad altra causa di cessazione del contratto, ma, altresì, in forza del potere di autonomia privata del contraente non inadempiente – che trova rispondenza anche nella consentita alternativa dei rimedi (adempimento e risoluzione) e nella prevalenza di quello risolutorio alla stregua di quanto disposto dai primi due commi dell'art. 1453 c.c. –, il quale, in ragione della cessazione fisiologica del termine di durata del contratto, sarebbe privato

della possibilità di far valere l'inadempimento altrui. Questo, peraltro, non elide quella verifica, caso per caso – della cui necessità dà conto l'ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020 –, dell'ammissibilità della domanda di risoluzione di un contratto di durata, per l'inadempimento delle relative obbligazioni, pur a fronte della cessazione del rapporto per altra causa, successiva all'inadempimento (segnatamente, per la intervenuta scadenza naturale), dovendo sussistere un concreto ed attuale interesse alla tutela azionata, che, di regola, non potrebbe darsi (come evidenzia la stessa ordinanza interlocutoria citata) ove, essendo la pretesa circoscritta all'adempimento dei corrispettivi insoluti o al risarcimento del danno, trovi immediato rilievo il regime dettato dall'art. 1458, primo comma, secondo periodo, c.c., per cui gli effetti della risoluzione non si estendono alle prestazioni già eseguite. Ciò che, infatti, verrebbe a sterilizzare le conseguenze liberatorie e restitutorie che normalmente discendono dalla disciplina (caratterizzata dalla retroattività) della risoluzione in forza del comma primo, primo periodo del medesimo art. 1458 c.c., in tal modo rendendo non altrimenti utile una siffatta domanda giudiziale, perché dal suo eventuale accoglimento non potrebbe discendere alcun effetto che non si sia già prodotto (cessazione del rapporto) o che non sia conseguibile con la domanda di adempimento (della controprestazione non eseguita) e con la generale azione di danno ex art. 1218 c.c., in quanto autonomamente proponibile rispetto a quella risoluzione. Tuttavia, sotto il profilo degli effetti risolutivi del leasing traslativo per cui è causa (gli unici ad essere ormai rilevanti all'esito dello scrutinio della censura che precede, sub § 2.1.1.), il perimetro della presente impugnazione non comprende l'alternativa anzidetta, ma ne esibisce una diversa, che è scolpita, da un lato, dall'applicazione, già effettuata dal giudice del merito, dell'art. 1526 c.c. al contratto *inter partes* (norma che prevede la restituzione, da parte del concedente, delle rate versate e la corresponsione, da parte dell'utilizzatore, di un equo compenso, oltre all'eventuale risarcimento del danno) e, dall'altro, dell'operatività, invocata dalla società concedente, ricorrente per cassazione, dell'art. 72-*quater* I.f. (che dà rilievo all'eventuale credito in favore del concedente risultante dalla differenza tra quanto ricavato dalla vendita o altra allocazione del bene e il credito contrattuale residuo) e, dunque, tra rimedi che si atteggiano, entrambi, in termini differenti e ulteriori rispetto a quelli (adempimento e risarcimento del danno ex art. 1218 c.c.) correlati alle conseguenze ordinariamente disposte dall'art. 1458 c.c. in ipotesi di contratto ad esecuzione periodica o continuata. Ne consegue che, per dichiarare infondate le censure veicolate con il mezzo in esame, non occorre attendere l'esito dello scrutinio del terzo motivo di ricorso, incentrato proprio sul tema (oggetto del contrasto giurisprudenziale la cui risoluzione è stata rimessa a queste

Sezioni Unite) dell'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 1526 c.c. ovvero dell'art. 72-*quater* I.f.

3. – Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1526 c.c. e 72-*quater* I.f., per aver il Tribunale erroneamente ritenuto applicabile, nella fattispecie, l'art. 1526 c.c., non venendo in rilievo un'ipotesi di risoluzione del contratto, bensì di sua cessazione per essere giunto a naturale scadenza; il che, del resto, avrebbe impedito anche l'applicazione dell'art. 72-*quater* I.f., che presuppone l'efficacia del contratto alla data di dichiarazione del fallimento. (Omissis) Ad avviso della ricorrente, nel caso in esame, integrante un "tertium genus" rispetto alle ipotesi anzidette, avrebbe dovuto trovare applicazione la regolamentazione pattizia, che consentiva al concedente di ottenere, oltre la restituzione del bene, il pagamento dei canoni scaduti.

3.1. – Il motivo è inammissibile. Una volta, infatti, che vi è stata definitiva conferma, all'esito dello scrutinio del motivo che precede, della statuizione del decreto impugnato in punto di risoluzione del contratto di leasing, tra le parti intercorso, per attivazione della clausola risolutiva espressa, non può più avere ingresso la doglianza che muove dal diverso presupposto che detta risoluzione non abbia rilievo e si verta ancora in ipotesi di cessazione dell'efficacia del contratto medesimo per essere giunto alla sua naturale scadenza.

4. – Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione della legge n. 124 del 2017. La società ricorrente sostiene che, a seguito della tipizzazione del contratto di leasing ad opera della legge n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140) – all'esito di un percorso normativo iniziato proprio con l'introduzione, nel 2006, dell'art. 72-*quater* I.f., proseguito con l'art. 169-*bis* I.f. in tema di concordato preventivo dell'utilizzatore e con la legge n. 208 del 2015 in materia di locazione finanziaria di immobili adibiti ad uso abitativo –, sarebbe venuta meno la distinzione tra leasing traslativo e di godimento, essendo stata ascritta al contratto una disciplina unitaria, la quale, a differenza di quanto previsto dall'art. 1526 c.c., consente al concedente di pretendere dall'utilizzatore non già un equo compenso, ma di trattenere i canoni pagati, pretendere il pagamento di quelli scaduti e non pagati, ed esigere quelli ancora da scadere, più il prezzo di opzione. Il superamento della tradizionale anzidetta distinzione comporterebbe che gli effetti della risoluzione di un contratto non soggetto, *ratione temporis*, alla legge n. 124 del 2017 dovranno trovare la propria disciplina di riferimento in quella dettata dall'art. 72-*quater* I.f., quale norma da applicare in via analogica in luogo del non più richiamabile, analogicamente, art. 1526 c.c.

4.1. – Il motivo, come detto, introduce il tema oggetto del contrasto di giurisprudenza rilevato dall'ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020 della Terza

Sezione civile e rimesso all'esame di queste Sezioni Unite.

4.1.1. – La Sezione rimettente dà conto del diritto vivente formatosi sulla distinzione, in seno al contratto di leasing finanziario (o locazione finanziaria), tra leasing di godimento (in cui il rapporto ha essenzialmente una funzione di finanziamento a scopo, per l'appunto, di godimento e, quindi, con una previsione dei canoni su base eminentemente corrispettiva di tale scopo, essendo marginale ed accessoria la pattuizione relativa al trasferimento del bene alla scadenza dietro pagamento del prezzo d'opzione) e leasing traslativo (in cui il rapporto è indirizzato anche al trasferimento del bene, in ragione di un apprezzabile valore residuo di esso al momento della scadenza contrattuale, notevolmente superiore al prezzo d'opzione, mostrando i canoni anche la consistenza di corrispettivo del trasferimento medesimo) e della affermata diversità di regole applicabili all'una o all'altra fattispecie negoziale, avendo la giurisprudenza di questa Corte ribadito, per circa un trentennio, in modo affatto costante e coeso (a partire dalle coeve decisioni del 13 dicembre 1989, n. 5569, n. 5571, n. 5573 e n. 5574; con l'avallo poi della sentenza n. 65 del 7 gennaio 1993 di queste Sezioni Unite), che gli effetti della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing traslativo sono regolati per analogia dall'art. 1526 c.c. -11- Orientamento, questo, che non è mutato anche a seguito dell'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006, dell'art. 72-*quater* I.f., ascrivendosi la disciplina di tale norma non già al profilo della risoluzione del contratto di leasing, bensì del suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore (tra le altre, Cass., 29 aprile 2015, n. 8687; Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538). Invero, come ancora evidenzia l'ordinanza n. 5022 del 2020, la fermezza dell'indirizzo in esame si rinviene anche in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017, la quale, ai commi da 136 a 140 dell'art. 1, "ha dettato una disciplina organica ed unitaria del leasing, superando la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo", sebbene le decisioni in tal senso non prendano posizione sulla portata e sugli effetti di detta legge (Cass., 19 febbraio 2018, n. 3945; Cass., 18 giugno 2018, n. 15975; Cass., 12 febbraio 2019, n. 3965). Un siffatto diritto vivente – come detto, costante e coeso per circa un trentennio – è stato invece contrastato da una serie di pronunce di questa Corte (a partire da Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, seguita poi da: Cass., 20 agosto 2019, n. 18545; Cass., 30 settembre 2019, n. 24438; Cass., 28 ottobre 2019, n. 27545), inclini a valorizzare, in via interpretativa, proprio la novella legislativa del 2017, giungendo alla conclusione che, in ragione dell'innovazione del quadro normativo di riferimento (già inciso dal citato art. 72-*quater* I.f., ma anche da ulteriori settoriali interventi legislativi), l'art. 1526 c.c. non possa trovare applicazione nel caso di risoluzione

per inadempimento dei contratti di leasing, traslativi o di godimento che siano, in quanto è stata superata, per l'appunto, la tradizionale distinzione, di origine pretoria, tra leasing traslativo e di godimento, quale figure ora accomunate in una regolamentazione unitaria e a vocazione generale anche quanto ai stabiliti effetti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

-12- Secondo tale più recente indirizzo, gli effetti delle novità normative si «riverberano ... anche sui contratti cui esse non sarebbero applicabili *ratione temporis*: non già per effetto di una non consentita applicazione retroattiva, ma per effetto di una “interpretazione storico-evolutiva, secondo cui una determinata fattispecie negoziale (...) non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi “ora per allora, ma all'attualità”»; e ciò sul presupposto che, sino al definitivo accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, non si siano esauriti i relativi effetti. Donde, il principio per cui le conseguenze della risoluzione dei contratti di leasing, antecedente al fallimento dell'utilizzatore e sottratti *ratione temporis* all'efficacia diretta della legge n. 124 del 2017, debbano essere disciplinate in via analogica dall'art. 72-*quater* I.f., che esibisce la medesima regolamentazione di quella poi fatta propria dalla novella più recente.

4.1.2. – I dubbi sulla tenuta di quest'ultimo orientamento sono dall'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione compendiate in due distinti “quesiti”, che interrogano altrettante «questioni preliminari “di sistema”», come detto riassumibili nella possibilità, o meno, di predicare l'applicazione analogica (attraverso l'interpretazione “evolutiva”) di una norma sopravvenuta rispetto alla fattispecie concreta che dovrebbe disciplinare. Nella specie, infatti, le norme che si pretenderebbero espressive di un principio generale (l'art. 72-*quater* I. fall. e l'art. 1, commi 136-140, della l. n. 124 del 2017) sono entrate in vigore molto tempo dopo la risoluzione del contratto di leasing oggetto del presente giudizio (la legge del 2017 anche dopo la dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore); risoluzione avvenuta, come detto, in un quadro di “diritto vivente” consolidato nel senso della distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento, con conseguente applicabilità analogica dell'art. 1526 c.c. alla risoluzione del primo.

4.1.2.1. – Assume, pertanto, la Terza Sezione civile che la giurisprudenza, e massimamente quella di legittimità nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, concorre nella formazione della norma da applicare e, come tale, è tenuta a rispettare il principio (discendente dalla CEDU, ma recepito anche nell'ordinamento comunitario in forza dell'art. 6 TUE) della certezza del diritto, nei suoi tre corollari: “il principio di irretroattività delle norme; il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di salvaguardia dei diritti quesiti”. Trattasi, del resto, di principi condi-

visi da questa stessa Corte allorché, sia pure in materia processuale, ha affermato che il mutamento di un orientamento consolidato su una certa interpretazione delle norme di rito trova giustificazione solo quando quell'interpretazione sia “manifestamente arbitraria e pretestuosa (...) atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo” (Cass., S.U., 6 novembre 2014, n. 23675). Di qui, pertanto, il primo quesito di diritto posto dall'ordinanza interlocutoria: “se l'interpretazione dell'art. 1, commi 136-140, della legge 4.8.2017, n. 124, secondo cui tale norma imporrebbe di abbandonare (anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore) il tradizionale orientamento che applica alla risoluzione del contratto di leasing traslativo l'art. 1526 c.c., sia coerente coi principi comunitari di certezza del diritto e tutela dell'affidamento”.

4.1.2.2. – Il secondo quesito (strettamente correlato al primo) involge la legittimità di un procedimento di applicazione analogica definita “diacronica”, “per effetto della quale la norma da applicare per analogia al caso concreto potrebbe anche non esistere al momento di realizzazione della fattispecie, purché esista al momento della decisione”. Procedimento che – ad avviso della sezione rimettente – “parrebbe di assai dubbia compatibilità coi principi già ricordati di certezza del diritto e tutela dell'affidamento”. In ogni caso, anche a voler ritenere ammissibile tale peculiare tipo di analogia (che l'orientamento più recente definisce come “interpretazione storicoevolutiva”), l'ordinanza interlocutoria solleva il dubbio che l'art. 72-*quater* I.f. possa applicarsi alla fattispecie concreta all'esame della Corte, dal momento che a venire in rilievo in quest'ultima sono gli effetti di una risoluzione del contratto anteriore al fallimento, e non già gli effetti dello scioglimento del contratto, ad opera del curatore, in conseguenza del fallimento medesimo. L'interrogativo che, quindi, pone l'ordinanza n. 5022 del 2020 è “se possa applicarsi in via analogica, anche solo per analogia iuris, una norma inesistente al momento in cui venne ad esistenza la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento; ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica possa ravvisarsi nell'art. 72-*quater* I. fall.”.

4.2. – Ritengono queste Sezioni Unite che non possa darsi seguito all'orientamento giurisprudenziale più recente, inaugurato dalla sentenza n. 8980 del 2019, e che, dunque, debba assicurarsi continuità al diritto vivente di risalente formazione (ma, come detto, ribadito anche da pronunce successive a quella portatrice di overruling), che ha costantemente tratto dall'art. 1526 c.c., in forza di interpretazione analogica, la disciplina atta a regolare gli effetti della risoluzione per inadempimento di contratto di leasing (traslativo) verificatasi prima dell'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017

e del fallimento dell'utilizzatore resosi inadempiente. Queste le ragioni che convincono di dover risolvere nei termini appena evidenziati l'ingeneratosi contrasto di giurisprudenza, conseguendone, quindi, l'infondatezza del motivo di ricorso in esame.

4.3. – Giova precisare sin d'ora, in termini più generali (o di sistema) che, ai fini dell'approdo nomofilattico che si ritiene di privilegiare, non è affatto in discussione la forza propulsiva dell'attività interpretativa rimessa al giudice, anche nella sua declinazione di ermeneutica c.d. evolutiva (o storico-evolutiva), affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà socio-economica di riferimento, nei confronti della quale l'interprete deve sempre tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela. E l'anzidetto canone interpretativo – che si coordina con gli altri (letterale, teleologico, sistematico) per guidare lo svolgimento dell'interpretazione giuridica, così da costituire un complesso di criteri filtranti la “lettura” delle norme, le quali, in quanto modelli deontici di condotta, necessitano di trovare concreta attuazione e, quindi, di essere immerse nella realtà viva e mutevole dell'ordinamento – può ben spiegare la propria modalità operativa anche nutrendosi del diritto positivo di più recente conio, successivo, dunque, all'assetto regolatorio pertinente alla disciplina da interpretare, gettando su di essa un luce retrospettiva capace di svelarne senso e orientamento anche differenti da quelli sino ad allora affermati, ove rispondenti alle predette esigenze. Né l'interpretazione giuridica così dinamicamente modulata si rende disarmonica con il disegno legislativo degli ultimi tre lustri volto – attraverso le varie riforme del processo civile di legittimità (da cui le disposizioni, introdotte o novellate, degli artt. 360-bis, n. 1, 363, 374, terzo comma, e 384, primo comma, c.p.c.) – ad implementare lo spazio vitale della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sempre più nell'ottica valoriale della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, a presidio di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice, quale precipitato immediato del principio di eguaglianza, così da accreditare il “precedente” come regola “forte” di decisione di casi a venire e, dunque, elevandolo a criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione di controversie future. Al “precedente”, infatti, è affidato quel grado di stabilità che il dinamismo propulsivo dell'ordinamento giuridico, alimentato dal mutamento dei fattori ambientali (socio-economici) regolati, rende, comunque, solo tendenziale e che l'evoluzione giurisprudenziale sa, per l'appunto, cogliere in un incessante riequilibrio delle condizioni atte a garantire tutela ai beni/interessi che, come detto, a buon ragione la reclamino in termini di effettività proprio attraverso lo *jus dicere*. Tuttavia, non può l'attività di interpretazione delle norme, come tale, superare quei limiti che si impongono nel suo svolgimento e

che danno la misura della distinzione di piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice, tanto da non potersi collocare il “precedente” stesso, seppure proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale (e, dunque, anche se integrativo del parametro legale: art. 360-bis, n. 1, c.p.c.), allo stesso livello della cogenza che esprime, per statuto, la fonte legale (cfr. anche Corte cost., sent. n. 230 del 2012), alla quale il giudice è (soltanto) soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.). Il legislatore, infatti, “introduce nell'ordinamento un quid novi che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento”; il giudice, come detto, “applica al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte cost. n. 155 del 1990) e in tal modo ne disvela il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale” (Cass., S.U., n. 4135/2019). È in tal senso, pertanto, che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura “dichiarativa”, giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, “con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa” (Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687; Cass., S.U., 24 aprile 2004, n. 21095).

4.3.1. – Sicché, l'attività interpretativa giudiziale, sia pure a vocazione, per l'appunto, “evolutiva”, è segnata, anzitutto, dal limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza stessa (Cass., S.U., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass., S.U., 22 giugno 2018, n. 16957; Cass., S.U., 31 ottobre 2018, n. 27755). Ciò consente di affermare, anzitutto, che, al fine di poter colmare l'eventuale lacuna che l'ordinamento esibisca rispetto alla disciplina di un caso concreto, il procedimento analogico (o interpretazione/integrazione analogica) esige (art. 12, secondo comma, delle “preleggi”) che la disposizione (*analogia legis*) o lo stesso “principio generale dell'ordinamento” (*analogia iuris*), che a quel caso forniranno la *regula iuris* in quanto si possa ravvisare la “eadem ratio” – ossia la medesima ragione giustificativa che legittima il ricorso al procedimento stesso, ciò implicando il riconoscimento a monte di un rapporto di similitudine fondato sulla comunanza di elementi (giuridici o fattuali), strutturali e/o funzionali, rilevanti – devono essere presenti all'interno dell'ordinamento (quali norme frutto dell'attività interpretativa svolta) nel momento in cui il giudice si trova a doverli applicare, non potendo egli fare opera creativa nei termini appena evidenziati.

4.3.2. – Inoltre, non può l'interpretazione delle norme da parte del giudice “interferire sul terreno della vigenza della legge che è connessa alla sua en-

trata in vigore come dalla stessa predeterminata con regole generali (artt. 10, 11, 14 e 15 disp. sulla legge in generale) o specifiche vincolanti per l'interprete" (così la citata Cass., S.U., n. 4135/2019). Ai fini del presente scrutinio viene in rilievo la regola dettata dal citato art. 11 delle "preleggi" ("la legge non dispone che per l'avvenire"), in forza della quale, ove non sia il legislatore stesso a disporre in via retroattiva – e ciò può avvenire espressamente (anche tramite norma di interpretazione autentica) ovvero implicitamente (la retroattività essendo anche desumibile, se inequivocabile, in via interpretativa dalla disposizione interessata) –, un tale potere non è esercitabile dal giudice, neppure per il tramite del procedimento analogico, essendo l'efficacia temporale della fonte disponibile solo per il legislatore e pure per esso in termini tali da non poterne fare uso arbitrario (tra le molte, Corte cost., sentenze n. 104 e n. 194 del 2018; Cass., S.U., 13 novembre 2019, n. 29459 e Cass., S.U., 7 maggio 2020, n. 8631). L'efficacia retroattiva di una norma è, infatti, attribuito eccezionale di essa, che deroga, per l'appunto, alla regola posta dal richiamato art. 11, la quale, sebbene non assistita da garanzia costituzionale (giacché a tale livello l'irretroattività della legge trova presidio immediato soltanto nella materia penale: art. 25 Cost.), fonda pur sempre un vincolo tendenziale nell'attività dello stesso legislatore, che non può debordare (Cass., S.U., n. 8631 del 2020, citata) da quei limiti (seppure non assoluti, ma bilanciabili con altri principi costituzionali) che il Giudice delle leggi ha inteso come "valori di civiltà giuridica", tra cui, eminentemente, "il rispetto del principio di ragionevolezza", "la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto", "la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico", "il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (tra le molte, sentenze n. 397 del 1994, n. 209 del 2010, n. 308 del 2013, n. 69 del 2014). Limiti, o almeno alcuni dei quali (la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento), che sono ritenuti cogenti (e non solo per legislatore, ma anche per il formante giurisprudenziale) pure in ambito di diritto sovranazionale, sia eurolunitario (come, in particolar modo, messo in risalto dalla stessa ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020, che ha richiamato le sentenze della Corte di giustizia del 14 aprile 1970, in causa C-68/69; del 7 luglio 1976, in causa C-7/76; del 16 giugno 1998, in causa C-162/96), che convenzionale. Ambito, quest'ultimo, nel quale, peraltro, si rende maggiormente aderente al thema decidendum la tutela somministrata, più che dall'art. 6 CEDU (giacché rilevante essenzialmente allorché la legge retroattiva venga ad influenzare indebitamente controversie nelle quali è parte lo Stato o, comunque, ad alterare il principio di parità delle armi), dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla stessa Convenzione, nella lata accezione che la stessa Corte EDU fornisce

della protezione della proprietà (attraverso la nozione di "bene" inteso come diritto patrimoniale: tra le altre, Corte EDU, sentenza del 7 giugno 2012, Centro Europa s.r.l. c. Italia), per l'incidenza pregiudizievole della norma retroattiva sul legittimo affidamento di rilevanza economica che il privato possa aver maturato in virtù della (interpretazione giurisprudenziale, nella specie, della) legislazione previgente.

4.3.2.1. – Tuttavia, proprio in riferimento alla tutela del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica e della certezza del diritto (che, nei termini sopra precisati, sono anche parte dello statuto del precedente nomofilattico), la garanzia costituzionale cessa con l'entrata in vigore della legge, non potendosi estendere sino a coprire modificazioni pro futuro dell'assetto normativo vigente. Ciò che, del resto, è affermazione di principio che si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che sovente ha ritenuto che il principio del legittimo affidamento "non può essere esteso fino a impedire, in generale, che una nuova disciplina si applichi agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della disciplina anteriore" (sentenza 29 giugno 1999, in C-60/98; sentenza 3 settembre 2015, A2A, C-89/14; sentenza 26 maggio 2016, in C-260/14 e C-261/14). Con l'avvento della nuova legge si pone, dunque, un problema di effetti intertemporali rispetto alla disciplina previgente, che, se non regolati quest'ultimi direttamente dal legislatore tramite disposizioni che modulano la transizione dalla vecchia disciplina alla nuova (e, dunque, intervengono sui profili di eventuale ultrattività della prima o retroattività della seconda), sono da risolversi in base alla teoria del c.d. "fatto compiuto", che questa Corte da tempo risalente ha inteso seguire in modo costante (tra le altre, Cass., S.U., 12 dicembre 1967, n. 2926, Cass., 20 marzo 1969, n. 858, Cass., 11 luglio 1975, n. 2743, Cass., 29 aprile 1982, n. 2705; Cass., 28 aprile 1998, n. 4327, Cass., 28 settembre 2002, n. 14073, Cass., 3 luglio 2013, n. 16620, Cass., 2 agosto 2016, n. 16039, Cass., 13 ottobre 2016, n. 20680, Cass., 14 ottobre 2019, n. 25826, Cass., S.U., n. 29459 del 2019, citata). La retroattività normativa, infatti, è da apprezzarsi come sussistente allorché una disposizione di legge introduca, sulla base di una nuova qualificazione giuridica di fatti e rapporti già assoggettati all'imperio di una legge precedente, una nuova disciplina degli effetti che si sono già esauriti sotto la legge precedente, ovvero una nuova disciplina di tutti gli effetti di un rapporto posto in essere prima dell'entrata in vigore della nuova norma, senza distinzione tra effetti verificatisi anteriormente o posteriormente alla nuova disposizione, pur essendo possibile separare ontologicamente gli uni dagli altri e non sussistendo tra i medesimi un rapporto di ineranza o dipendenza. Non è dato, invece, ravvisare la retroattività di una norma allorché essa disciplini status, situazioni e rapporti che, pur costituendo *lato sensu* effetti di un

pregresso fatto generatore (previsti e considerati nel quadro di una diversa normazione), siano distinti ontologicamente e funzionalmente (indipendentemente dal loro collegamento con detto fatto generatore), in quanto suscettibili di una nuova regolamentazione mediante l'esercizio di poteri e facoltà non consumati sotto la precedente disciplina. E tanto si verifica mediante la sopravvenuta introduzione di nuovi presupposti, condizioni e facoltà per il riconoscimento di diritti e obblighi inerenti al pregresso fatto generatore, ovvero mediante la sopravvenuta soppressione o limitazione dei presupposti, condizioni e facoltà per il riconoscimento suddetto, se ancora non avvenuto definitivamente.

4.4. – Sulla scorta di tali più generali premesse occorre, quindi, considerare che, sino al momento dell'entrata in vigore della legge 4 agosto 2017, n. 124 (e, segnatamente, del suo art. 1, commi 136-140), il leasing è rimasto sostanzialmente un contratto soltanto socialmente tipico, articolato in distinte forme e strutture dalla pratica commerciale, unificate dall'operazione di finanziamento volta a consentire ad un soggetto (il c.d. utilizzatore o lessee) il godimento di un bene (transitorio o finalizzato al definitivo acquisto del bene stesso) grazie all'apporto economico di un soggetto abilitato al credito (il c.d. concedente o lessor) il quale, con proprie risorse finanziarie, consente all'utilizzatore di soddisfare un interesse che, altrimenti, non avrebbe avuto la possibilità o l'utilità di realizzare, attraverso il pagamento di un canone che si compone, in parte, del costo del bene e, in parte, degli interessi dovuti al finanziatore per l'anticipazione del capitale (così Cass., S.U., 5 ottobre 2015, n. 19785). In questo contesto, pertanto, è sorta e si è sviluppata la distinzione tra leasing traslativo e di godimento (come innanzi ricordata), che porta come conseguenza rilevante quella della diversificazione delle rispettive discipline in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore. Nel leasing di godimento, la risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite, secondo quanto disposto dall'art. 1458 primo comma, secondo periodo, c.c., in tema di contratti ad esecuzione continuata e periodica, riscontrandosi piena sinallagmaticità tra le reciproche prestazioni, sicché, l'utilizzatore è tenuto a restituire il bene, mentre il concedente ha diritto a mantenere le rate rimosse, oltre al risarcimento del danno per l'inadempimento verificatosi. Nel leasing traslativo, la risoluzione resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni di cui all'art. 1526 c.c., con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, per cui l'utilizzatore è obbligato alla restituzione del bene e il concedente alla restituzione delle rate rimosse, avendo, però, diritto ad un equo compenso per la concessione in godimento del bene e il suo deprezzamento d'uso, oltre al risarcimento del danno. La ragione di questa distinzione nella disciplina degli effetti risolutivi tra le due figure di leasing è quella di

far fronte, nel caso di leasing traslativo, all'esigenza di porre un limite al dispiegarsi dell'autonomia privata là dove questa venga, sovente, a determinare arricchimenti ingiustificati del concedente, il quale, seguendo lo schema da lui predisposto, si troverebbe a conseguire (la restituzione del bene e l'acquisizione delle rate rimosse, oltre, eventualmente, il risarcimento del danno, ossia) più di quanto avrebbe avuto diritto di ottenere per il caso di regolare adempimento del contratto da parte dell'utilizzatore stesso (tra le molte, Cass., 4 luglio 1997, n. 6034). Ed è questa l'esigenza che, del pari, costituisce la ragione giustificativa della complessiva disciplina recata dall'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva di proprietà, come del resto si evince già dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile del 1942, ivi declinandosi chiaramente l'intento di ovviare, nella fase patologica del rapporto, agli abusi della prassi commerciale nei confronti della posizione del compratore e, al tempo stesso, a fornire equilibrata tutela pure al venditore, attraverso la previsione dell'equo compenso e del risarcimento del danno, anche in quest'ultimo caso, però, avendo di mira, attraverso la previsione dell'istituto della riduzione della penale eccessiva, l'equità contrattuale e il contrasto ad ogni indebita locupletazione ingenerata dall'autonomia privata.

4.5. – La legge del 2017 è stata preceduta, comunque, da taluni interventi legislativi, ma di portata eminentemente settoriale, volti a regolare aspetti o modelli peculiari del leasing finanziario, come gli effetti dello scioglimento del contratto a seguito del fallimento dell'utilizzatore (art. 72-*quater* I.f., introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006 (dal 10 settembre 2021, art. 177 del d.lgs. n. 14 del 2019, recante "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155") ovvero gli effetti dello scioglimento del medesimo contratto nell'ambito del concordato preventivo (art. 169-*bis*, quinto comma, I.f., come introdotto dal d.l. n. 83 del 2015, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2015), nonché la disciplina di una specifica tipologia di leasing, quello di immobile da adibire ad abitazione principale (art. 1, commi 74-80, della legge n. 208 del 2015). L'art. 1, commi 136-140, della legge n. 124 del 2017, superando, quindi, la logica della regolamentazione specifica e settoriale, ha fornito una tipizzazione legale del contratto di leasing finanziario in termini di fattispecie generale e unitaria (facendo convergere in un unico tipo il leasing di godimento e quello traslativo: segnatamente in tal senso il comma 136), mutuandone morfologia e funzione da un radicato substrato economico-sociale, così da plasmare in disciplina positiva l'esperienza lungamente maturata nel contesto regolatorio dell'autonomia privata, alimentato, costantemente, anche dall'attività ermeneutica della giurisprudenza. La regolamentazione tipica si sofferma, anzitutto, sul profilo dell'inadempimento

dell'utilizzatore, stabilendo (comma 137) che "(c)ostituisce grave inadempimento ... il mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria". Le conseguenze dell'inadempimento dell'utilizzatore "ai sensi del comma 137", in termini di risoluzione del contratto sono dettate dal comma 138, che (allineandosi, nella sostanza anche se con talune differenze, ai pregressi assetti regolatori specifici e settoriali), prevede che "il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente". – Il successivo comma 139 regola una specifica procedura per la vendita o la riallocazione del bene concesso in godimento, nel rispetto dei valori di mercato e in base a "criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore". Infine, il comma 140 fa salva la disciplina settoriale, sia quella dettata dall'art. 72-*quater* I.f., sia quella del leasing immobiliare per abitazione principale, di cui alla legge n. 208 del 2015.

4.5.1. – La disciplina recata dalla legge n. 124 del 2017 non ha, però, carattere retroattivo, essendo essa priva degli indici che consentono di riconoscere efficacia regolativa per il passato, non avendo in tal senso disposto lo stesso legislatore, né proponendosi la novella di operare una interpretazione autentica di un assetto legale precedente, in quanto essa interviene, in modo innovativo, a colmare una lacuna ordinamentale circa la disciplina del contratto di locazione finanziaria, cui soltanto il formante giurisprudenziale aveva posto rimedio attraverso l'integrazione analogica di cui si è già detto. L'efficacia della legge del 2017 è, dunque, pro-futuro, senza che il legislatore si sia, però, preoccupato di dettare una disciplina intertemporale, avuto riguardo ai rapporti contrattuali in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore. Disciplina che, pertanto, occorre individuare in forza del già ricordato principio (o teoria) del c.d. "fatto compiuto", che, come detto, questa Corte ha enunciato come regolatore delle interferenze dello jus superve-

niens sui rapporti giuridici suscettibili di esservi incisi e, tra questi, quelli di durata, tra cui, per l'appunto, il contratto di leasing.

4.5.1.1. – Deve ritenersi che l'applicazione della nuova legge è consentita, nei confronti di contratto di leasing finanziario concluso antecedentemente alla sua entrata in vigore (e che sia sussumibile nella fattispecie delineata dal comma 136; là dove, di norma, tale riscontro è positivo, giacché detta fattispecie negoziale mutua morfologia e funzione del tipo dalla realtà socio-economica), allorché, ancora in corso di rapporto, non si siano ancora verificati i presupposti (legali o convenzionali) della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore: ossia non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore di detta legge, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente. La nuova regolamentazione (e, segnatamente, quella dettata dai commi 137 e 138) incide, sul piano funzionale, sullo svolgimento del rapporto negoziale, ma non anche, sul piano genetico, sulla fattispecie che lo origina (ossia, investe il contratto non come "fatto storico", quanto come regolamento programmatico di interessi), disciplinandone il profilo patologico dell'inadempimento dell'obbligazione fondamentale gravante sull'utilizzatore, quella del pagamento dei canoni (c.d. inadempimento finanziario), tipizzando rigidamente la misura della gravità della condotta idonea a determinare la risoluzione del contratto di leasing e sottraendo al giudice quella valutazione che l'art. 1455 c.c., quale norma generale, declina in termini elastici. Valutazione, quest'ultima, che, però, rimane necessaria (non solo per l'inadempimento che concerne il lato del concedente, ma anche) per inadempimenti dell'utilizzatore diversi da quello scolpito dal comma 137, riguardanti, ad esempio, il lato gestionale (utilizzo, manutenzione, conservazione, etc.) del bene concesso in leasing. In altri termini, il "fatto compiuto" è, nella specie, quello che genera la responsabilità del debitore (l'utilizzatore) ai sensi dell'art. 1218 c.c. e cioè l'inadempimento – quale evento attinente al rapporto – che è idoneo a legittimare, come effetto, la risoluzione del contratto; inadempimento che la legge n. 124 del 2017 tipizza (plasmandolo come presupposto settoriale) in guisa tale da determinare il discrimine tra il "prima" e il "dopo" ai fini dell'applicazione della novella. E il comma 137 – al pari del successivo comma 138, che disciplina gli effetti della risoluzione contrattuale in modo indefettibilmente collegato (per dettato normativo) all'inadempimento declinato dal comma 137 – è norma imperativa, non avendo altrimenti ragione d'essere la tipizzazione ex lege della gravità dell'inadempimento (ancorata al mancato pagamento di un certo numero di canoni mensili o trimestrali) a fronte di possibili deroghe pattizie (del resto, quasi sempre presenti nella prassi commerciale), che attribuiscono al concedente il potere risolutivo per il mancato pagamento di un

solo canone o, comunque, di inadempimenti di carattere finanziario ben meno gravi di quello contemplato dalla norma anzidetta. Questo, peraltro, comporta l'inefficacia ex nunc della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), apposta a contratto di leasing in corso che non abbia ancora maturato i presupposti della risoluzione ai sensi del citato comma 137, ove calibrata in termini diversi e meno favorevoli per l'utilizzatore di quanto previsto dalla legge con norma imperativa per l'inadempimento di tipo finanziario. La novella legislativa, dunque, viene a condizionare la stessa autonomia contrattuale delle parti nel senso di impedire alla clausola contraria alla sopravvenuta norma non derogabile (in pejus, in quanto stabilita a tutela dell'utilizzatore stesso) di operare dal momento di entrata in vigore di quest'ultima, ossia di giustificare effetti del regolamento contrattuale che non si siano già prodotti. Né, del resto, la stessa clausola risolutiva espressa, in contrasto con lo *jus superveniens* a carattere imperativo, sarebbe, come tale, in grado di poter determinare quelle peculiari conseguenze della risoluzione disciplinate dal menzionato comma 138, in quanto queste, come detto, sono dalla legge correlate allo specifico fatto inadempimento previsto dal comma 137.

4.6. – Non può, dunque, la legge n. 124 del 2017 trovare applicazione per il passato, ossia per i contratti di leasing finanziario in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), con la conseguenza che gli effetti risolutivi non potranno essere, per detti contratti, quelli disciplinati dal comma 138 dell'art. 1 della medesima legge (ai quali si correla, poi, il procedimento di vendita o riallocazione del bene regolato dal successivo comma 139).

4.6.1. – Né è predicabile l'esito – fatto proprio dall'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla citata Cass. n. 8980 del 2019 – di una applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 72-*quater* l.f., in caso di scioglimento di contratto di leasing ad opera del curatore nell'ambito di procedura fallimentare, siccome assunta in guisa di principio generale proprio alla luce, retrospettiva, della novella legislativa del 2017 e in forza del comune denominatore, tra le due fattispecie, rappresentato dalla attribuzione al concedente del diritto alla restituzione del bene concesso in godimento e all'utilizzatore o alla curatela del ricavato della vendita o di altra allocazione del bene medesimo, detratto l'ammontare del credito residuo (nella portata specificamente stabilita per ciascuna fattispecie interessata). È *jus receptum* (tra le altre, Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, Cass., 13 febbraio 2017, n. 3750, Cass., 7 settembre 2017, n. 20890, Cass., 15 settembre 2017, n. 21476, Cass., 12 giugno 2018,

n. 15202, Cass., 18 giugno 2018, n. 15975, Cass., 17 aprile 2019, n. 10733, Cass., 24 gennaio 2020, n. 1581) che l'art. 72-*quater* l.f., introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006 – sebbene quanto agli effetti da essa regolati ha superato la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, assumendo a proprio fondamento una disciplina unitaria del leasing improntata alla causa del contratto di finanziamento – è norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale, presupponendo lo scioglimento, per volontà del curatore e quale conseguenza del fallimento, del contratto ancora pendente a quel momento. Sicché, la norma fallimentare mantiene salda la distinzione strutturale esistente tra la nozione di risoluzione contrattuale e quella di scioglimento del contratto, quale facoltà riconosciuta ad una pluralità di rapporti pendenti tra il contraente ed il fallito, tra i quali, per l'appunto, anche il leasing, che rientra nel novero dei contratti che – al momento dell'apertura del concorso – restano sospesi secondo la regola generale di cui all'art. 72, primo comma, l.f. Del resto, proprio nell'ambito di detta distinzione, si apprezza la diversità di tutela somministrata dai due istituti, quello dello scioglimento contrattuale volto a riconoscere tendenzialmente solo una tutela restitutoria e non anche risarcitoria (secondo quanto si evince anche dal quarto comma dell'art. 72 l.f.), come invece accorda il rimedio generale della risoluzione per inadempimento, la cui azione potrà essere coltivata nei confronti della procedura ove promossa prima della dichiarazione di fallimento, dovendo il contraente far valere le conseguenti pretese restitutorie e di risarcimento del danno ai sensi degli artt. 92 e ss. l.f., come stabilito dal quinto comma del citato art. 72. Ed è proprio in ragione di tutte le evidenze appena elencate che il “diritto vivente” ha escluso – in assenza di una eadem ratio e di simili elementi, strutturali e/o funzionali, rilevanti – che la disciplina dettata dall'art. 72-*quater* l.f. potesse trovare applicazione analogica in caso di contratto di leasing finanziario risolto, per inadempimento dell'utilizzatore, prima del fallimento di quest'ultimo, avendo invece rinvenuto la disposizione idonea a colmare la lacuna ordinamentale, in coerenza con i criteri di cui all'art. 12 delle preleggi, in quella generale codicistica dell'art. 1526 c.c., in ipotesi di leasing traslativo. Ma tale giuridica configurazione dell'art. 72-*quater* l.f. non ha subito una trasmutazione con l'avvento della disciplina di cui all'art. 1, comma 136-140, della legge n. 124 del 2017, la quale, anzi, al citato comma 140 ha stabilito che “(r) estano ferme le previsioni di cui all'articolo 72-*quater* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (...)”, con ciò ribadendo la specialità della norma fallimentare e la sua portata circoscritta all'ambito di specifica pertinenza. L'assunto, quindi, che l'art. 72-*quater* l.f. possa costituire la disposizione applicabile analogicamente ad un contratto di leasing finanziario risolto prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, commi 136-140, della

legge n. 124 del 2017 (ma pur sempre nella vigenza della stessa norma fallimentare, altrimenti si avrebbe, secondo quanto innanzi detto, una illegittima attivazione del procedimento analogico, in quanto fondata su disposizione non presente nell'ordinamento) trova sostegno – come, peraltro, diffusamente argomentato dal pubblico ministero con le proprie conclusioni scritte – non già in una interpretazione (storico) evolutiva delle norme implicate, bensì in una operazione disallineata rispetto ai criteri posti dall'art. 12 delle preleggi e avente carattere di dissimulata applicazione retroattiva della stessa legge n. 124 del 2017, quale esito che, stante l'efficacia pro futuro di essa, è inibito al formante giurisprudenziale per le ragioni dianzi esposte. Per i contratti di leasing traslativo, che non siano soggetti, *ratione temporis*, alla regolamentazione della legge anzidetta, resta, dunque, valida la soluzione adottata dal diritto vivente di individuare, per analogia legis, nella disposizione dell'art. 1526 c.c. la disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, essendo comunque sorretta da una ratio giustificativa rispondente all'esigenza di dare equilibrato assetto alle posizioni delle parti di un contratto atipico, forgiato da una risalente prassi commerciale e al quale il formante giurisprudenziale ha fornito stabilità di assetto e certezza applicativa (fattori che quella stessa prassi richiede per un suo ordinato sviluppo), rimasto tale sino all'entrata in vigore della novella legislativa del 2017, che ha tipizzato legalmente (nei termini sopra precisati) la figura, unitaria, della locazione finanziaria.

4.7. – Né la giurisprudenza di questa Corte che, da circa un trentennio, ha rinvenuto nell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. la norma parametro di regolamentazione del leasing traslativo, quale traduce il regolamento pattizio social-tipico, è rimasta sorda a talune critiche provenienti dalla dottrina e a certe sollecitazioni dei giudici di merito, rivolte, in particolare, a dare, per contro, significativo rilievo alla causa di finanziamento che sostanzia (effettivamente, anche se non in modo del tutto assorbente) l'operazione commerciale in esame e, con ciò, a vitalizzare la sintesi degli interessi delle parti in una causa concreta che quell'orientamento consolidato verrebbe a mortificare. Nello stesso "diritto vivente" si coglie, infatti, la maturata consapevolezza di quale sia la declinazione di quella causa in concreto e, quindi, dell'interesse del concedente di ottenere, nel caso di risoluzione contrattuale per inadempimento dell'utilizzatore, "l'integrale restituzione della somma erogata a titolo di finanziamento, con gli interessi, il rimborso delle spese e gli utili dell'operazione; non quello di ottenere la restituzione dell'immobile, che normalmente non rientra fra i beni di sua proprietà alla data della conclusione del contratto, né costituiva oggetto della sua attività commerciale" (Cass., 17 gennaio 2014, n. 888). Di qui, anzitutto il rilievo per cui l'equo compenso, ai sensi del primo comma dell'art. 1526 c.c., comprende

la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso, ma non include il risarcimento del danno spettante al concedente, che, pertanto, deve trovare specifica considerazione (Cass., 24 giugno 2002, n. 9162, Cass., 2 marzo 2007, n. 4969, Cass., 8 gennaio 2010, n. 73, Cass., 24 gennaio 2020, n. 1581) e, secondo la sua ordinaria configurazione di danno emergente e di lucro cessante (art. 1223 c.c., che impone che il danno patrimoniale sia integralmente ristorato, in applicazione del principio di indifferenza), tale da porre il concedente medesimo nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se l'utilizzatore avesse esattamente adempiuto (Cass. n. 888 del 2014 – che, tra l'altro, evoca al riguardo, sebbene soltanto in guisa di utile supporto ermeneutico e non già come diritto positivo applicabile alla fattispecie, la Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988 e ratificata dalla legge n. 259 del 1993 – e Cass. n. 15202 del 2018, citate).

4.7.1. – Il risarcimento del danno del concedente può, però, essere oggetto di determinazione anticipata attraverso una clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c. e in questo senso si è, del resto, dispiegata l'autonomia privata nella costruzione, in base a modelli standardizzati, del social-tipo "contratto di leasing", come risulta dalla stessa casistica oggetto di cognizione giudiziale, anche da parte di questa Corte di legittimità. In tale contesto, quindi, si è fatta applicazione del secondo comma dell'art. 1526 c.c. e del principio, già contemplato dall'art. 1384 c.c. (di cui la prima disposizione è un portato specifico), della riduzione equitativa, ad opera del giudice, della penale che, sebbene comunque lecita, si palesi manifestamente eccessiva, così da ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela e riequilibrando, quindi, la posizione delle parti, avendo pur sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento integrale (Cass., S.U., 13 settembre 2005, n. 18128). Ecco, dunque, che la complessiva operazione – originatasi in seno all'autonomia privata e sussunta, attraverso l'analogia, nell'art. 1526 c.c. – trova la sua compiuta regolamentazione attraverso la peculiare rilevanza che viene ad assumere il comma secondo dello stesso art. 1526 c.c., ossia la norma che disciplina la clausola penale (c.d. clausola di confisca) e, quindi, il risarcimento del danno spettante in base ad essa al concedente in ipotesi di risoluzione del contratto di leasing traslativo per inadempimento dell'utilizzatore. Ed è attraverso lo spettro filtrante di detta disposizione che la giurisprudenza di questa Corte ha potuto selezionare quali delle clausole standardizzate dall'autonomia privata fosse o meno meritevole di tutela alla luce della ratio di evitare indebite locupletazioni in capo al concedente e rispondente, quindi, ad un equilibrato assetto delle posizioni delle parti contrattuali. Pertan-

to, si è ritenuto manifestamente eccessiva la penale che, mantenendo in capo al concedente la proprietà del bene, gli consente di acquisire i canoni maturati fino al momento della risoluzione, ciò comportando un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni e del residuo valore del bene (tra le molte, Cass., 27 settembre 2011, n. 19732, nonché la citata Cass. n. 1581 del 2020). È stata, invece, reputata coerente con la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 1526 c.c. la penale inserita nel contratto di leasing traslativo prevedente l'acquisizione dei canoni riscossi con detrazione, dalle somme dovute al concedente, dell'importo ricavato dalla futura vendita del bene restituito (tra le altre, le citate Cass. n. 15202 del 2018 e Cass. n. 1581 del 2020, nonché Cass., 28 agosto 2019, n. 21762 e Cass., 8 ottobre 2019, n. 25031). Trattasi, dunque, di patto che, quale espressione di una razionalità propria della realtà socio-economica, ha trovato origine e sviluppo nell'ambito dell'autonomia privata, il cui regolamento è stato, per un verso, assunto dal legislatore a parametro di una disciplina dapprima solo settoriale e specifica (tra cui quella dettata dall'art. 72-*quater* I.f.) e poi, da un dato momento in avanti, generale (con la legge n. 124 del 2017) e, per altro verso, dalla giurisprudenza a metro di rispondenza alla ratio della disciplina applicata analogicamente al contratto di leasing traslativo.

4.7.2. – In tale prospettiva va allora considerato che, ove la vendita o altra allocazione sul mercato del bene concesso in leasing non avvenga, non vi può essere (come precisato da Cass. n. 15202 del 2018, citata) “in concreto una locupletazione che eluda il limite ... ai vantaggi perseguiti e legittimamente conseguibili dal concedente in forza del contratto”. Per cui resta fermo il diritto dell'utilizzatore “di ripetere l'eventuale maggior valore che dalla vendita del bene (a prezzo di mercato)” ricavi il concedente, “rispetto alle utilità che [quest'ultimo] ... avrebbe tratto dal contratto qualora finalizzato con il riscatto del bene” (quale tutela già settorialmente tipizzata legalmente, come detto, dallo stesso art. 72-*quater* I.f.). Con l'ulteriore puntualizzazione che, nel caso in cui la clausola penale non faccia riferimento ad una collocazione del bene a prezzi di mercato, essa “dovrà esser letta negli stessi termini alla luce del parametro della buona fede contrattuale, ex art. 1375 c.c.” (così ancora Cass. n. 15202 del 2018). Se, invece, il contratto preveda una clausola penale manifestamente eccessiva (acquisizione dei canoni riscossi e mantenimento della proprietà del bene: c.d. clausola di confisca), essa, ai sensi dell'art. 1526, secondo comma, c.c. andrà ridotta dal giudice, anche d'ufficio (ove, naturalmente, la penale stessa sia stata fatta oggetto di domanda ovvero dedotta in giudizio come eccezione – in senso stretto – nel rispetto delle preclusioni di rito: Cass., 12 settembre 2014, n. 19272), nell'esercizio del potere correttivo della volontà delle parti contrattuali affidatogli dalla legge, al fine di ristabilire in via equi-

tativa un congruo temperamento degli interessi contrapposti (Cass., S.U., n. 18128 del 2005, citata) e, quindi, nella specie dovendo operare una valutazione comparativa tra il vantaggio che la penale inserita nel contratto di leasing traslativo assicura al contraente adempiente e il margine di guadagno che il medesimo si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto (tra le altre, Cass. n. 4969 del 2007, citata, e Cass., 21 agosto 2018, n. 20840). A tal riguardo, tenuto conto delle circostanze concrete del caso oggetto di sua cognizione, occorrerà che il giudice privilegi la soluzione innanzi evidenziata, e, quindi, ferma restando l'irripetibilità dei canoni già riscossi, provveda ad una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione dello stesso (se il bene non sia stato venduto o altrimenti allocato e, dunque, in tale evenienza costituendosi a parametro i valori rispettivamente conseguiti) e, quindi, detragga il valore stimato dalle somme dovute al concedente, con eventuale residuo da attribuire – in fattispecie (come quella in esame) di fallimento dell'utilizzatore successivo alla intervenuta risoluzione contrattuale – alla curatela. In siffatto contesto, il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente ha l'onere di formulare una domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 I.f., in seno alla quale, invocando l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, offra al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva; e per consentire siffatta valutazione da parte del giudice delegato, è chiaro onere dell'istante quello di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa.

4.8. – Il motivo di ricorso in esame è, dunque, infondato e, alla luce delle argomentazioni che precedono, vanno enunciati i seguenti principi di diritto: «A) La legge n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140) non ha effetti retroattivi e trova, quindi, applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore (previsti dal comma 137) non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; sicché, per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-*quater* I.f., rispetto alla quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso all'analogia legis, né essendo altrimenti consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione retroattiva della legge n. 124 del 2017. B) In base alla disciplina

dettata dall'art. 1526 c.c., in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente ha l'onere di formulare una completa domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 l.f., in seno alla quale, invocando ai fini del risarcimento del danno l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, dovrà offrire al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva, a tal riguardo avendo l'onere di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa».

5. – Il ricorso è, dunque, rigettato e le spese del giudizio di legittimità interamente compensate in ragione della particolare rilevanza delle questioni trattate.

(Omissis)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Il contratto di leasing. – 2. Leasing finanziario. – 3. Leasing operativo. – 4. Leasing traslativo e Leasing di godimento: differenze. – 5. Leasing e L. n. 124 del 2017. – 6. Decisione.

Premessa

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con Sentenza n. 2061 del 28/01/2021, hanno statuito che la L. n. 124 del 2017 trova applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore.

1. Il contratto di leasing

Il contratto di leasing (che può essere leasing finanziario o leasing operativo) è quel particolare contratto in virtù del quale un soggetto (locatore o concedente) concede a un altro soggetto (utilizzatore), il diritto di utilizzare un determinato bene dietro il pagamento di un canone periodico.

Alla scadenza del contratto, è previsto per quest'ultimo la facoltà di acquistare il bene stesso, previo l'esercizio dell'opzione di acquisto, mediante il pagamento del prezzo di riscatto.

2. Leasing finanziario

Il contratto di leasing finanziario è quel contratto mediante il quale una società finanziaria o istituto bancario acquista un bene da un rivenditore o produttore e lo concede a un terzo per un periodo di tempo stabilito dietro il pagamento di un canone, i cui rischi connessi all'utilizzo del bene sono a carico dell'utilizzatore.

Quest'ultimo deve, inoltre, pagare al concedente un primo canone (da corrispondere alla stipula del contratto, normalmente superiore all'ammontare del canone periodico), dei canoni periodici di importo fisso (che, oltre a tener conto del costo del bene, includono degli interessi da corrispondere al soggetto finanziatore) e il prezzo di riscatto finale (solitamente inferiore al valore di mercato del bene).

Peculiare è l'opzione di riscatto del bene alla scadenza: il cliente al termine del contratto potrà scegliere se restituire il bene o divenirne il proprietario pagando la differenza tra quanto già versato e il prezzo del bene, oppure, decidere di estendere la locazione o piuttosto restituire il bene al concedente finanziatore.

3. Leasing operativo

In questo tipo di contratto, a differenza del leasing finanziario che coinvolge tre diversi soggetti, il bene viene offerto direttamente da chi lo costruisce, oppure viene acquistato da un terzo soggetto che poi lo cede in leasing al locatore, a fronte del pagamento di un canone di locazione.

Trattasi di un contratto *ad personam* che viene costruito in base alle richieste e alle esigenze del cliente che lo utilizza, non soggetto a vincoli di durata, senza opzione di riscatto e non necessariamente trilaterale, con il quale, a fronte del pagamento di un canone mensile, l'utilizzatore ottiene la disponibilità di un determinato bene strumentale. Nel canone periodico, inoltre, vengono inclusi i costi di assistenza, manutenzione del bene e assicurativi e, per di più, il conduttore può, in ogni momento del contratto, chiedere la sostituzione del bene strumentale a seguito dell'ordinaria usura derivante dall'obsolescenza, così come recedere dal contratto, previo preavviso.

4. Leasing traslativo e Leasing di godimento: differenze

La differenza tra leasing di godimento e leasing traslativo concerne la causa concreta del contratto: nel leasing di godimento, la *res* esaurisce la sua utilità economica entro un determinato periodo di tempo, coincidente di regola con la durata del rapporto; nel leasing traslativo, invece, si intende realizzare un effetto traslativo, dato che il bene è volto a conservare, alla scadenza del rapporto, un valore residuo particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore, in quanto notevolmente superiore al prezzo di riscatto, cosicché tale riscatto non costituisce un'eventualità marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione delle parti assegnata al contratto (Trib. Reggio Emilia, sez. II civile, ordinanza 02/11/2017). Nel primo, inoltre, il riscatto del bene è eventuale, indi per cui, il canone verrà comparato al valore economico di tale bene e sarà parametrato all'effettivo valore del bene in quel determinato momento; nel secondo, invece, «il contratto è finalizzato ad una compravendita», ergo, il ca-

none comprenderà sia la locazione che il pagamento di parte del prezzo e, pertanto, sarà superiore al valore locativo.

generale di cui all'art. 1526 c.c. e non quella speciale contemplata dall'art. 72-*quater* l.f.

5. Leasing e L. n. 124 del 2017

La «*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*» è composta da un solo articolo e ben 192 commi.

In caso di inadempimento del fornitore, in passato è stato affermato il principio secondo il quale, anche laddove il bene non sia stato consegnato, l'utilizzatore sarebbe comunque gravato dall'obbligo di corrispondere al concedente i canoni, avendo prescelto, oltre al bene, il soggetto che dovrebbe fornirglielo (Cass. Civ., Sez. III, 5.9.2005, n. 17767). L'utilizzatore dovrebbe quindi poter far valere i propri diritti nei confronti del fornitore. *Idem* dopo la consegna del bene: qualora quest'ultimo sia viziato, l'utilizzatore non potrebbe eccepire l'inadempimento alla società di leasing, ma dovrebbe rivolgere le proprie contestazioni sempre direttamente al fornitore (C. App. Roma, Sez. III, 27.3.2012).

In virtù del comma 140, inoltre, il legislatore fa salva la disciplina di cui all'art. 72-*quater* L.F., nonché quella per i contratti di leasing immobiliare aventi ad oggetto beni da adibire ad abitazione principale dettata dalla L. 28.12.2015, n. 208.

L'art. 72-*quater* della L.F. è stato introdotto, invero, proprio nel 2006 per disciplinare la sorte dei contratti di locazione finanziaria pendenti al momento della dichiarazione di fallimento: prima volta ove il legislatore aveva superato la bipartizione tra leasing di godimento e leasing traslativo, escludendo quindi l'applicabilità dell'art. 1526 cod. civ., per di più, nuovamente superata con la L. n. 124 del 2017 con riferimento alla risoluzione.

Nella sudetta procedura concorsuale, ergo, è stata raggiunta una parificazione degli effetti che, in passato, giurisprudenza minoritaria cercò di integrare attraverso l'applicazione analogica dell'art. 72-*quater* anche ai contratti risolti antecedentemente alla sentenza di fallimento che, però, incontrò parere contrario da parte della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. I, 9.2.2016, n. 2538).

6. La decisione

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, pertanto, hanno statuito che, la Legge n. 124 del 2017 non ha efficacia *ex tunc* e trova, quindi, applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimanendo valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, dovendo per quest'ultimo applicarsi la disciplina

Rassegna di legittimità

Adozioni – coppia omosessuale maschile – minore – adozione legittimante – provvedimento straniero di attribuzione – riconoscimento – condizioni.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato il seguente principio di diritto: “Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell’adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione”.

Cass., sez. un., 31/03/2021, n. 9006 - Pres. Curzio, Est. Acerno

Assicurazione – assicurazione sulla vita – clausola di attribuzione dell’indennizzo a favore degli eredi legittimi (e/o testamentari) – interpretazione – ripartizione dell’indennizzo – quote – uguaglianza – fondamento.

Le Sezioni Unite civili, a risoluzione di contrasto, hanno affermato i seguenti principi in tema di assicurazione sulla vita a favore di un terzo:

- *La designazione generica degli “eredi” come beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita, in una delle forme previste dall’art. 1920 c.c., comporta l’acquisto di un diritto proprio ai vantaggi dell’assicurazione da parte di coloro che, al momento della morte dello stipulante, rivestano tale qualità in forza del titolo della astratta delazione indicata all’assicuratore per individuare i creditori della prestazione.*
- *La designazione generica degli “eredi” come beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita, in difetto di una inequivoca volontà del contraente in senso diverso, non comporta la ripartizione dell’indennizzo tra gli aventi diritto secondo le proporzioni della successione ereditaria, spettando a ciascuno dei creditori, in forza della eadem causa obligandi, una quota uguale dell’indennizzo assicurativo, il cui pagamento ciascuno potrà esigere dall’assicuratore nella rispettiva misura.*
- *Allorché uno dei beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita premuore al contraente, la prestazione, se il beneficio non sia stato revocato o il contraente non abbia disposto diversamente, deve essere eseguita a favore degli eredi del premorto in proporzione della quota che sarebbe spettata a quest’ultimo.*

Cass., sez. un., 30/04/2021, n. 11421 - Pres. Rel. Curzio, Est. Scarpa

Arbitrato – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – dalla data dell’ultima sottoscrizione.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che il disposto di cui all’art. 828, comma 2, c.p.c. deve essere interpretato nel senso che il termine c.d. «lungo» per impugnare (per nullità) il lodo decorre dalla data dell’ultima sottoscrizione – e non dalla comunicazione del lodo alle parti o dal suo deposito –, in tal senso orientando non solo la lettera ma anche la ratio della norma citata, in coerenza con la logica e la struttura dell’intero sistema dell’arbitrato, atteso che il lodo, salvo quanto disposto dall’art. 825 c.p.c. ai fini dell’esecutività, produce gli effetti della sentenza pronunciata dall’Autorità giudiziaria proprio dalla data della sua ultima sottoscrizione. Tale specifica scelta del legislatore non contrasta con alcun precetto costituzionale, in quanto la tutela del soccombente è garantita dal lungo periodo per impugnare, nonché dalla certa sua conoscenza della decisione arbitrale mediante la comunicazione alle parti del lodo entro appena dieci giorni, la quale lascia a disposizione ancora un lungo lasso per impugnare il lodo stesso, senza alcuna compromissione del diritto di difesa, ove diligentemente esercitato.

Cass., sez. un., 30/03/2021, n. 8776 Pres. Amendola, Est. Nazzicone

Comunione e condominio – ripartizione di spese condominiali – delibera assembleare in violazione dei criteri, legali o convenzionali, di ripartizione – conseguenze – nullità o annullabilità della delibera – condizioni – fondamento.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato i seguenti principi di diritto: – In tema di condominio negli edifici, sono affette da nullità, deducibile in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse, le deliberazioni dell'assemblea dei condomini che mancano ab origine degli elementi costitutivi essenziali, quelle che hanno un oggetto impossibile in senso materiale o in senso giuridico – dando luogo, in questo secondo caso, ad un "difetto assoluto di attribuzioni" – e quelle che hanno un contenuto illecito, ossia contrario a norme imperative, o all'ordine pubblico, o al buon costume; al di fuori di tali ipotesi, le deliberazioni assembleari adottate in violazione di norme di legge o del regolamento condominiale sono semplicemente annullabili e l'azione di annullamento deve essere esercitata nei modi e nel termine di cui all'art. 1137 c.c. – In tema di deliberazioni dell'assemblea condominiale, sono nulle le deliberazioni con le quali, a maggioranza, siano stabiliti o modificati i generali criteri di ripartizione delle spese previsti dalla legge o dalla convenzione, da valere per il futuro, trattandosi di materia che esula dalle attribuzioni dell'assemblea previste dall'art. 1135, nn. 2 e 3, c.c. e che è sottratta al metodo maggioritario; sono, invece, meramente annullabili le deliberazioni aventi ad oggetto la ripartizione in concreto tra i condomini delle spese relative alla gestione delle parti e dei servizi comuni adottate senza modificare i criteri generali previsti dalla legge o dalla convenzione, ma in violazione degli stessi, trattandosi di deliberazioni assunte nell'esercizio delle dette attribuzioni assembleari, che non sono contrarie e norme imperative, cosicché la relativa impugnazione va proposta nel termine di decadenza previsto dall'art. 1137, comma 2, c.c.

Cass., sez. un., 14/04/2021, n. 9839 - Pres. Curzio, Est. Lombardo

Comunione e condominio – decreto ingiuntivo per la riscossione di oneri condominiali – opposizione – sindacabilità della nullità della sottostante delibera assembleare – ammissibilità – condizioni.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato i seguenti principi di diritto: – Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, il giudice può sindacare sia la nullità, dedotta dalla parte o rilevata d'ufficio, della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, sia l'annullabilità di tale deliberazione, a condizione che quest'ultima sia dedotta in via di azione – mediante apposita domanda riconvenzionale di annullamento contenuta nell'atto di citazione in opposizione – ai sensi dell'art. 1137, comma 2, c.c., nel termine perentorio ivi previsto, e non in via di eccezione; – Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, l'eccezione con la quale l'opponente deduca l'annullabilità della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, senza chiedere una pronuncia di annullamento di tale deliberazione, è inammissibile e tale inammissibilità va rilevata e dichiarata d'ufficio dal giudice.

Cass., sez. un., 14/04/2021, n. 9839 - Pres. Curzio, Est. Lombardo

Famiglia – giudicato sulla cessazione degli effetti civili di matrimonio concordatario – pendenza del giudizio circa il riconoscimento dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge – sopravvenienza del riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità dello stesso matrimonio – conseguenze in materia di assegno divorzile.

Le Sezioni Unite, a risoluzione di un contrasto giurisprudenziale, hanno affermato il seguente principio di diritto: in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Cass., sez. un., 31/03/2021, n. 9004 - Pres. Curzio, Est. Mercolino

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – unione bancaria tra stati dell'eurozona – meccanismo di vigilanza unico (MVU) – acquisizione di partecipazione qualificate in banche – potere decisionale esclusivo della BCE – atti delle autorità nazionali centrali (ANC) – qualificazione come atti dell'unione – conseguenze – competenza giurisdizionale nazionale – esclusione – competenza esclusiva del giudice dell'unione – sussistenza.

Nell'unione bancaria creata tra gli Stati dell'eurozona, il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) di cui al Regolamento (UE) n. 1024/2013 presuppone che il potere decisionale esclusivo in ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche appartenga alla BCE. Il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione della decisione della BCE non mette in dubbio la qualificazione degli atti delle autorità nazionali centrali (ANC) come atti dell'Unione, perché come affermato dalla Corte di giustizia con la sentenza 19 dicembre 2018

(causa C-219/17) tutti gli atti, nel quadro normativo e procedimentale previsto dal Meccanismo di vigilanza unico, sono tappa di un procedimento unitario nel quale la BCE esercita, essa sola, il potere decisionale. Trattandosi del potere di un'istituzione dell'Unione, sull'esercizio di esso grava la competenza esclusiva del giudice dell'Unione dal punto di vista del controllo di legittimità di tutti gli atti, pure intermedi o preparatori, e pure in applicazione della legislazione nazionale ove il diritto dell'Unione riconosca differenti opzioni normative agli Stati membri, cosa che esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale in controversie relative alla sorte degli atti del medesimo procedimento, anche ove ne sia fatta valere la contrarietà a un giudicato nazionale nel contesto della giurisdizione di ottemperanza.

Cass., sez. un., 20/04/2021, n. 10355 - Pres. Amendola, Est. Terrusi

Procedimento civile – notificazione a mezzo posta di atto impositivo o processuale – prova del perfezionamento della procedura notificatoria – produzione giudiziale dell'avviso di ricevimento del CAD – necessità.

Le Sezioni Unite, a risoluzione di contrasto, hanno affermato il seguente principio di diritto: In tema di notifica di un atto impositivo ovvero processuale tramite il servizio postale secondo le previsioni della legge n. 890 del 1982, qualora l'atto notificando non venga consegnato al destinatario per rifiuto a riceverlo ovvero per temporanea assenza del destinatario stesso ovvero per assenza/inidoneità di altre persone a riceverlo, la prova del perfezionamento della procedura notificatoria può essere data dal notificante esclusivamente mediante la produzione giudiziale dell'avviso di ricevimento della raccomandata che comunica l'avvenuto deposito dell'atto notificando presso l'ufficio postale (cd. CAD), non essendo a tal fine sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata medesima.

Cass., sez. un., 15/04/2021, n. 10012 - Pres. Di Iasi, Est. Manzoni

Procedimento civile – cumulo di domande fra gli stessi soggetti – pronuncia su una (o più) di esse – natura di sentenza non definitiva – criterio formale di distinzione – applicabilità – contrasto tra gli indici di carattere formale – conseguenze.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato il seguente principio di diritto: Ai fini della natura definitiva o non definitiva della sentenza che abbia deciso su una delle domande cumulativamente proposte tra le stesse parti, deve aversi riguardo agli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza, quali la separazione della causa e la liquidazione delle spese di lite in relazione alla causa decisa. Tuttavia, qualora il giudice, con la pronuncia intervenuta su una delle domande cumulativamente proposte, abbia liquidato le spese e disposto per la prosecuzione del giudizio in relazione alle altre domande, al contempo qualificando come non definitiva la sentenza emessa, in ragione dell'ambiguità derivante dall'irriducibile contrasto tra indici di carattere formale che siffatta qualificazione determina e al fine di non comprimere il pieno esercizio del diritto di impugnazione, deve ritenersi ammissibile l'appello in concreto proposto mediante riserva.

Cass., sez. un., 19/04/2021, n. 10242 - Pres. Di Iasi, Est. Esposito

a cura di
Antonio De Simone
 Avvocato
Walter Giacomo Caturano
 Avvocato

Rassegna di merito

CESSIONE DEL QUINTO: IL GIUDICE DI PACE NON È COMPETENTE PER VALORE SULLE RICHIESTE DI RIMBORSO

In tema di prestiti al consumatore estinti anticipatamente, con particolare riferimento alle operazioni di cessione/delegazione di quote di retribuzione o pensione (c.d. cessione del quinto), la domanda giudiziale del mutuatario, finalizzata ad ottenere il rimborso di oneri ulteriori rispetto a quelli contrattualmente previsti, postula un'analisi sulla validità stessa delle clausole contrattuali "limitative" del diritto al rimborso, sicché comporta la cognizione sull'intero contratto di mutuo, esulando dalla competenza per valore del Giudice di Pace ogniqualvolta l'importo finanziato sia superiore ad euro cinquemila.

Giudice di Pace di Napoli, 21.07.2020, n. 1167 - Avv. Nicola Di Foggia

CONSEGNA DOCUMENTI EX ART 119 TUB: LO SMARRIMENTO CONFIGURA L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE

La denuncia di smarrimento della documentazione contrattuale configura l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente venir meno dell'obbligazione di consegna dei contratti di conto corrente, ex art. 119 TUB.

Trib. Potenza, 10.12.2020. n. 979 - Giudice Alessia D'Alessandro

CONTENZIOSO DIAMANTI: LA BANCA SEGNALENTA NON HA RESPONSABILITÀ NEL RAPPORTO CLIENTE-SOCIETÀ TERZA

L'analisi della competenza passa attraverso l'oggetto della domanda, ovvero, attraverso l'analisi del c.d. "petitum sostanziale" e delle conclusioni rassegnate, alle quali consegue la qualificazione della stessa, indipendentemente dalle indicazioni delle parti, degli atti e delle deduzioni delle medesime.

In un'operazione di acquisto di diamanti, la banca che si limiti a svolgere un'attività di mero orientamento della clientela interessata, circa la possibilità di acquistare le pietre presso un venditore terzo, anche mettendo a disposizione il materiale informativo di quest'ultimo, non svolge alcun ruolo attivo di proposizione dell'investimento.

Neppure può assumere valore probatorio in riferimento al coinvolgimento dell'istituto, da cui far derivare un affidamento qualificato sulla veridicità e correttezza delle condizioni riportate, la semplice produzione di articoli di stampa, di precedenti giurisprudenziali relativi ad altri casi o di delibere Agcom che di per sé non offrono elementi specifici di valutazione su eventuali responsabilità contrattuali o extracontrattuali dell'istituto.

Trib. Ravenna, 09.11.2020 - Giudice Annarita Donofrio

DECRETO INGIUNTIVO: IL RITARDO DELLA NOTIFICA NON IMPEDISCE L'ESAME DEL MERITO

In tema di procedimento per ingiunzione, la notifica del decreto ingiuntivo oltre il termine di sessanta giorni dalla pronuncia comporta, ai sensi dell'art. 644 c.p.c., l'inefficacia del provvedimento, vale a dire rimuove l'intimazione di pagamento con esso espressa e osta al verificarsi delle conseguenze che l'ordinamento vi correla, ma non tocca, in difetto di previsione in tal senso, la qualificabilità del ricorso per ingiunzione come domanda giudiziale; ne deriva che, ove su detta domanda si costituisca il rapporto processuale, ancorché su iniziativa della parte convenuta (in senso sostanziale), la quale eccepisca quell'inefficacia, il giudice adito, alla stregua delle comuni regole del processo di cognizione, ha il potere-dovere non soltanto di vagliare la consistenza dell'eccezione, con le implicazioni in ordine alle spese della fase monitoria, ma anche di decidere sulla fondatezza della pretesa avanzata dal creditore ricorrente.

Trib. Napoli, 22.05.2020 - Giudice Alessia Notaro

ESECUZIONE IMMOBILIARE: NON SUSSISTE L'OBBLIGO DI NOTIFICA DELL'ORDINANZA DI VENDITA

All'esito della riforma del procedimento per espropriazione immobiliare introdotto dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80 (e quindi alla luce della modifica dell'art. 495 c.p.c.), deve ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale si riteneva esistente, pur in assenza di un espresso disposto normativo, un obbligo giuridico di notificazione dell'ordinanza di vendita. Pertanto, non è più obbligatoria la notifica dell'avviso di vendita all'esecutato, non prevista né dall'art. 591 bis c.p.c., in tema di delega delle operazioni di vendita, né dagli artt. 570 e 576 c.p.c., che disciplinano rispettivamente l'avviso di vendita nella vendita senza incanto e con incanto, a meno che l'ordinanza di vendita e di delega delle relative operazioni non lo preveda.

Trib. Torre Annunziata, 12.10.2020 - Giudice Anna Maria Diana

FIDEIUSSIONE – ANTITRUST: CONTRATTO RESTA VALIDO NONOSTANTE LA PRESENZA DELLE CLAUSOLE "ABI DICHIARATE ILLEGITTIME

Sebbene in un contratto di fideiussione siano presenti le clausole 2, 6 e 8 riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Benché tali clausole siano nulle, il contratto resta valido ed esistente tra le parti.

Una clausola di "pagamento a prima richiesta" non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.c., esonerando il creditore dall'onere di proporre l'azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento "a prima richiesta" incompatibile con l'applicazione dell'art. 1957 c.c., spetta al giudice di merito accertare la volontà in concreto manifestata dalle parti con la sua stipulazione.

Trib. Livorno, 07.10.2020, n. 651 - Giudice Luigi Nannipieri

GIUDIZIO DI DIVISIONE: SULLE SOMME RICAVATE DALLA VENDITA NON VI È VINCOLO DI IMPIGNORABILITÀ

Prima che venga eseguita la pubblicazione ai sensi dell'art. 498 c.c. co 3, si può procedere esecutivamente nei confronti di un debitore, senza insinuarsi – in via concorsuale – nell'ambito della procedura dell'eredità giacente dello stesso. Questo perché la stessa norma specifica che, dopo la pubblicazione, non possono essere promosse procedure esecutive a istanza dei creditori, ma possono essere continuate quelle in corso.

Non sono impignorabili le somme ricavate dalla vendita immobiliare nel giudizio di divisione in quanto, certamente pro-quota, spettanti alla curatela debitrice. Le stesse, infatti, una volta disposta la divisione, entrano nella disponibilità dei beneficiari e, una volta versata in favore della Curatela, potrà essere assegnata dal G.E. ai creditori.

Trib. Catania, 13.11.2020, n. 3765 - Giudice Sergio Centaro

LEGITTIMARIO TOTALMENTE PRETERMESSO: HA DIRITTO A CONSEGNA DOCUMENTAZIONE BANCARIA DEL DEFUNTO

Il legittimario totalmente pretermesso ha diritto alla consegna degli estratti conto avendo un interesse proprio ad accedere ai dati riferiti a persone defunte informazioni riguardanti la consistenza patrimoniale, le movimentazioni bancarie, i saldi dei depositi al portatore e la data di estinzione del conto. Tale informazioni sono indispensabili ai fini dell'esercizio dell'azione relativa alla violazione della quota legittima avendo il legittimario totalmente pretermesso l'onere di indicare con esattezza il valore della massa ereditaria e quello della quota di legittima violata. Lo prevedono le Linee Guida per il trattamento dei dati relativi al rapporto banca-clientela emesse dal Garante della Privacy.

Trib. Monza, 01.09.2020, n. 1073 - Giudice Claudia Lojacono

LEXITOR: LA SENTENZA DELLA CGUE NON È APPLICABILE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Le sentenze della Corte di Giustizia europea non vincolano, come è noto, il Giudice nazionale, sicché, in concreto, il significato residuo da attribuirsi ad esse è quella di offrire una possibile interpretazione della norma comunitaria per, appunto, l'interprete del singolo Paese.

Nel caso concreto, esaminando la norma dell'art. 16 della Direttiva, non può che prendersi atto del fatto che il suo contenuto sostanziale non sia stato trasposto nell'ordinamento nazionale, né d'altra parte risulta che la direttiva UE 2008/48 sia self-executing (e ciò senza contare che, in linea più generale, una Direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati).

In altre parole, si è in presenza di una sentenza non vincolante, in relazione ad una norma che non ha cittadinanza e non è applicabile nell'ordinamento italiano.

Trib. Vicenza, 13.11.2020, n. 1907 - Giudice Massimiliano De Giovanni

MUTUO: I.S.C. INTEGRA UN MERO INDICATORE DI COSTO AI FINI DELLA TRASPARENZA

L'I.S.C. non rappresenta "condizione economica" pattuita e praticata, ma integra un mero indicatore di costo, che sintetizza, ai fini della trasparenza, il costo del finanziamento; esso non può, pertanto, essere considerato quale elemento costitutivo del negozio, ai fini dell'applicazione della predetta sanzione ex art. 117 t.u.b. La funzione di mera informativa precontrattuale assolta da tale indicatore conduce a ritenere che l'eventuale difformità tra misura indicata e misura effettiva può al più integrare ipotesi di responsabilità, appunto, precontrattuale, e determinare, laddove ne siano allegati e dimostrati tutti i presupposti (ipotesi nella specie non ricorrente), un obbligo risarcitorio.

Per il tramite della declaratoria di nullità del saggio dell'interesse moratorio, giammai potrebbe conseguirsi l'accertamento della gratuità dell'intero rapporto, posto che, in caso di pattuizione di interessi moratori usurari, l'effetto invalidante di cui al secondo comma dell'art. 1815 c.c. rimarrebbe circoscritto a detto onere, non potendo invece estendersi alla pattuizione relativa all'interesse corrispettivo la cui validità non si lamenta essere intaccata dal fenomeno dell'usura.

Trib. Brescia, 16.12.2020, n. 2614 - Giudice Angelica Castellani

REVOCATORIA FALLIMENTARE EX ART. 66 LF: LA CARENZA DI LEGITTIMAZIONE DEL TERZO PIGNORATO

In caso di fallimento del debitore già assoggettato ad espropriazione presso terzi, l'azione revocatoria fallimentare del pagamento eseguito dal "debitor debitoris" può essere esercitata soltanto nei confronti del creditore assegnatario, ossia di colui che, beneficiando dell'atto solutorio, si è sottratto al concorso ed è, quindi, tenuto, onde ripristinare la "par condicio", alla restituzione di quanto ricevuto, affinché sia distribuito secondo le regole concorsuali.

Trib. Vibo Valentia, 03.09.2020, n. 436 - Giudice Germana Radice

REVOCATORIA ORDINARIA: L'ATTO GRATUITO SUCCESSIVO AL SORGERE DEL CREDITO È SUSCETTIBILE DELL'AZIONE EX ART. 2901 C.C.

In tema di revocatoria del fondo patrimoniale, qualora, successivamente al sorgere del credito, il debitore abbia costituito i suoi beni in fondo patrimoniale, un tale atto, a titolo gratuito, è suscettibile di revocatoria, ex art. 2901 c.c., perché modifica la situazione patrimoniale del debitore, in pregiudizio del creditore, il quale non può agire esclusivamente su tali beni per crediti estranei ai bisogni della famiglia e sussistono, pertanto, tutti i presupposti tipici della azione revocatoria ordinaria (il credito dell'attore in revocatoria, l'eventus e la scientia damni).

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, trattandosi di ipotesi di costituzione in fondo patrimoniale successiva all'assunzione del debito, è sufficiente la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore, la cui prova può essere fornita anche tramite presunzioni, senza che assumano viceversa rilevanza l'intenzione del debitore medesimo di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore ("consilium fraudis"), né la relativa conoscenza o partecipazione da parte del terzo.

Trib. Torino, 25.06.2020, n. 1993 - Giudice Edoardo Di Capua

SEQUESTRO CONSERVATIVO: PER LA CONCESSIONE DEVE ESSERCI NESSO FRA DOMANDA CAUTELARE E DOMANDA DI MERITO

L'istanza di sequestro conservativo di un determinato bene è inammissibile in quanto non è finalizzata a tutelare uno specifico diritto al pagamento di una somma di denaro – come postula, invece, l'art. 671 c.p.c. – ma solo ad aggredire un determinato bene del debitore, nella sua individualità.

Ai fini della concessione del sequestro conservativo deve sussistere il nesso di strumentalità tra la domanda cautelare e la corrispondente domanda di merito. La mancata indicazione della domanda di merito nella istanza cautelare fa venire meno il nesso di strumentalità.

Il periculum in mora va inteso non come pericolo di danno derivante dal ritardato adempimento, bensì come "pericolo da infruttuosità" e cioè eventualità che – nelle more del giudizio di merito – il patrimonio del debitore venga depauperato o "trasformato" in modo tale da sottrarlo in tutto o in parte alla sua funzione di garanzia generica sancita dall'art. 2740 c.c..

Trib. Milano, 01.12.2020 - Giudice Stefania Novelli

USURA: L'ACCERTAMENTO POTRÀ AVVENIRE SOLO AL MOMENTO DELL'APPLICAZIONE DELLA PENALE PER ESTINZIONE ANTICIPATA

La penale per estinzione anticipata rientra tra le ipotesi in cui l'usurarietà dei costi legati al contratto non sia pronosticabile con certezza al momento della pattuizione, l'accertamento dell'usura potrà avvenire solo al momento

della concreta applicazione della clausola, in quanto solo a quel momento, alla luce del modo in cui tale clausola sarà applicata, potrà accertarsi se siano stati addebitati costi usurari.

Trib. Ancona, 03.12.2020, n. 1522 - Giudice Roberta Casoli

USURA E TASSI DI MORA: NON È CORRETTO PARAMETRARLI ALLA SOGLIA DETERMINATA PER GLI INTERESSI CORRISPETTIVI

Al fine di individuare la soglia degli interessi moratori, prendendo come esempio i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, la formula da seguire è $(5/4 \text{ T.e.g.m.} + 4) + (5/4 \times 1,9)$ dove il primo addendo rappresenta il tasso soglia usurario legale, stabilito secondo il combinato disposto della legge n. 108 del 2000, art. 644 c.p. e d.m. del periodo considerato; mentre il secondo addendo è il “di più” di comparazione, che tiene conto degli interessi moratori. La formula può essere sinteticamente espressa $(\text{T.e.g.m.} + 1,9) \times 1,25 + 4$. Analogamente può essere determinata la soglia limite con riguardo alle operazioni di leasing e agli altri prestiti.

Non è corretto parametrare il tasso soglia degli interessi moratori al tasso soglia degli interessi corrispettivi senza applicare lo spread per la mora.

Trib. Milano, 04.11.2020, n. 6927 - Giudice Anna Giorgia Carbone

Diritto e procedura penale

L'ESTORSIONE CONTRATTUALE. CONTRIBUTO ALLA TEORIA DEL DANNO PATRIMONIALE NEL SISTEMA PENALE	272
di Federico Nesso	
ESIGUITÀ DELL'OFFESA E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ	290
di Alessandro Jazzezzetti	
IDONEITÀ DEL MODELLO ORGANIZZATIVO-GESTIONALE EX D.LGS. 231/01 ED EFFICACIA ESIMENTE IN RELAZIONE ALLA IPOTESI DI INFORTUNIO SUL LAVORO COSTITUITO DAL CONTAGIO DA COVID-19: DATI ESISTENTI, NOVITÀ E CONFERME	304
di Erica Vicentini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI. LIBERAZIONE ANTICIPATA. NOTIFICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI RIGETTO TOTALE E/O PARZIALE AL DIFENSORE DI FIDUCIA E SE NON NOMINATO A QUELLO D'UFFICIO NOMINATO DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA	314
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	318
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	321
a cura di Giuseppina Marotta	



L'estorsione contrattuale.

Contributo alla teoria del danno patrimoniale nel sistema penale

abstract

The essay explores the theme of the cd. contract extortion, taking advantage of the opportunity for an in-depth review of the concepts of assets and pecuniary damage, the subject of many doctrinal and jurisprudential uncertainties.

keywords

Contractual extortion – Property damage.

abstract

Il saggio esplora la tematica della cd. estorsione contrattuale, cogliendo l'occasione per un'approfondita rimediazione dei concetti di patrimonio e di danno patrimoniale, oggetto di non poche incertezze dottrinali e giurisprudenziali.

parole chiave

Estorsione contrattuale – Danno patrimoniale.

sommario

1. Considerazioni introduttive: la diffusione sociale e la varietà dei fenomeni estorsivi. Definizione della cd. "estorsione contrattuale" e individuazione della specifica questione che la riguarda, consistente nella delimitazione del concetto di "danno patrimoniale". – 2. La definizione di patrimonio come necessario antecedente logico del concetto di danno patrimoniale, inteso come decremento del patrimonio (nella duplice veste di danno emergente o di lucro cessante). Le diverse concezioni del patrimonio: critica alla concezione giuridica e alla concezione economica, e adesione alla concezione giuridico-economica, in grado di valorizzare tanto la componente giuridica quanto quella economica della nozione. – 2.1. I beni in senso economico: il valore soggettivo come fondamento della relativa nozione. Soluzione dell'annosa questione relativa alle cose di valore solo affettivo o, comunque, di infimo valore monetario, nel senso che esse vanno certamente comprese nel novero dei beni economici in quanto il singolo individuo le abbia destinate al soddisfacimento di propri bisogni, eventualmente di natura anche non economica. – 2.2. La componente giuridica della nozione di patrimonio: situazioni soggettive giuridicamente tutelabili in maniera quantomeno

indiritta, lì dove l'inclusione, nella nozione dogmatica di patrimonio, anche delle situazioni di vantaggio acquisite in modo illecito, contrasterebbe con il fondamentale principio di non contraddizione dell'ordinamento. Soluzione delle questioni attinenti al cd. danno in illecito e brevi cenni alla relativa casistica. – 2.3. La definizione di danno economico, come duplice lesione tanto della situazione giuridica soggettiva che legittima a disporre o ad acquisire un determinato bene economico, quanto dell'effettiva disponibilità del bene stesso. Conseguenze in tema di consumazione del reato e di rapporto tra danno e validità negoziale. – 3. Il danno nell'estorsione contrattuale come lesione dell'utilità soggettiva dei beni economici che il soggetto passivo è costretto a scambiare con altri che egli riteneva meno utili. Precisazioni in ordine alle diffuse formule giurisprudenziali dell'assunzione non necessaria e del cd. *danno in re ipsa*. – 4. Conclusioni: l'estorsione contrattuale come efficace ed affidabile strumento di contrasto alla criminalità economica, anche di matrice mafiosa.

1. Considerazioni introduttive: la diffusione sociale e la varietà dei fenomeni estorsivi. Definizione della cd. estorsione contrattuale e individuazione della specifica questione che la riguarda, consistente nella delimitazione del concetto di "danno patrimoniale"

Alla notevole ed allarmante diffusione sociale dei fenomeni estorsivi¹, corrisponde un'ampia varietà di forme e di ambiti di manifestazione. Di questi, diversi sono stati oggetto di un recente studio² e, comunque, spesso costituiscono banco di prova di una copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Si pensi ai casi di cd. abuso del diritto di cronaca³ ovvero al tradizionale e controverso tema dell'estorsione ambientale⁴. Viceversa, l'estorsione contrattuale (o an-

¹ MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 190.

² MACRILLÒ A., a cura di, *Condotte estorsive*, 2013. Per un'analisi multidisciplinare dei fenomeni estorsivi, si veda, invece, LA SPINA-MILITELLO, *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, 2016.

³ MONTANILE R., *Estorsione e diritti della personalità*, 2013, p. 49s., BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 567s.

⁴ Sull'estorsione ambientale, v. BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 528s.,

che detta negoziale o patrimoniale) – che la costante giurisprudenza di legittimità definisce come l'ipotesi delittuosa «che si realizza quando al soggetto passivo sia imposto di porsi in rapporto negoziale di natura patrimoniale con l'agente o con altri soggetti»⁵ – «è giunta all'attenzione della Suprema Corte assai più raramente della truffa contrattuale, ed è stata oggetto di minore analisi in dottrina», persino «nelle opere specificamente dedicate all'estorsione»⁶. Eppure, l'estorsione contrattuale è connotata da indubbio rilievo pratico, interessando, non solo settori delicati come quello dei rapporti tra datore e lavoratori dipendenti ovvero tra proprietari di case e inquilini⁷, ma anche le attività criminali perpetrate con metodo mafioso, lì dove titolari di imprese si vedono costretti, mediante violenze o più spesso minacce, ad assumere determinate persone alle proprie dipendenze⁸.

Certo è che l'estorsione contrattuale – al di là delle questioni e delle difficoltà che presenta in comune con la figura generale, in ordine, in particolare, all'esatta delimitazione delle nozioni di violenza e minaccia penalmente rilevanti (quali modalità alternative della condotta estorsiva), di costrizione e di atto di disposizione patrimoniale (come effetti intermedi di tale condotta) e di ingiusto profitto (come uno dei due eventi finali del reato) – presenta la sua specifica problematicità a livello di danno patrimoniale (che rappresenta, nell'ambito della fattispecie oggettiva del reato, l'altro evento finale)⁹. Al riguardo, infatti, si rileva un netto divario tra dottrina e giurisprudenza: quest'ultima, da parte sua, è incline a ravvisare il danno nel fatto stesso della stipula contrattuale coartata, quale lesione dell'autonomia negoziale della vittima (cd. danno *in re ipsa*)¹⁰; al contrario, la dottrina, attestandosi su posizione critica, ritiene necessario un *quid pluris*,

che spesso indica nel cd. squilibrio sinallagmatico¹¹. È evidente che la questione potrà essere risolta solo chiarendo il concetto di danno patrimoniale e, prima ancora, quello di *patrimonio* come oggetto della tutela penale. Quanto al resto, è sufficiente osservare, a chiusura di queste brevi note introduttive, che l'estorsione è un reato a forma vincolata, la cui condotta tipica si identifica alternativamente nella violenza o nella minaccia motivanti, cioè finalizzate, da parte dell'agente, a costringere il soggetto passivo a tenere un determinato comportamento, attivo o passivo, da cui derivino i cennati eventi finali dell'ingiusto profitto e del danno patrimoniale¹². In questa struttura generale, l'estorsione contrattuale si inserisce con la specificità del particolare tipo di comportamento imposto alla vittima, che consiste, precisamente, nel vedersi costretta a prestare il consenso alla stipulazione di un contratto con l'agente, autore della coazione, o con un terzo che l'agente intende favorire¹³. Tale peculiarità non sarebbe di per sé foriera di particolari problematiche, non fosse per le incertezze che si addensano intorno al concetto di danno patrimoniale e che rendono alquanto perplessa (con ricadute pratiche notevoli, come si vedrà più avanti), la linea di confine

MONTANILE R., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 201, ai quali si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali.

⁵ Cass. 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364.

⁶ BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537, *ivi* anche per le prime fondamentali indicazioni bibliografiche (cf. in particolare, nota 6), che fanno eccezione alla rarità dei contributi sul tema dell'estorsione contrattuale. Una specifica menzione meritano senz'altro la risalente monografia sull'estorsione in generale, RAGNO G., *Il delitto di estorsione*, 1966, nonché il più recente lavoro di MECCA A., *L'estorsione*, 2007.

⁷ Sul punto, v. per tutti BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, sulla "minaccia del locatore" (p. 543s.) e sulla "minaccia del datore di lavoro" (p. 553s.).

⁸ Cf. Cass. 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079.

⁹ Sul concetto di fattispecie oggettiva, v. FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, p. 182s.

¹⁰ Cf. da ultimo Cass. 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364. Negli stessi termini si esprimeva già Cass. 30 aprile 1982, n. 10703, Rv. 156074, e, più di recente, *ex multis* Cass. 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433. *Contra*, Cass. 17 maggio 2019, n. 27555, Rv. 276118.

¹¹ BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537.

¹² Sulla distinzione tra reati a forma vincolata e reati a forma libera, v. MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, 2001, p. 134. Per la corretta individuazione della violenza e della minaccia come condotta tipica del reato di estorsione, v. MARINI G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 379. A tale condotta, la dottrina riconduce un *quadruplici evento* (MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 202) o, più specificamente, due *eventi intermedi* (la coazione e l'atto di disposizione patrimoniale) e due *finali* (FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 159, 161). Per un'ulteriore, ampia rassegna bibliografica, con riferimento non solo alla figura generale ma anche alle ipotesi peculiari di estorsione, v. BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 491-493, nonché PINTO M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 115s. Sul concetto di *violenza*, v. PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962 e, più di recente, VIGANÒ F., *L'offesa mediante violenza*, 2002. Sul concetto di *minaccia*, v. GATTA G. L., *La minaccia*, 2013. Per un personale contributo alle questioni attinenti alla condotta estorsiva dal lato attivo e dal lato passivo (violenza e minaccia, coazione e atto di disposizione patrimoniale), sia consentito il rinvio a NESSO F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*, nonché a NESSO F., *Gli effetti "intermedi" della condotta estorsiva*, in *Gazzetta Forense*, settembre - ottobre 2020, p. 746s.

¹³ Si possono, dunque, avanzare perplessità sulla correttezza della denominazione del fenomeno anche come estorsione negoziale (giacché le peculiarità della figura risiedono, come detto sopra, nell'imposizione di un rapporto a contenuto patrimoniale con la controparte; si tratta, dunque, per l'appunto, di un contratto, per cui il riferimento al negozio appare ingiustificatamente troppo generico). Adirittura equivoca sembra l'altra espressione, estorsione patrimoniale, dal momento che ogni estorsione ha per definizione consistenza patrimoniale, incidendo positivamente sul quello dell'agente (o del terzo favorito) cui arreca un (ingiusto) profitto, e negativamente su quello del soggetto passivo, al quale cagiona un danno.

tra estorsione e violenza privata¹⁴.

In ultimo, vi ha da evidenziare che, per quanto profitto e danno si presentino senz'altro come tematiche profondamente connesse tra loro¹⁵, il primo non costituirà oggetto della presente trattazione, tenuto conto che esso, pur essendo, a sua volta, non privo di problematicità, non desta in genere, nella casistica giurisprudenziale, alcuna specifica difficoltà sul piano della sussistenza dell'estorsione contrattuale¹⁶.

¹⁴ È il caso evidenziare sin d'ora che correttamente la giurisprudenza segna la differenza reciproca tra le fattispecie di cui agli artt. 629 e 610 c.p. proprio sul terreno del danno patrimoniale e dell'ingiusto profitto. Così, Cass. 17 maggio 2019, n. 27555, Rv. 276118, la quale, sul presupposto che «l'imposizione di una posizione lavorativa regolare», ove il lavoratore, precedentemente licenziato, intende semplicemente recuperare il proprio impiego, non arrecherebbe «alcun danno ingiusto alla vittima», ha escluso l'estorsione ritenendo configurabile il più lieve reato di *violenza privata* (cf. in senso conforme, Cass. 28 settembre 2011, n. 38661, Rv. 251052). Analogamente, in tema di ingiusto profitto, Cass. 6 dicembre 2019, n. 50733, Rv. 277718, così si è espressa: «Non integra il delitto di estorsione tentata la condotta di violenza o minaccia posta in essere per ottenere un profitto ingiusto che, secondo una valutazione "ex ante", sia oggettivamente impossibile realizzare. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la sentenza di condanna per tentata estorsione per essere stata la violenza finalizzata ad ottenere la rinuncia alla gestione di un fondo per ottenere un'indennità di esproprio in realtà non conseguibile, riqualificando il fatto come violenza privata ex art. 610 cod. pen.)». Per la dottrina, v. per tutti, trattandosi di questione assolutamente pacifica, MANTOVANI F., *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 7, ma anche BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537s. e specialmente nel paragrafo. *La natura sussidiaria del delitto di cui all'art. 610 c.p.*

¹⁵ Infatti, nell'ambito della fattispecie oggettiva del reato, ciò che per l'uno, il soggetto attivo, costituisce un profitto, per l'altro, il soggetto passivo, si sostanzia in un danno (in tal senso, v. MECCA A., *L'estorsione*, 2007, p. 55, ma per un più sottile distinguo, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 43). Inoltre, non appare superfluo evidenziare che le difficoltà registrate riguardo ai concetti di profitto e di danno possono descriversi come la comune storia di un equivoco, originata, forse, da una qualche scarsa dimestichezza dei giuristi con concetti puramente economici. In particolare, il *profitto* è stato confuso con il motivo dell'azione (come efficacemente dimostrato da LEONE G., *Per una revisione del concetto di "profitto" nel delitto di furto*, 1954, p. 284s.), mentre il concetto di *danno economico* (come si mostrerà nel prosieguo, v. *infra* paragrafo 2.1) con quello di *danno monetario*.

¹⁶ BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1540: «Così, nella maggior parte dei casi portati all'attenzione della Suprema Corte, la sussistenza dell'estremo del profitto non è stata contestata neppure dagli imputati ricorrenti: se infatti, stante l'accertata equivalenza economica delle prestazioni, era agevole concentrare la linea difensiva sulla mancanza di un danno patrimoniale per il soggetto passivo, non era invece possibile escludere l'esistenza di un profitto dell'agente, pur inteso in senso strettamente patrimoniale, consistente nella differenza tra il prezzo, sia pure «giusto», al quale il bene era stato alienato alla vittima, ed il prezzo al quale l'agente se lo era procurato». Per un'ampia trattazione delle problematiche attinenti al concetto di *profitto*, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 42, BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 583,

2. La definizione di patrimonio come necessario antecedente logico del concetto di danno patrimoniale, inteso come decremento del patrimonio (nella duplice possibile veste di danno emergente o di lucro cessante). Le diverse concezioni del patrimonio: critica alla concezione giuridica e alla concezione economica, e adesione alla concezione giuridico-economica, in grado di valorizzare tanto la componente giuridica quanto quella economica della nozione.

Non si dubita che il danno, nell'ambito della fattispecie oggettiva del reato di estorsione, debba avere consistenza patrimoniale: lì dove, infatti, non potesse rilevarsi alcuna lesione del patrimonio, la minaccia o la violenza, incidendo su interessi di natura diversa – come, ad esempio, la generica libertà morale ovvero la libertà sessuale – farebbero affiorare differenti fattispecie di reato, quali la violenza privata (art. 610 c.p.) o la violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)¹⁷. Inteso, dunque, necessariamente come *deminutio patrimonii*¹⁸, il concetto di danno comprende pacificamente non solo la "perdita subita" (cd. danno emergente), ma anche il "mancato guadagno" (cd. lucro cessante)¹⁹, come nel caso di chi si veda costretto a rinunciare ad un'attività redditizia²⁰ ovvero ad un'eredità o, più in generale, ad un'aspettativa²¹ o anche alla costituzione di parte

e MECCA A., *L'estorsione*, 2007, p. 50s., ai quali si rinvia anche per le ulteriori citazioni bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁷ In questi termini, BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 577-578, cui si rinvia anche (nota 269) per le ulteriori indicazioni bibliografiche riguardo all'unanime riconoscimento della necessaria natura patrimoniale del danno quale elemento della fattispecie dell'estorsione. Tra gli altri, MARINI G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 386 enfatizza il dato sistematico, ossia la collocazione dell'estorsione tra i reati contro il patrimonio: «I dati sistematici e la stessa storia della figura criminosa in esame inducono a collocare la nozione di danno nella prospettiva patrimoniale» (la sottolineatura è mia). Nello stesso ordine di idee ma in relazione ai delitti contro il patrimonio in generale, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 264: «È pacifico che il danno, esplicitamente o implicitamente richiesto per l'esistenza dei delitti in esame, deve essere patrimoniale. Poiché oggetto della tutela giuridica è il patrimonio, su questo punto nessun dubbio è consentito» (la sottolineatura è mia).

¹⁸ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 387.

¹⁹ Sulle nozioni di danno emergente e lucro cessante, v. BIGLIAZZI GERI L., *Diritto civile. I.1 Norme, soggetti e rapporto giuridico*, 1987, p. 143. Riguardo alla pacifica ammissione che il danno patrimoniale possa coincidere con il danno emergente o anche solo con il lucro cessante, v. MAGGINI A., *La truffa*, p. 25, MARINI G., *Profili della truffa*, 1970, p. 193, e, più di recente, BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 578, FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 161.

²⁰ PINTO M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 190.

²¹ RAGNO G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 143. Riporta al concetto di *lucrum cessans* la rinuncia alle aspettative, intese come «situazioni che importano con probabilità un guadagno lecito», anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte*

civile in un procedimento penale in cui figure come persona offesa dal reato²². Per il resto, la nozione è molto perplessa, risentendo direttamente delle diverse sottese concezioni del patrimonio. Se danno, infatti, significa decremento patrimoniale, è evidente, allora, che esso postula una certa definizione di patrimonio, che ne costituisce il necessario antecedente logico²³. Tuttavia, il panorama dottrinale risulta frammentato, proponendo «un fascio di possibili diverse accezioni di patrimonio, ciascuna delle quali con presupposti e conseguenze differenziati»²⁴. Secondo una prima e più

risalente concezione, esso indicherebbe il complesso di diritti soggettivi o, più ampiamente, di rapporti giuridici, economicamente valutabili, facenti capo ad una determinata persona (cd. concezione giuridica)²⁵. In altra prospettiva, tesa a superare l'eccessiva formalizzazione del concetto e a valorizzare piuttosto il suo substrato materiale²⁶, si è proposto di definire il patrimonio come la somma, il complesso o l'insieme dei beni economicamente rilevanti appartenenti di diritto o di fatto ad un determinato soggetto (cd. concezione economica)²⁷. Ma questa diversa ottica non ha mancato essa stessa di suscitare nuove difficoltà ed è stata oggetto di serrate critiche, tant'è che l'opinione che oggi sembra prevalere – e che appare, per i motivi di seguito illustrati, decisamente convincente – è quella orientata verso una concezione mista del patrimonio, dove risultano adeguatamente valorizzati tanto gli aspetti giuridici della nozione quanto quelli economici (cd. concezione giuridico-economica)²⁸. Anzi, v'è chi in dottrina ha correttamente rilevato che la contrapposizione fra le due più risalenti concezioni non è mai stata, fin dall'origine, particolarmente rigida, in quanto si ammetteva, da entrambi i versanti, la sostanziale «impossibilità di separare completamente», nella definizione dogmatica del concetto penalistico

speciale, I, 1996, p. 256. Sul concetto di *aspettativa*, in termini che, invero, appaiono ingiustificatamente troppo più restrittivi, v. CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 217, secondo cui l'aspettativa «non dev'essere considerata in funzione di un diritto inesistente, bensì di un diritto che già esiste di cui il titolare attende l'attuazione, come nel caso di un diritto sottoposto a condizione». Sulle *aspettative di diritto*, v. anche *infra* nota 68.

²² BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 577, nota 270.

²³ MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 37: «Circa la definizione di danno, essa va determinata in funzione della nozione di patrimonio, costituendone questo il logico presupposto». In termini analoghi, RAGNO G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 127, MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 2, PINTO M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 189, e soprattutto CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, il quale preziosamente coglie «il rapporto inscindibile» della nozione di patrimonio non solo con quella di danno ma anche con quella di consumazione del reato (p. 250, 222s.). Infatti, come si vedrà più avanti (parag. 2.3), solo chiarendo cosa debba intendersi per patrimonio potrà stabilirsi se e quando sia stato causato un danno effettivo ed attuale al patrimonio, così da potersi prospettare il reato consumato, e quando, invece, si debba ravvisare al più un danno meramente potenziale e, dunque, eventualmente soltanto un tentativo. In particolare, il chiarimento del concetto di patrimonio consentirà di stabilire se il danno (e la consumazione del reato) postula un mero risultato giuridico, come può essere il trasferimento della proprietà di un bene ovvero l'assunzione di un debito o l'estinzione di un credito, ovvero la più pregnante situazione della perdita (definitiva o temporanea) della materiale disponibilità di un bene. È il caso osservare che, ai fini del presente lavoro, si farà costantemente riferimento alle opere riguardanti la truffa sull'evidente presupposto che la nozione di danno costituisce elemento comune con l'analoga fattispecie dell'estorsione: per l'una come per l'altra figura delittuosa, il danno costituisce l'evento o, meglio, uno degli eventi ricollegabili, sotto il profilo «causale», alla condotta dell'agente.

²⁴ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 2. Il corsivo è mio. È il caso ricordare che, manca, nell'ordinamento, anche civile, una qualsiasi definizione normativa del concetto di *patrimonio*. Lo ricordano espressamente BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 9: «Non esiste... in tutto l'ordinamento positivo, una norma nella quale il legislatore abbia in qualche modo tipizzato la nozione di patrimonio», nonché CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 207: «La legge civile non dà l'esatta definizione del concetto di patrimonio». Quest'ultimo evidenzia, altresì, la particolare attenzione che il concetto ha ricevuto da parte della dottrina civilistica, richiamando, tuttavia, le difficoltà ad accogliere *sic et simpliciter* concetti civilistici nell'area del diritto penale (p. 204s.). D'altra parte, la concezione giuridica – risentendo forse del più risalente orientamento teso a proporre una concezione *meramente sanzionatoria* del diritto penale, in quanto asseritamente deputato «a

sanzionare precetti previsti» da altre branche dell'ordinamento (CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 204) – è stata indicata come di «matrice civilistica» (MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 17). Si può, dunque, dire che le più recenti concezioni del patrimonio (quella *economica* e quella *giuridico-economica*), riflettono anche il nuovo contesto culturale in cui la scienza penalistica è andata affrancandosi, sul piano dell'elaborazione dogmatica di taluni fondamentali concetti, dalle relative definizioni offerte in ambito civilistico.

²⁵ Definizione fatta propria, quanto al panorama dottrinale italiano, da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale*, I, 1996, p. 255. Per la sua origine dalla dottrina tedesca e per la sua iniziale limitazione ai soli diritti soggetti patrimoniali, v. BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 9. Per ulteriori indicazioni bibliografiche degli autori, tedeschi e italiani, e delle sentenze di legittimità che hanno aderito alla concezione giuridica del patrimonio, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 17, nota 11, nonché, per gli autori tedeschi (Binding, Merkel), FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 23.

²⁶ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 3 evidenzia che la concezione economica del patrimonio «pone l'accento, più che sulla qualificazione giuridica della posizione del soggetto, sul retrostante substrato economico, che ne fonda il relativo potere di azione». La sottolineatura è mia.

²⁷ La concezione è riportata da MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 18s., cui si rinvia, altresì, per le indicazioni bibliografiche relative alle pronunce giurisprudenziali e agli autori sia tedeschi (Hegler, Mezger, Maurach-Schroeder, Wessel), sia italiani (Bettiol, De Marsico), che hanno aderito a tale concezione.

²⁸ Per le relative indicazioni bibliografiche, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 20, nota 17, sempre con riferimento tanto alla dottrina, anche tedesca, quanto alla giurisprudenza. Per l'indicazione della concezione mista come posizione ormai prevalente, v. FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 24.

di patrimonio, «le due ottiche, quella giuridica e quella economica»²⁹. Ed, in effetti, solo valorizzando adeguatamente le «due componenti» della nozione di patrimonio è possibile uscire dalle «strette» dell'una o dell'altra impostazione³⁰; in particolare, può osservarsi che la concezione giuridica, avendo trascurato l'aspetto economico della nozione, ossia il concetto di bene economico, entra facilmente in crisi se posta di fronte alla categoria di beni bensì privi di apprezzabile valore di mercato ma aventi un valore affettivo più o meno elevato, non riuscendo a spiegare adeguatamente – al di là del dato puramente formalistico della lesione del diritto soggettivo di cui essi, in ipotesi, siano oggetto – se e per quale ragione dovrebbero essere oggetto di tutela penale³¹.

Analogamente, la concezione economica, avendo sottovalutato l'aspetto giuridico, ridotto ad un generico ed imprecisato concetto di appartenenza (anche solo di fatto), non è in grado di fornire convincenti soluzioni riguardo alla problematica del cd. danno in illecito, cioè della tutela penalistica «delle posizioni patrimoniali instaurate in modo illecito o addirittura delittuoso»³².

²⁹ Così MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 3, il quale, a proposito della *concezione giuridica*, osserva: «La componente economica del concetto di patrimonio non era estranea, almeno nei suoi principi di fondo, all'impostazione giuridica sin dalle sue prime formulazioni»; ed, analogamente, riguardo alla concezione economica: «...già alle origini della concezione in esame si sottolineava la stretta connessione con la prospettiva giuridica, perché si riconosceva che "l'appartenenza di un bene economico alla persona A o alla persona B può evidentemente essere decisa solo sulla base delle disposizioni del diritto civile positivo"».

³⁰ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 3.

³¹ Sui beni aventi un mero valore affettivo (lettere di un defunto, fotografia di persona amata, ciocca di capelli del figlio scomparso, ecc.), v. per tutti MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 19, il quale, opportunamente, estende il discorso anche agli «animali aventi un mero valore affettivo (in quanto privi di pregi di razza)» (p. 21, nota 19). Quanto alle critiche mosse alla concezione *giuridica*, molto efficacemente RAGNO G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 134 ha osservato che soltanto con il passaggio alla diversa concezione *economica* è stato possibile rendere conto di quella «graduazione dell'entità del danno, come circostanza attenuante o aggravante» (oggi anche come eventuale *particolare tenuità* ai sensi e ai fini dell'art. 131-bis c.p.) che «la lesione del diritto in sé» non consente di spiegare. L'argomento critico è stato condiviso più di recente da CARMONA A., *I reati contro il patrimonio*, 2016, p. 156. Per le ulteriori critiche alla *concezione giuridica* del patrimonio, v. per tutti MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 17-18.

³² MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 20, il quale correttamente osserva che, nell'ottica della concezione economica, per cui rileva soltanto «l'aspetto fattuale-materiale del patrimonio», non potrebbe che accordarsi tutela penale a «tutte le posizioni riconducibili ad un soggetto dotate di valore economico, senza riguardo alla loro qualificazione giuridico-formale». Si pensi, in primo luogo, alla posizione di vantaggio del ladro rispetto alla detenzione della refurtiva (sul punto, v. MANTOVANI F., *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 5), ma anche a quella del truffatore, del rapinatore, dell'estorsore o dell'acquirente o

2.1. I beni in senso economico: il valore soggettivo come fondamento della relativa nozione.

Soluzione dell'annosa questione relativa alle cose di valore solo affettivo o, comunque, di infimo valore monetario, nel senso che esse vanno certamente comprese nel novero dei beni economici in quanto il singolo individuo le abbia destinate al soddisfacimento di propri bisogni, eventualmente di natura anche non economica

La componente economica della nozione di patrimonio è costituita, dunque, dai beni in senso economico³³. Riguardo ad essi, al di là dei requisiti di utilità, accessibilità e scarsità che ne definiscono, come è noto, la pacifica nozione elaborata dalla scienza economica³⁴, occorre evitare il diffuso equivoco secondo cui sarebbero dotati di un certo valore intrinseco³⁵, che, in

detentore di droga ovvero alle posizioni riguardanti le prestazioni tutelate con la mera *soluti retentio* ex art. 2034 o 2035 c.c., come avviene nel campo della prestazioni sessuali o legate al gioco e alle scommesse. In argomento, anche per il dovuto distinguo, v. infra par. 2.2. Per le ulteriori critiche alla *concezione economica* del patrimonio, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 19-20.

³³ La locuzione si riferisce ovviamente *in primis* alle cose in senso materiale, ma anche, ormai, a quei beni immateriali ad esse giuridicamente equiparate, quali, in particolare, *l'energia elettrica e i dati informatici*. Sul punto, v. FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 26-28, nonché MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 23-28.

³⁴ Sul punto, privo di problematicità o, comunque, di particolare interesse ai fini del presente lavoro, sia consentito il rinvio al breve articolo di Saltari Enrico - Dizionario di Economia e Finanza (2012), *Bene*, in www.treccani.it/enciclopedia. Si veda anche, a livello manualistico, GATTO-MIGLIARDO, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, p. 19 e, per un approfondimento delle caratteristiche dei beni economici, p. 143s.

³⁵ La teoria del valore costituisce un tema cruciale per l'intera scienza economica, come efficacemente sottolineato da CINGOLI G., *La teoria del valore-lavoro dopo Sraffa*, p. 11: «...nella scienza economica può rispondere al vero l'affermazione che vi è... [tra i propri concetti e categorie fondamentali] una di tali categorie che le supera tutte e che costituisce il momento centrale di tutta la scienza. *Questa categoria fondamentale è il valore*». E, tuttavia, «Mentre sull'importanza di esso vi è sostanziale unità fra gli economisti di ogni tempo e luogo, *lo stesso non può dirsi di certo per il significato da attribuirgli*» (la sottolineatura è mia). Quanto, in particolare, all'idea del valore intrinseco delle cose (e della sua identificazione con il lavoro che è stato necessario per produrle: cd. teoria del *valore-lavoro*), essa risale ad Adam Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, p. 32, ove si afferma che i beni «contengono il valore di una certa quantità di lavoro che noi scambiamo con ciò che in quel momento si ritiene ne contenga una quantità uguale», e fu ripresa già nell'opera di Ricardo, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, p. 7. Sugli ulteriori sviluppi, si veda una breve ma efficace sintesi critica in BOLLETTINO M., *Valore e Scambio: tre diversi approcci*, 13.9.2007, in www.ariannaeditrice.it, ovvero, più diffusamente, CINGOLI G., *La teoria del valore-lavoro dopo Sraffa*, 2006). L'idea del valore intrinseco delle cose appare, tuttavia, già quantomeno implicito nella teoria dello *scambio equo* elaborata da Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 8 e ripresa da Tommaso d'Aquino, *Somma Teologica*, II-II, q. 77, secondo cui lo scambio avviene perché il valore delle cose in questione *si equivale*. Per una serrata critica all'idea del valore intrinseco delle cose, evidenziando che, inve-

genere, si pretende di identificare con il cd. prezzo di mercato³⁶. Al contrario, è stato giustamente osservato³⁷ che «le cose sono valutate *esclusivamente* in base alla loro utilità», cioè all'attitudine che il singolo individuo riconosce ad esse «come mezzi per la rimozione di un disagio». A fronte di ciò, l'individuo non compie mai «un giudizio accademico o filosofico concernente il valore "assoluto", di questo o di quell'altro bene: «Ciò che soltanto conta per la sua scelta effettiva è se, nelle condizioni esistenti, egli considera la soddisfazione diretta o indiretta che ad esempio cento onces di oro potrebbero dargli maggiore o minore della soddisfazione diretta o indiretta che potrebbe ottenere ad esempio da cento tonnellate di ferro». In breve, «Si limita a scegliere fra due soddisfazioni, di cui non può allo stesso tempo beneficiare». Perciò, le stesse operazioni di scambio avvengono non, come si afferma comunemente, sulla base di una supposta equivalenza economica delle reciproche prestazioni, ma proprio perché ciascuna delle parti dello scambio, effettuando una valutazione del tutto soggettiva dell'utilità dei beni coinvolti, attribuisce al bene che acquista (ad es. un chilo di pane) un valore maggiore del bene che cede (ad es. una certa somma di denaro)³⁸.

ro, si tratta di un dato solo *soggettivo*, v. ROTHBARD M., *Contro Adam Smith*, 2007, p. 77s., ROTHBARD M., *I contributi fondamentali di Ludwig Von Mises*, 1973, p. 67s., LEONI B., *Il "Capitale" di Carlo Marx, cent'anni dopo*, 1966, p. 257s. Per la questione dello scambio equo, v. *infra* nota 38.

³⁶ Identifica l'utilità in senso economico delle cose (tali da qualificare come beni economici) con la suscettibilità di valutazione monetaria, CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 218 quando osserva che: «I sentimenti non hanno prezzo né sono suscettibili di valutazione economica e, perciò, non possono avere rilevanza ai fini del concetto di patrimonio», ovvero che: «Si ha danno patrimoniale solo quando viene lesa un bene o interesse di natura economica cioè un interesse che sia valutabile in denaro». In senso analogo, MANCI F., *La Truffa*, 1930, p. 135-136, MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 19.

³⁷ VON MISES L., *L'azione umana*, 1949, p. 161-163, da cui sono tratte le citazioni riportate di seguito nel testo. Il corsivo è mio.

³⁸ In tal senso, lucidamente LEONI B., *Il "Capitale" di Carlo Marx, cent'anni dopo*, 1966, p. 268: «...se vi fosse perfetta equivalenza fra i beni scambiabili non avrebbe senso lo scambio. Infatti, l'operatore A si induce a scambiare il bene *a* con il bene *b* (che gli offre in cambio l'operatore B), soltanto se per l'operatore A il bene *a* ha valore inferiore al bene *b*, mentre precisamente il contrario avviene per l'operatore B, per il quale il bene *b* (che egli è disposto a cedere ad A in cambio del bene *a*), ha un valore inferiore a quello di *a*). Negli stessi termini, MENGER C., *La teoria del denaro*, 1871, p. 32, nonché VON MISES L., *L'azione umana*, 1949, p. 447-448, e ROTHBARD M., *Cosa ha fatto lo Stato con i nostri soldi*, 1963, p. 13: «Chiaramente uno scambio volontario si verifica perché entrambe le parti se ne attendono un beneficio. Uno scambio è un accordo tra A e B per trasferire beni o servizi di un individuo per i beni e i servizi dell'altro. Ovviamente entrambi ne beneficiano perché ognuno valuta quello che riceve in cambio più di quello che cede... Da Aristotele a Marx, gli uomini [rectius: gli studiosi, giacché l'uomo comune, consapevolmente o meno, ha sempre nei fatti evitato tale equivoco] hanno erroneamente creduto che uno scambio richieda una sorta di eguaglianza di valore, che se un barile di pesce è scambiato per dieci travi, c'è qualche sorta di

In definitiva, il concetto di bene in senso economico è, per definizione, di natura eminentemente soggettiva: esso dipende dal fatto che un determinato soggetto ha destinato una certa cosa alla soddisfazione di un suo bisogno, che ovviamente può essere di natura anche non economica. Tutto ciò è possibile in quanto «il valore non è qualcosa di oggettivo che è presente nelle cose, ma qualcosa di soggettivo che risiede nella mente degli osservatori. Le persone apprezzano la stessa cosa in modi differenti... La valutazione che ciascuno di noi fa di un particolare oggetto è una questione di giudizio personale... Essa riflette il beneficio che noi crediamo potrà derivarci dal suo possesso»³⁹. A questa connessione tra utilità e valore, la dottrina economica ha tradizionalmente attribuito la denominazione di valore d'uso, distinguendolo ma non contrapponendolo al valore di scambio⁴⁰. Ed, invero, si tratta di due nozioni profondamente connesse l'una all'altra, giacché la valutazione soggettiva dell'utilità di un bene ne determina un maggiore o minore valore d'uso, e questo, a sua volta, incidendo sul livello, maggiore o minore, della relativa domanda, concorre a determinare, secondo «quella legge venerabile e eternamente vera, la legge della domanda e dell'offerta»⁴¹, il prezzo del bene, cioè il suo valore di scambio⁴².

sottostante *uguaglianza* tra di loro. In realtà lo scambio è stato fatto proprio perché ogni parte ha valutato i due prodotti *differentemente*.

³⁹ BUTLER E., *La scuola austriaca di economia*, 2014, p. 34-35. In termini del tutto analoghi, MENGER C., *La teoria del denaro*, 1871, p. 32: «Nel considerare i beni che potrà acquistare tramite il commercio, ogni individuo tiene conto solo del loro *valore d'uso* per lui stesso», nonché VON MISES L., *Il calcolo economico*, 1944, p. 51-52: «Non esistono valori assoluti, indipendenti dalle preferenze di uomini fallibili. I giudizi di valore sono l'esito di libere scelte dell'uomo». Sulla stessa scia, ROBINSON J., *Ideologie e scienza economica*, trad. it., 1966, cit. in GATTO-MIAGLIARDO, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, p. 35: «quello di utilità è un concetto metafisico di una circolarità inafferrabile; l'utilità è quella qualità dei beni che fa sì che gli individui desiderano acquistarli, e il fatto che gli individui desiderano acquistare i beni dimostra che questi hanno utilità». Su un livello più ampiamente sapienziale, Giovanni Crisostomo, *Commento a Giobbe*, affermava: «Per questo motivo Dio ci ha creati nudi in origine e ci ha fatto mortali perché anche così sappiamo che ciò che ci circonda rimane al di fuori di noi. Perciò ce ne andremo così laggiù; *perciò le ricchezze sono chiamate beni d'uso* in quanto ci sono date per farne uso qui» (la sottolineatura è mia).

⁴⁰ La distinzione tra valore d'uso e valore di scambio appare già in Aristotele, *Politica*, I, 9, che l'aveva anche ricollegata all'invenzione della moneta come strumento per agevolare gli scambi, ed è ripresa da ADAM SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, p. 31 e da Ricardo, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, p. 7. Sull'argomento, si vedano anche ROTHBARD M., *Contro Adam Smith*, 2007, p. 77s. (*La teoria del valore*), nonché VON MISES L., *L'azione umana*, 1949, p. 445 (*Lo scambio indiretto*).

⁴¹ ROTHBARD M., *Cosa ha fatto lo Stato con i nostri soldi*, 1963, p. 26.

⁴² ROTHBARD M. M., *I contributi fondamentali di Ludwig Von Mises*, 1973, p. 70-72, LEONI B., *Il "Capitale" di Carlo Marx*,

Queste premesse consentono di affrontare in maniera risolutiva la cennata questione – su cui la dottrina del danno si arrovella da tempo senza pervenire a soddisfacenti soluzioni – riguardo ai beni insuscettibili di apprezzamento monetario, come i beni di valore puramente affettivo, se essi debbano includersi nel concetto di patrimonio e, quindi, se siano suscettibili di tutela penale. Orbene, a questi interrogativi potrebbe darsi risposta negativa soltanto assegnando all'ordinamento l'ufficio di assicurare protezione ai beni economici assunti nella loro parziale e ristretta accezione di valori di scambio. Ma a tale supposta soluzione si possono contrapporre due decisive obiezioni. In primo luogo, posto che la scienza economica assume la nozione di bene nel duplice significato di valore d'uso e di valore di scambio, occorrerebbe indicare su quali basi normative fondare il discrimine, a meno di non

cent'anni dopo, 1966, p. 268s., nonché ROTHBARD M., *Contro Adam Smith*, 2007, p. 77s., al quale si rinvia anche per l'opportuna critica allo smarrimento – da parte di Adam Smith e, per molto tempo, sulla sua scia, da parte dell'intera scienza economica – della consapevolezza della forte incidenza dell'utilità soggettiva nei meccanismi di formazione dei prezzi, cioè della profonda connessione tra valore d'uso e valore di scambio. Eppure si trattava di concetti già magistralmente elaborati – sviluppando le intuizioni di Aristotele, riprese da Tommaso nella *Summa* nonché nel suo *Commento alla Politica di Aristotele* – dai teologici medievali di scuola francescana, purtroppo malamente «gettati nel limbo dalle mode intellettuali prevalenti» (ROTHBARD M., *Contro Adam Smith*, 2007, p. 79) a partire proprio dalla stagione inaugurata da Smith. Si deve, in particolare, al francescano Pietro di Giovanni Olivi (1248-1298) e alla sua opera nota come *Tractatus de emptione et venditione, de contrahentibus usurariis et restitutionibus*, la formulazione di quella che, a ragione, può essere considerata «la migliore e la più moderna tra le teorie del valore del Medioevo» (BAZZICHI O., *Alle radici del capitalismo*, 2010, p. 105). La teoria fu ripresa dai più noti Antonino da Firenze (1389-1459) e Bernardino da Siena (1380-1444) e fu quest'ultimo a sistemare i concetti dell'Olivi, riguardo al valore economico di una cosa, mediante tre efficaci espressioni: «la *raritas*, la *virtuositas* e la *complacibilitas*», dove «Per *raritas* s'intende la sua maggiore o minore quantità rispetto alla domanda; la *virtuositas* è, invece, la sua possibilità di rispondere oggettivamente ad un bisogno; la *complacibilitas*, infine, è la volontà soggettiva di appagare un bisogno piuttosto che un altro, stabilendo fra loro una gradualità» (BAZZICHI O., *Alle radici del capitalismo*, 2010, p. 105). «In quest'ultima [la *complacibilitas*], che introduce nel valore un elemento di sapore moderno, va posto non solo il fatto della necessità ma anche il vero e proprio gusto individuale e personale. [...] in sintesi: il valore economico si determina in funzione dell'utilità – sia nella sua forma oggettiva (*virtuositas*) sia nella sua forma soggettiva (*complacibilitas*) – e in funzione della rarità» (BAZZICHI O., *Alle radici del capitalismo*, 2010, p. 105). Sull'incidenza del *valore d'uso* sul valore economico delle cose, può essere richiamato anche il pensiero di Giovanni Duns Scoto (1266-1308), nel suo *Opus Oxoniense* (cit. in BAZZICHI O., *Alle radici del capitalismo*, 2010, p. 108s.). Per le opportune precisazioni in ordine al rapporto tra prezzo di mercato e valore di scambio, v. BUTLER E., *La scuola austriaca di economia*, 2014, p. 47 e, più diffusamente, MENGER C., *La teoria del denaro*, 1871, p. 56s. Sulla legge della domanda e dell'offerta, v. BESANKO-BRAEUTIGAM, *Microeconomia*, 2020, p. 19s., GATTO-MIGLIARDO, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, p. 95s.

voler sostenere in maniera del tutto arbitraria ed apodittica la pretesa limitazione della tutela ai soli valori monetari⁴³. In secondo luogo, risulta determinante la felice intuizione di fondo di un'ulteriore concezione del patrimonio avanzata dalla più recente elaborazione dottrinale, detta concezione giuridico-funzionale-personalistica, secondo la quale «Il patrimonio, questo è il nucleo teorico della tesi in esame, rileva penalmente in quanto strumentale allo sviluppo della personalità del suo titolare nel mondo reale»⁴⁴. In altri termini, il patrimonio non è tutelato di per se stesso, ma in quanto *serve* alla persona⁴⁵, e ciò in accordo non tanto, come è stato detto, ad una supposta «complessiva ispirazione personalistica... della nostra Costituzione»⁴⁶, ma alla stessa nozione economica di bene, il cui fondamento è proprio l'utilità soggettiva, senza la quale non vi sarebbero valori di scambio, valori di mercato o valori monetari⁴⁷. Piuttosto, occorre considerare che, nel novero dei beni di infimo valore di scambio, figurano, oltre ai beni di puro valore affettivo, anche le componenti di quei patrimoni che nel loro insieme valgono, in termini monetari, assai poco. Si pensi, ad esempio, allo scarno e malandato mobilio dell'abitazione di una famiglia che viva in condizioni di estrema indigenza ovvero ai capi di abbigliamento e alle altre misere cose (talvolta, persino semplici fogli di giornale o cartoni) che servono ad un clochard per sopravvivere. È evidente, allora, che sottrarre tali beni alla tutela penale, ignorando che essi sono beni economici in quanto dotati di un elevatissimo valore d'uso, comporterebbe, invero, il paradosso di non tutelare proprio quei soggetti che maggiormente abbisognano di protezione, ciò che sarebbe non solo una conclusione assurda sul piano logico ma anche una chiara violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

In definitiva, tanto la corretta nozione di bene economico, fondata sul valore d'uso, quanto l'interpre-

⁴³ Coglie il rilievo del *valore d'uso soggettivo* anche in quelle cose che possono risultare, in ipotesi, prive di *valore di scambio* e, quindi, l'irragionevolezza di escludere tali cose dall'ambito della tutela penale FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 24.

⁴⁴ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 5 (la sottolineatura è mia), cui si rinvia per le relative indicazioni bibliografiche, anche di lingua tedesca.

⁴⁵ In quest'ottica, v. limpidamente Cass. 18 gennaio 1967 (ripportata da CESARIS L., *In tema di condotta e danno nel reato di truffa*, in *Indice pen.*, 1977, p. 121-122, note 22 e 29): «il diritto tutela i beni non già di per sé, cioè a dire in se stessi considerati, ma per la possibilità che essi offrono di *soddisfare determinati bisogni di chi ne è titolare*, onde la tutela stessa è in definitiva rivolta a quel particolare interesse che il titolare intende con esso soddisfare» (la sottolineatura è mia).

⁴⁶ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 5.

⁴⁷ Lo stesso RICARDO, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, p. 7, osserva: «Se non fosse in alcun modo utile – se in altre parole non potesse in alcun modo contribuire alla nostra soddisfazione – una merce sarebbe priva di valore di scambio, per quanto potesse essere scarsa, o comunque potesse essere cospicua la quantità di lavoro necessaria per procurarsela».

tazione costituzionalmente orientata, con riferimento specifico al principio testé menzionato, delle norme penali poste a tutela del patrimonio, impongono di annoverarvi anche i beni affettivi nonché quelli utili per un determinato soggetto ancorché privi, in ipotesi, di significativo valore monetario o di scambio in genere⁴⁸. Né si obietti che, in tal modo, ponendo l'accento sul criterio dell'utilità soggettiva, si finirebbe per ancorare la punibilità del fatto «al capriccio della vittima»⁴⁹, così da minare lo stesso principio di tassatività (e le sottese esigenze di certezza giuridica e di *extrema ratio* della sanzione penale) delle fattispecie di reato fondate sul concetto di danno patrimoniale⁵⁰.

Ed, invero, a ciò può agevolmente replicarsi osservando: in primo luogo, l'indubbia elasticità del concetto di utilità soggettiva, che inevitabilmente impor-

rà un giudizio caso per caso, non può essere addotta come valido motivo per inseguire un preteso valore oggettivo delle cose, invero inesistente o, comunque, non rilevante nell'ambito delle scelte economiche, dove, come detto sopra, non si esprimono giudizi astratti di valore ma solo giudizi concreti di utilità per sé stessi in ordine a quelle determinate cose che si intende scambiare; in secondo luogo, tutti in dottrina, persino i sostenitori del valore oggettivo, non mancano di sottolineare la necessità di far ricorso, accanto al criterio monetario, anche a «criteri particolaristici» in grado di far emergere «la valutazione soggettiva del disponente» e con essa «un valore diverso...[rispetto a quello rigorosamente monetario] più particolaristico... commisurato al raggiungimento di speciali effetti o risultati, determinando così un fenomeno di soggettivizzazione che trasforma il valore economico [*rectius*: monetario] in interesse individuale»⁵¹, salvo poi dover precisare, nella preoccupazione di porre un limite ad «un esasperato soggettivismo»⁵², che la valutazione individuale dev'essere sottoposta al vaglio in base al «comune senso pratico»⁵³ o «al *giudizio ragionevole di un osservatore obiettivo*»⁵⁴ oppure «secondo il metro della considerazione sociale»⁵⁵ o, ancora, «secondo i normali canoni di considerazione e di apprezzamento sociale»⁵⁶ o di «una generalità di soggetti»⁵⁷, o di «un sentimento diffuso o apprezzato dai consociati»⁵⁸ o, persino, del fantomatico «uomo medio»⁵⁹.

Orbene, non occorre un particolare accanimento critico per rilevare l'assoluta vaghezza di tutte le sud-

⁴⁸ È appena il caso osservare che, in situazioni particolari e circoscritte (come, ad es., quella di una comunità reclusa), determinati beni potrebbero mostrare un certo *valore di scambio* nell'ottica del mero baratto, pur non prestandosi ad un'apprezzabile stima monetaria. Deve, inoltre, precisarsi che, fermo restando l'apprezzamento espresso nel testo per l'idea di fondo della *concezione giuridico-funzionale-personalistica* del patrimonio – nel senso che questo va inteso nella sua attitudine strumentale «per la soddisfazione... dei bisogni della persona umana, materiali e spirituali» (MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, p. 20) – non è possibile aderire ad essa, in quanto non adeguatamente fondata su una corretta nozione di bene in senso economico, la quale nozione va ricercata non sul piano giuridico, che la ridurrebbe ad una vuota e tautologica definizione puramente formale, ma su quello economico, ove si rileva il suo fondamentale aggancio al concetto di *utilità soggettiva*. Non a caso, peraltro, MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. 5, evidenzia che l'adesione alla concezione personalistica del patrimonio è ben lungi dal risolvere le controverse dottrinali che lo riguardano: «...va segnalata una netta divaricazione all'interno della posizione teorica in questione, a seconda che l'ottica personalistica sia considerata come pur sempre vincolata al significato *monetario* del bene o meno. Ciò emerge in modo particolarmente netto a proposito del problema... relativo alla tutela di cose aventi un valore solo affettivo e sul quale si registrano posizioni recisamente contrarie negli stessi artefici della tesi in esame» (il corsivo è mio), potendo solo aggiungere che «L'esclusione di una concezione meramente monetaristica del bene in questione sembra però più coerente per chi si esprime a favore di una sua "dimensione personale", specie alla luce dell'accennato collegamento operato anche con l'ispirazione personalistica della nostra Costituzione». Non sembra considerare a sufficienza tali difficoltà, MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, p. 20-21, allorché, aderito alla teoria in esame, ritiene di poter trarre dall'asserita *strumentalità personalistica* del patrimonio la sicura conclusione che dovrebbero considerarsi oggetto di tutela anche le *cose di mero valore di affezione*, senza tuttavia avvedersi che la questione, prima ancora che porre un problema di tutela giuridica, era proprio quella di stabilire se e per quali ragioni tali cose potessero annoverarsi tra i beni in senso economico.

⁴⁹ In questi termini, SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 39, ripreso anche da BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1539. Anche FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 192 lamenta il pericolo che, a dar rilievo all'utilità soggettiva del bene, «si finirebbe con l'accordare tutela penale al capriccio e all'arbitrio di ognuno».

⁵⁰ In tal senso, MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, p. 22.

⁵¹ In questi termini SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 34, 36.

⁵² SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 37.

⁵³ SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 36.

⁵⁴ FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 192.

⁵⁵ PAGLIARO A., *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1204-1205: ai fini della valutazione del danno patrimoniale, «Il momento oggettivo è sempre predominante... Non bisogna, però, neppure cadere nell'eccesso opposto, di accogliere una nozione di danno così rigorosamente oggettiva, da escludere ogni rapporto con la situazione concreta del soggetto titolare dell'interesse. *Vero è che il danno è lesione di un bene; ma il bene è tale, come insegnano le leggi economiche, in quanto è dotato di utilità per un soggetto*. Di conseguenza, il soggetto resta il punto di riferimento per accertare il danno; ma la valutazione, anziché essere quella subiettiva del singolo, è *quella della collettività... secondo il metro della considerazione sociale*» (la sottolineatura è mia).

⁵⁶ MILITELLO V., *Patrimonio*, 1995, p. p. 4. In termini analoghi, CESARIS L., *In tema di condotta e danno nel reato di truffa*, in *Indice pen.*, 1977, p. 122, il quale, rapportandosi ad una sentenza di legittimità del 1963, *ivi* compiutamente citata, osserva: «... pur facendo sempre riferimento al soggetto passivo, si deve tener conto della *valutazione obiettiva della collettività*; in parole più semplici: si deve valutare, secondo le esperienze proprie della collettività... se un danno si sia verificato» (la sottolineatura è mia).

⁵⁷ CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 219.

⁵⁸ MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 22, secondo cui «la *strumentalità patrimoniale meritevole di tutela*» andrebbe accertata «con parametri *oggettivo-soggettivi*».

⁵⁹ CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 216.

dette formule, il cui unico, prevedibile effetto sarebbe, se prese alla lettera, quello di sostituire, al paventato capriccio dell'interessato, l'arbitraria valutazione dell'interprete. In realtà, non può essere impedito ad un soggetto di attribuire una certa utilità per sé a determinate cose, né, per quanto questa valutazione possa essere eccentrica (si pensi al collezionista di cose prive di valore monetario, per es. di tappi di bottiglie), si può arbitrariamente escludere tali cose dal novero dei beni economici: valore economico non vuol dire necessariamente valore monetario, e mentre quest'ultimo dipende dal valore di scambio e si determina sul mercato secondo la legge della domanda e dell'offerta, il primo si fonda sul valore d'uso, che, per sua natura, è *del tutto soggettivo*.

Dunque, il compito dell'interprete e, segnatamente del giudice, non potrà essere altro se non quello di accertare, volta per volta, se il soggetto passivo avesse destinato la cosa di cui lamenta la lesione (ad es. perché gli è stata sottratta) ad una propria soggettiva utilità⁶⁰. Ovviamente, accertata, in ipotesi, la lesione, il risarcimento del danno (materiale) non potrà che essere liquidato secondo i valori di mercato, che potranno anche essere quasi o del tutto nulli (come nell'esempio della collezione di tappi)⁶¹.

⁶⁰ Secondo MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 22, nell'ambito di beni di affezione, occorrerebbe distinguere tra le espressioni di «un sentimento diffuso o apprezzato dai consociati», in base al quale non potrebbe negarsi tutela a beni come «l'animale da compagnia o l'unico ritratto del figlio morto», e altre manifestazioni collocabili «nella sfera, più che dei sentimenti, della psicopatologia», come l'eventuale affezione per «la polvere calpestata o le impronte lasciate sul pavimento» dal caro defunto. Ma, in realtà, nel porre questo esempio, non si avvede l'illustre Autore che, in tali casi, il soggetto non attribuirebbe alcun valore alla polvere in sé, meno che mai all'impronta (che non è neppure una cosa), ma ad un *determinato stato dei luoghi*, ad es. quello della stanza della persona cara, e non si vede per quale ragione l'eventuale illegittima immutazione da parte di un terzo dovrebbe ritenersi esclusa, già sul piano della fattispecie oggettiva, dalla tutela penale in relazione al reato astrattamente ipotizzabile ai sensi dell'art. 632 c.p. Quanto alla valutazione alterata da un'eventuale accertata psicopatologia, quale potrebbe essere, ad es., quella del cd. *accumulatore compulsivo* (in argomento, v. DSM-5, p. 271s., che lo inquadra tra i disturbi ossessivo-compulsivi), il giudice dovrà pur sempre distinguere tra cose che sono realmente utili al soggetto in questione (si pensi agli utensili da cucina dell'accumulatore) da quelle che sono per lui stesso del tutto inutili (come i meri rifiuti di cui l'accumulatore evita patologicamente di disfarsi).

⁶¹ La distinzione tra danno come lesione di un bene economico e profili monetaristici non è sfuggita alla giurisprudenza di legittimità ed, in particolare, a Cass., II sez. civ., 5 luglio 2002, n. 9740, Rv. 555533, che, al di là delle imprecisioni terminologiche, così si è espressa: «In tema di responsabilità extracontrattuale, il carattere patrimoniale del danno riguarda non solo l'accertamento di un saldo negativo nello stato patrimoniale del danneggiato ma anche l'incidenza in concreto di una diminuzione dei valori e delle utilità (susceptibili secondo una valutazione tipica, che si riflette sul quantum risarcitorio, di commisurazione in denaro) di cui il medesimo può disporre, costituendo il patrimonio, ai

2.2. La componente giuridica della nozione di patrimonio: situazioni soggettive giuridicamente tutelabili in maniera quantomeno indiritta, lì dove l'inclusione, nella nozione dogmatica di patrimonio, anche delle situazioni di vantaggio acquisite in modo illecito, contrasterebbe con il fondamentale principio di non contraddizione dell'ordinamento. Soluzione delle questioni attinenti al cd. danno in illecito e brevi cenni alla relativa casistica.

È evidente che il patrimonio, in assenza di un criterio giuridico che ne consenta l'attribuzione ad un determinato soggetto, non sarebbe altro se non una congerie di beni senza titolare, priva di unità⁶², tant'è che la stessa concezione economica, come osservato sopra, introduceva il concetto di «appartenenza»⁶³. Epperò, se inteso in questi termini, si tratterebbe di un criterio dai confini assai labili, destinato ad attrarre nell'orbita della nozione dogmatica di patrimonio e, quindi, della relativa tutela penale, tutte quelle situazioni nelle quali un soggetto abbia comunque la materiale disponibilità di un dato bene – esercitando su di esso quella «signoria o potere di fatto» che la dottrina civilistica riconduce al concetto di possesso⁶⁴ – anche nelle ipotesi in cui dette situazioni siano state «instaurate in modo illecito o addirittura delittuoso»⁶⁵ (si pensi alla posizione del ladro rispetto alla refurtiva). È questa, però, una conclusione insostenibile perché in contrasto «col principio dell'unità dell'ordinamento giuridico»⁶⁶. È stato osservato, infatti, che sarebbe del

fini in considerazione, quell'insieme di beni, valori e utilità tra loro collegati sotto il profilo e mediante un criterio funzionale. Ne consegue che il carattere della patrimonialità, che attiene al danno e non al bene leso dal fatto dannoso, non implica sempre e necessariamente un esborso monetario né una perdita di reddito o prezzo, potendo configurarsi anche come diminuzione dei valori o delle utilità economiche del danneggiato». Sul punto, v. anche MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 38, il quale osserva: «... il danno patrimoniale, se comprende innanzitutto il danno economico, abbraccia anche il danno non economico... o meramente morale (così per le cose di puro valore affettivo)», ove è chiara la diffusa confusione terminologica dei concetti richiamati: invero, il danno patrimoniale, come si è inteso dimostrare, è *sempre* danno economico, in quanto deriva dalla lesione di una cosa da cui il titolare traeva una determinata utilità (del tutto soggettiva); cionondimeno, il danno economico può non corrispondere ad alcun apprezzabile danno monetario, in quanto attenga a cose prive di valore di scambio. In ordine alle diverse tipologie di danno, patrimoniale e non, v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 736, nonché TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 2004, p. 919s.

⁶² In mancanza del criterio giuridico, la nozione di patrimonio semplicemente si dissolverebbe, non essendo altrimenti possibile ridurre ad unità un certo insieme di beni né individuare il soggetto giuridico (persona fisica, persona giuridica o ente di fatto) cui detto insieme faccia capo.

⁶³ V. retro parag. 2.

⁶⁴ Sulla nozione di *possesso*, v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 67-68.

⁶⁵ MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 20.

⁶⁶ Così FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p.

tutto contraddittorio che il diritto penale sanzionasse determinate aggressioni al patrimonio (ad esempio il furto) per poi «tutelarne il prodotto come valore patrimoniale del reo»⁶⁷. In definitiva, per enucleare il concetto di patrimonio, non è sufficiente un qualunque criterio giuridico di riferimento (senza il quale non si realizzerebbe quella *reductio ad unum* di cui si è detto sopra), ma è necessario, altresì, per le ineludibili esigenze di coerenza e razionalità derivanti dal basilare principio logico di non contraddizione⁶⁸, che detto criterio corrisponda ad una situazione giuridica *lecita*, cioè tutelata dall'ordinamento giuridico, direttamente (col diritto di azione) o, almeno, indirettamente (con la *soluti retentio*)⁶⁹. Deve trattarsi, inoltre, di una tute-

la non meramente provvisoria come quella accordata al possesso in quanto tale, fondata sulla presunzione della liceità del titolo, e destinata a cessare di fronte all'effettivo diritto reale sulla cosa o al precedente legittimo possesso della stessa⁷⁰: ove, infatti, il diritto penale tutelasse la posizione del possessore *ex se*, prescindendo dalla sussistenza o meno del sottostante diritto reale, finirebbe per assicurare protezione, in contrasto col cennato principio di non contraddizione, anche al soggetto che possiede il bene per effetto di un precedente reato contro il patrimonio da lui stesso commesso (ladro, ricettatore o altro). Chiarito in questi termini il concetto di patrimonio⁷¹, le diverse questioni riconducibili al cd. *danno in illicito*⁷² – che si

24.

⁶⁷ MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 31: «...appare contraddittorio che le stesse norme, che incriminano le varie aggressioni patrimoniali, ne tutelino poi l'autore contro i terzi e lo stesso soggetto offeso: perseguire l'illecito per poi tutelare il prodotto come valore patrimoniale del reo è consacrare l'assurdo etico, prima ancora che giuridico, di un ordinamento che ad un tempo punisca e favorisca, che vieti il maleficio e ne consideri meritevole di tutela il profitto».

⁶⁸ Si rammenti che il principio di non contraddizione risale, nella sua più compiuta declinazione, ad Aristotele, che, nella *Metafisica*, Libro IV (anche detto libro *gamma*), cap. 3, 1005 b 19-20, dopo aver sottolineato che esso è necessario per chiunque voglia conoscere una qualsiasi cosa, lo definisce in questi termini: «È impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo [κατά τὸ αὐτό]». Per un'ampia trattazione dell'argomento, v. MUNZI A., *Il valore del principio di contraddizione nella filosofia di Aristotele*, in *Gregorianum*, 1927, p. 243-296. Val la pena anche ricordare che il principio di non contraddizione è ripreso da Tommaso d'Aquino e più volte menzionato ed utilizzato nelle sue opere (ad es., proprio nel commento al Libro IV di Aristotele: «Impossibile *eidem simul inesse et non inesse idem* [...] *secundum idem*» (in *IV Metaph.* l. vi n. 600). Al riguardo, si vedono le varie citazioni schematicamente riportate da TESTI C.A., *Il principio di contraddizione in Tommaso D'Aquino*, in www.academia.edu, 2002, cui si rinvia, altresì, per l'ampio ed approfondito commento.

⁶⁹ MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, osserva correttamente che la concezione giuridico-economica del patrimonio, in linea con il «principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico» (p. 31), ha il pregio di assicurare la tutela penale «soltanto ai beni, aventi un valore economico, oggetto di un diritto [soggettivo] o, comunque, acquisiti in modo non disapprovato dal diritto o sotto la protezione del diritto» (p. 20). In quest'ottica, possono ritenersi parte del patrimonio anche «le aspettative dotate di fondamento giuridico, ma non anche le pretese invalide o le aspettative di mero fatto» (FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 25). In termini analoghi, MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 22: «La parte attiva del patrimonio è costituita dai rapporti giuridici inerenti a cose, siano essi reali o di obbligazione, ma anche dalle aspettative di diritto, cioè dalle situazioni giuridiche soggettive che sono in corso di formazione per divenire diritti patrimoniali veri e propri (commette truffa, ad es., chi induce con inganno a rinunciare all'eredità per restare erede unico)». Da notare che, ove volesse accogliersi la più ristretta nozione di aspettativa proposta da CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 217, nell'esempio proposto da MANTOVANI sembrerebbe doversi concludere per l'esclusione di una lesione penalmente rilevante. Sul punto, v.

retro nota 21. Ovviamente, secondo l'impostazione più estensiva – che, invero, appare più corretta, apparendo piuttosto apodittica la pretesa restrizione – commette estorsione «chi costringe taluno, con minaccia, a rinunciare all'eredità per rimanere unico erede» (FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 160; così anche MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 192); *contra*, MANCI F., *La Truffa*, 1930, p. 139-140, ma trascurando del tutto il concetto di legittima aspettativa.

⁷⁰ In questi termini, MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 32, il quale acutamente sottolinea che l'esclusione del possesso in quanto tale dal novero delle posizioni penalmente tutelabili deriva dalla cennata esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico (principio di non contraddizione): «...se alla situazione di fatto è riservata una tutela civile provvisoria, che cessa di fronte a chi dimostra il proprio diritto, appare conforme al nostro sistema ritenere che alla tutela patrimoniale penale, che è tutela definitiva, siano riservate le situazioni di diritto o, comunque, non acquisite attraverso reati patrimonialmente offensivi» (la sottolineatura è mia). Sulla natura provvisoria della tutela del possesso, v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 67.

⁷¹ Volendo riassumere, il patrimonio, nella sua corretta accezione giuridico-economica, è l'insieme delle situazioni giuridiche soggettive, che l'ordinamento tutela in via definitiva, con il diritto di azione o, quantomeno, con la *soluti retentio*, in base alle quali situazioni il soggetto che ne è titolare ha la disponibilità attuale (come avviene nel caso della proprietà o degli altri diritti reali, ovvero nel caso dei diritti personali di godimento, come quelli del locatario o del comodatario) ovvero ha la disponibilità potenziale (nel senso che è in condizione di acquisirla, come nel caso del diritto di credito o delle aspettative di diritto) di determinate cose materiali (o di determinate cose immateriali ad esse giuridicamente equiparate, come l'energia elettrica e i dati informatici), che – in quanto il soggetto stesso ha destinato alla soddisfazione di propri bisogni anche non economici, perciò connotate da un certo valore d'uso, cui, a seconda dei casi, può corrispondere o non corrispondere un apprezzabile valore di scambio – si definiscono come beni economici. Sulle situazioni giuridiche soggettive, v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2013, p. 55s. Definisce il patrimonio in termini del tutto analoghi a quelli testé proposti, MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 20, sia pure nell'ottica della concezione giuridico-funzionale-personalistica. Per le ragioni per cui non è possibile aderire a siffatta teoria, v. *retro* nota 47.

⁷² Come evidenziato sopra (v. *retro* parag. 2), la tematica del danno in illecito pone agevolmente in crisi la concezione economica del patrimonio, mostrando tutta la fragilità concettuale del concetto di appartenenza da esso suggerito; analogamente, la concezione giuridica mostra la sua debolezza teorica, per non aver adeguatamente chiarito il concetto di bene in senso economico,

verifica quando il soggetto passivo dell'altrui condotta delittuosa (ad es. minaccia o violenza oppure artifici e raggiri) sia stato privato o, comunque, leso in relazione ad un bene che egli stesso aveva precedentemente acquisito in maniera illecita – non appaiono di difficile soluzione⁷³. Così, ad esempio, volendo passare in rapida rassegna alcune di esse, senza pretesa di esaustività, colui che è entrato in possesso della *res* mediante la commissione di una condotta delittuosa, qualunque essa sia in termini di furto, estorsione, rapina, truffa, ricettazione, ecc., non potrà mai invocare, in relazione a tale bene, alcuna tutela penale, a ciò ostando il cennato principio di non contraddizione⁷⁴. Viceversa, un danno patrimoniale dovrà ravvisarsi in relazione alla lesione delle situazioni patrimoniali tutelate con la *soluti retentio* a norma degli artt. 2034 e 2035 c.c., come nel caso della prostituta alla quale sia imposto con violenza o minaccia di rinunciare al compenso per la prestazione sessuale resa ovvero di poter esercitare il meretricio in una determinata zona solo dietro pagamento di una “tangente”⁷⁵. Analogamente,

allorché è posta a confronto con la problematica della tutela penale dei beni affettivi o, comunque, privi di significativo valore monetario.

⁷³ Sull'argomento, v. ampiamente, con riferimento anche alla dottrina e alla giurisprudenza di lingua tedesca, HEINITZ E., *Il danno patrimoniale nella truffa*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 357s. Per la posizione di segno contrario, tesa a riconoscere tutela penale anche alle ipotesi di “conseguimento anti-giuridico del bene”, come nel caso della cosa rubata, v. BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 581-582, anche con richiamo all'analogo orientamento della giurisprudenza di legittimità, nonché MARINI G., *Profili della truffa*, 1970, p. 215s. (sulla cui posizione v. più ampiamente *retro* nota 77). È evidente, però, che si tratta di posizioni che non si confrontano adeguatamente con l'impedimento nascente dal basilare principio di non contraddizione e unitarietà dell'ordinamento giuridico.

⁷⁴ Ciò significa, ad es., che, se il ladro subisce a sua volta il furto della refurtiva, non potrà considerarsi persona offesa rispetto a tale secondo reato, qualità che, invece, dovrà ravvisarsi in capo all'originario proprietario. O ancora: se taluno dei concorrenti commette reato, per es. una truffa o un'estorsione, ai danni degli altri nella spartizione della refurtiva, non sarà configurabile alcun reato contro il patrimonio, salva ovviamente l'eventuale rilevanza della condotta rispetto ad altro reato (ad es. violenza privata). Correttamente esclude che il ladro possa essere vittima di estorsione in relazione alla refurtiva, MANTOVANI F., *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 5, prendendo espressamente posizione contro il diverso avviso della giurisprudenza, che, viceversa, si schiera per la soluzione positiva osservando che il ladro «godrebbe pur sempre di una detenzione suscettibile di effetti giuridici per la possibilità dell'usucapione». Si è visto, invece, che la tutela del possesso di mala fede è inconciliabile con il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico.

⁷⁵ In tale senso, Cass. 10 giugno 2016, n. 6297, Rv. 269432, che, nel caso dell'imposizione della “tangente”, ha ravvisato l'estorsione, con esclusione dello sfruttamento aggravata dall'uso della violenza o della minaccia (in senso conforme, Cass. 10 novembre 1982, n. 422, Rv. 156965). Per l'ipotesi del mancato pagamento della prestazione imposto dal cliente con violenza o minaccia, propende correttamente per la qualifica in termini di estorsione, CONTI L., *Estorsione*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 998, nota 15. *Contra* Cass. 17 gennaio 2001, n. 9348, Rv. 218204.

la tutela penale non può essere negata a chi perseguiva l'ottenimento di una prestazione bensì immorale ma non illecita, come nel celebre esempio della vedova di Molière⁷⁶. All'opposto, quando si tratti di prestazioni vietate dalla legge (come gli interessi usurari ovvero il pagamento dello stupefacente o del compenso promesso per un delitto), ogni pretesa violenta o minacciosa diretta ad ottenerne l'esecuzione non potrà che iscriversi nel paradigma dell'estorsione, trattandosi di situazione del tutto prive di tutela giuridica.

Per la stessa ragione, colui che abbia ricevuto una prestazione la cui esecuzione era vietata dalla legge (per es. la consegna di droga)⁷⁷, non potrà invocare alcuna tutela (ad es. in caso di consegna di sostanza diversa per peso o qualità da quella pattuita), se non per la mera restituzione della somma eventualmente già versata⁷⁸.

⁷⁶ Il caso, citato dal MANZINI nel suo *Trattato di diritto penale italiano*, è riportato da HEINITZ E., *Il danno patrimoniale nella truffa*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 358-359: «certo Lescot, innamoratosi della vedova di Molière per averla veduta mentre recitava in teatro, si rivolse ad una mezzana perché inducesse l'attrice a cedere alle sue voglie. La megera ingannò il Lescot, mandandogli una donna somigliantissima all'amata, e così ottenne il pagamento del lenocinio. Le due truffatrici furono condannate...». Lo riporta, altresì, CORTESE G., *La struttura della truffa*, 1968, p. 218, il quale, al pari dell'HEINITZ, mostra una forte perplessità a ravvisare una condotta penalmente sanzionabile: «A voler considerare truffa questo caso significherebbe far rientrare nella nozione di patrimonio anche il godimento sessuale avuto con una donna». Come si vedrà, più avanti si tratta di difficoltà del tutto infondate.

⁷⁷ Si rammenti che la detenzione di droga è comunque vietata dalla legge, anche nel caso di mero uso personale (art. 75, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309).

⁷⁸ Condivide la necessità di distinguere tra le posizioni soggettive tutelate indirettamente ai sensi degli artt. 2034 e 2035 c.c. e quelle «in cui si ha un pagamento o “contro l'ordine pubblico” o *contra legem* (*ob iniustam causam*). Situazioni, queste, nelle quali la legge civile non soltanto non concede azione, ma addirittura consente la ripetizione di quanto il soggetto abbia eventualmente prestato», potendosi ravvisare un danno patrimoniale penalmente tutelabile soltanto nel primo ordine di ipotesi, MARINI G., *Profili della truffa*, 1970, p. 218-220. Secondo l'A., tuttavia, ci sarebbe un terzo «tipo di situazioni» ravvisabile in quelle prestazioni *ex se* non vietate, ma che avvengono «in occasione» o, comunque, in relazione alla commissione di un reato, come nel caso in cui si tratti di dividere la refurtiva tra i correi. Ebbene, secondo il Marini, non vi sarebbe «nessun ostacolo... all'applicazione dell'art. 640 c.p.» (e, più in generale, si potrebbe aggiungere, di qualunque altra norma incriminatrice attinente a reati contro il patrimonio), osservando che, in casi del genere, «non si controverte sul diritto alla controprestazione, ma sul diritto, riconosciuto dall'ordinamento, di non essere soggetto passivo di illecite aggressioni al proprio patrimonio» (p. 216). Inoltre, si osserva che «nell'art. 640 c.p. [come nell'art. 629 c.p., *ndr*] – il legislatore non distingue tra danno giusto e danno ingiusto». Senonché, queste conclusioni non possono condividersi, essendo fondate sulla mancata considerazione che, per effetto del principio di non contraddizione, le situazioni illecitamente acquisite non possono considerarsi come effettive componenti del *patrimonio* (correttamente inteso in termini giuridico-economici) del soggetto, sicché non è ravvisabile,

2.3. *La definizione di danno economico, come duplice lesione tanto della situazione giuridica soggettiva che legittima a disporre o ad acquisire un determinato bene economico, quanto dell'effettiva disponibilità del bene stesso. Conseguenze in tema di consumazione del reato e di rapporto tra danno e validità negoziale*

La prospettiva giuridico-economica, chiarita nella sua esatta dimensione, consente di approcciare in maniera risolutiva le diverse problematiche del danno economico, a partire dalla relativa definizione. Come già evidenziato sopra, dal punto di vista formale, danno significa *lesione patrimoniale*⁷⁹, ma, nell'approfondire il concetto di bene in senso economico, si è visto che il patrimonio⁸⁰, prima ancora che esprimere valori monetari, comprende tutte quelle cose che l'interessato considera in termini di utilità soggettiva⁸¹. Si può, dunque, definire il danno economico come quella situazione che si realizza quando il soggetto passivo si vede privare di cose⁸² che egli, potendone disporre in maniera legittima (ad es. per esserne proprietario), aveva destinato alla soddisfazione di un proprio bisogno (non necessariamente di natura economica) (cd. danno emergente) ovvero quando si vede privare della possibilità di acquisire legittimamente (ad es. per effetto di un diritto di credito ovvero anche *iure hereditario*) cose che avrebbe potuto destinare a tale soddisfazione (cd. mancato guadagno).

Non è difficile osservare, in questa definizione, che, alla duplice natura del patrimonio, giuridica ed economica insieme, corrisponde analogo duplice profilo del danno, che è tale in quanto corrisponde alla lesione tanto della posizione giuridica che legittimava il soggetto a disporre o ad acquisire la *res*, quanto della relativa materiale disponibilità, poiché solo in tal caso risulta apprezzabile un'effettiva perdita o un effettivo mancato acquisto di utilità⁸³.

In quest'ottica, la soluzione delle diverse dispute rilevabili in seno alla teoria del danno, con inevitabili ripercussioni e incertezze giurisprudenziali⁸⁴, può essere

nei casi in esame, alcun danno giuridicamente rilevante. Nello specifico, l'acquirente di sostanza stupefacente non potrebbe, ad es., mai considerarsi vittima di truffa in caso di consegna dell'*aliud pro alio*.

⁷⁹ V. *supra* parag. 2.

⁸⁰ Per la definizione di patrimonio nell'ottica giuridico-economica, v. *supra* nota 70.

⁸¹ V. *supra* parag. 2.1.

⁸² Sul rapporto tra il concetto di bene e quello di cosa, v. *supra* nota 33.

⁸³ Intende correttamente il danno come «diminuzione della strumentalità del patrimonio, cioè della sua capacità di soddisfare bisogni materiali e spirituali del titolare», MANTOVANI F., *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 37, nella prospettiva della cd. *concezione giuridico-funzionale.personalistica* del patrimonio. Per le ragioni che non consentono di aderire a siffatta concezione – che si pone a monte della definizione di danno appenda riportata, di per sé corretta – v. *retro* nota 47.

⁸⁴ In ordine a tali incertezze, v. CESARIS L., *In tema di condotta e*

approntata senza ulteriori, particolari difficoltà. Innanzitutto, per quanto concerne l'individuazione del momento di consumazione del reato, risulta evidente che i cambiamenti rilevabili unicamente sul piano giuridico – con la cessione del diritto su un dato bene ovvero con l'assunzione dell'obbligazione di effettuare una certa prestazione (per es. di consegnare una cosa) o ancora con la rinuncia ad un diritto – non sono condizione sufficiente (ed, invero, come si dirà più avanti, neppure strettamente necessaria) né per la produzione di un danno effettivo né per il conseguimento del correlativo profitto, che, invece, si realizzano solo con la materiale privazione (perdita o mancato acquisto) di un bene da un lato e con l'acquisto della corrispondente utilità dall'altra. Così, ad esempio, se il proprietario di un bene, mobile o immobile, si vede costretto a sottoscrivere, con violenza o minaccia, il relativo atto di vendita, il danno per lui, quale soggetto passivo di estorsione contrattuale, e il correlativo profitto per il soggetto attivo, potranno considerarsi effettivi, e non meramente potenziali, soltanto se ed in quanto sia realizzata, in esecuzione del contratto, la consegna materiale del bene. Solo in tal modo, infatti, per la vittima si avrà una lesione patrimoniale, ossia una decurtazione dell'utilità del suo patrimonio, e per l'autore un accrescimento dell'utilità del proprio. Analogamente, in caso di remissione del debito o di rinuncia al diritto (per es. inerente ad una servitù di passaggio) parimenti estorti, in ipotesi, con la forza, si dovrà qualificare il fatto, qualora il soggetto passivo agisca in via giudiziale impugnando l'atto al fine di ottenere quanto gli è dovuto, come mero tentativo e non come reato consumato. In tal caso, infatti, il soggetto attivo non avrà realizzato alcun guadagno effettivo⁸⁵ né il soggetto passivo avrà subito l'effettiva perdita dell'utilità che gli derivava dal suo diritto⁸⁶. Da tutto ciò consegue,

danno nel reato di truffa, in *Indice pen.*, 1977, p.121s.

⁸⁵ È il caso sottolineare che ovviamente il profitto può realizzarsi anche sottoforma di risparmio di spesa, che l'agente conseguirebbe, quanto ai casi della remissione del debito e della rinuncia al diritto sopra evocati, sottraendosi, nella prima ipotesi, al pagamento dovuto, e nella seconda, al versamento della relativa remunerazione.

⁸⁶ Ai fini della sussistenza del danno, correttamente distingue, in tema di consumazione del reato di truffa, la mera circolazione giuridica dalla circolazione economica del bene, Cass. ord. 4 maggio 1966, n. 556, Rv. 101995: «Al fine di stabilire se l'azione criminosa abbia realizzato il profitto ingiusto (e il correlativo danno) con cui il delitto di truffa diviene perfetto, non basta accertare se vi sia stata circolazione giuridica di beni o valori, ma occorre stabilire se vi sia stata altresì circolazione economica degli stessi. Invero il patrimonio è un complesso di rapporti che hanno per oggetto beni o valori che gravitano attorno a valori economici. Di conseguenza i concetti di danno e di profitto – in tema di reati contro il patrimonio – non possono essere oggetto di una considerazione puramente formale e, quindi, ritenersi già realizzati nel momento della costituzione del rapporto obbligatorio, ma, più realisticamente, essi vanno colti nel momento in cui tale rapporto produce i suoi effetti concreti, risolvendosi nella effettività la mera possibilità di profitto e di danno patrimoniale».

inoltre, il definitivo chiarimento del rapporto tra la consumazione del reato contro il patrimonio, quale può essere la truffa o l'estorsione contrattuale, e la validità civilistica dell'atto di disposizione patrimoniale cui il soggetto passivo sia stato indotto rispettivamente con l'inganno o con la forza⁸⁷. Risulta evidente, infatti, che, se in ultima analisi la consumazione del reato dipende non già dalla circolazione giuridica ma dalla circolazione economica del bene, l'esistenza, in ipotesi, di un atto giuridico produttivo di effetti favorevoli per una parte e sfavorevoli per l'altra di per sé rileverà soltanto come *tentativo* ai sensi dell'art. 56 c.p., essendo, altresì, necessario, ai fini della consumazione del reato, che avvenga un effettivo trasferimento di utilità (ad es. con la riscossione dell'assegno o con il pagamento della cambiale)⁸⁸. Per lo stesso motivo,

le. Deve pertanto ritenersi momento consumativo di una truffa, che ha condotto al rilascio di un effetto cambiario, quello del pagamento dell'effetto stesso e non quello del semplice conseguimento di esso» (la sottolineatura è mia). Detta pronuncia è commentata positivamente da MARINI G., *Profili della truffa*, 1970, p. 194-195, il quale osserva che la mera sottoscrizione di un atto avente determinati effetti giuridici, come può essere, per l'appunto, il rilascio di una cambiale o la stipula di un contratto, può essere ricondotta nel novero delle «Situazioni... che possono, al massimo, considerarsi *prodromiche* rispetto al verificarsi del danno in senso stretto». Quanto alla giurisprudenza di legittimità, il criterio espresso dall'arresto del 1966 di cui testé si è riportata la massima corrisponde, per la consumazione della truffa, ad un criterio assolutamente consolidato, lì dove, per la verità in maniera del tutto incoerente, «in materia di estorsione contrattuale si ritiene solitamente, seguendo sul punto quanto affermato dalla concezione giuridica [del patrimonio, ndr], che gli estremi del danno e dell'ingiusto profitto già si verificano, e che quindi il delitto già si perfezioni, «con la sottoscrizione e il possesso del documento con cui la vittima contrae un impegno o rinuncia ad un diritto, anche se questo non produca poi effetti favorevoli all'agente, perché la sua invalidità è stata riconosciuta per effetto di impugnativa» (BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1548, cui si rinvia per le indicazioni giurisprudenziali e dottrinali del caso). Ancora, in ordine alla consumazione del reato di truffa ancorato al criterio della *circolazione economica*, v. anche per le corpose citazioni giurisprudenziali, CESARIS L., *In tema di condotta e danno nel reato di truffa*, in *Indice pen.*, 1977, p.123s., MAGGINI A., *La truffa*, p. 28s. Per l'estorsione, v. l'ampia trattazione in BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 593s.

⁸⁷ Sul tema, che richiama anche la tradizionale distinzione tra *reati-contratto* e *reati in contratto*, v. MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 61-63 nonché l'ampia monografia di LEONCINI I., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, 2006.

⁸⁸ In questi termini, MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 195: «...nei casi di c.d. *estorsione di atti*, il danno e il profitto non possono ritenersi realizzati – ed il reato è soltanto tentato – con la semplice sottoscrizione ed entrata in possesso del documento, con cui la vittima contrae un'obbligazione o rinuncia a un diritto, se poi esso non produce effetti pregiudizievoli alla stessa e favorevoli al reo o ad altri (es: per mancato incasso dell'assegno, avendo l'emittente ritirato i fondi; per mancato pagamento della cambiale o per distruzione della stessa da parte del reo; per dichiarata nullità dell'atto in seguito ad impugnativa». In senso contrario, Cass. 18 novembre 2014, n. 9756, Rv. 262565: «Nell'ipotesi di rilascio sotto minaccia di una scrittura privata,

se l'atto è di per sé improduttivo di effetti (si pensi ad una compravendita immobiliare nulla per difetto della forma scritta) e cionondimeno il soggetto passivo vi dia esecuzione, non può revocarsi in dubbio che il reato sussista e che si sia consumato⁸⁹. Piuttosto, deve evidenziarsi, a mio avviso, che, qualora, a fronte di un atto nullo o, comunque, insuscettibile di divenire efficace, l'esecuzione non fosse avvenuta, si sarebbe dovuto escludere la sussistenza del tentativo penalmente rilevante per difetto del requisito di cui all'art. 56 c.p. dell'idoneità dell'atto a commettere il reato⁹⁰.

3. Il danno nell'estorsione contrattuale come lesione dell'utilità soggettiva dei beni economici che il soggetto passivo è costretto a scambiare con altri che egli riteneva meno utili. Precisazioni in ordine alle diffuse formule giurisprudenziali dell'assunzione non necessaria e del cd. *danno in re ipsa*.

Le cennate difficoltà in ordine al concetto di patrimonio provocano notevoli ricadute, come anticipato nelle note introduttive del presente lavoro, sul piano dell'estorsione contrattuale ed, in particolare, delle condizioni di configurabilità del relativo danno patrimoniale e di distinzione dall'attiguo reato di violenza

nella quale la persona offesa dichiara di essere debitrice di una determinata somma, in realtà non dovuta, e si impegna a restituirla alle scadenze indicate, è configurabile il delitto di estorsione consumata – e non tentata – in quanto il conseguimento di un atto autonomamente produttivo di effetti giuridici costituisce esso stesso l'evento del reato». Non appare superfluo osservare che una tale massima sembra postulare – non è dato sapere quanto consapevolmente, visto che, in motivazione nulla si dice al riguardo – la concezione giuridica del patrimonio.

⁸⁹ Riconosce la consumazione del reato di estorsione quando il soggetto passivo abbia dato esecuzione al contratto nullo, CONTI L., *Estorsione*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 1000. Negli stessi termini, MANCI F., *La Truffa*, 1930, p. 142 e, più di recente, BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 576; per la giurisprudenza, ma senza riferimento al criterio dell'esecuzione del contratto nullo, v. Cass. 4 aprile 1977, n. 12447, Rv. 137027, nonché Cass. 24 giugno 1966 cit. in MANTOVANI F., *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 4.

⁹⁰ A conclusione di queste osservazioni sul rapporto tra reato e validità negoziale, si rammenti che le nozioni civilistiche di validità-invalidità e di efficacia-inefficacia negoziale non coincidono tra loro; ed, infatti, il negozio giuridico valido è di regola, ma non necessariamente produttivo di effetti. Tale non è, ad es., l'atto sottoposto a condizione sospensiva. Analogamente, l'atto invalido non è necessariamente inefficace, giacché il negozio annullabile produce effetti giuridici, sia pure caducabili con la relativa impugnativa, mentre persino il negozio nullo, in determinati casi, può produrre effetti giuridici. In ogni caso, deve rimarcarsi, per quanto concerne il diritto penale, che la questione dell'efficacia o inefficacia dell'atto giuridico (ad es. rispettivamente del negozio annullabile o, di regola, del negozio nullo) non ha rilievo *ex se* ai fini della consumazione del reato, giacché questa dipende dalla circolazione economica, e non meramente giuridica, del bene. Per il diverso atteggiamento della giurisprudenza e di parte della dottrina, v. rispettivamente BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 595-596, MECCA A., *L'estorsione*, 2007, p. 156-157.

privata (art. 610 c.p.)⁹¹. Al riguardo, l'orientamento che sembra decisamente prevalere in dottrina è nel senso che la mera stipula coartata sarebbe condizione necessaria ma non sufficiente per la sussistenza del reato di estorsione, dovendosi considerare altresì necessaria, al fine della produzione del relativo danno patrimoniale, la sproporzione del valore economico della prestazione imposta al soggetto passivo rispetto ad una meno gravosa controprestazione posta a carico dell'altra parte (cd. squilibrio sinallagmatico)⁹². Pertanto, in caso di «equivalenza economica delle prestazioni»⁹³, dovrebbe escludersi il danno economico e

con esso l'estorsione, potendosi prospettare il diverso e meno grave reato della violenza privata, fondato sulla lesione, non del patrimonio, ma della generica libertà di autodeterminazione del soggetto passivo⁹⁴. Di diverso avviso si mostra la Corte di cassazione, la quale, senza mai far riferimento al criterio della sproporzione tra le prestazioni corrispettive, ha espresso, in sintesi, quantomeno negli ultimi anni, due diverse concezioni del danno patrimoniale, la seconda delle quali decisamente più restrittiva della prima⁹⁵. Infatti, se già, in un arresto piuttosto risalente, il S.C. aveva affermato che l'estorsione contrattuale «può consistere anche nella sola assunzione dell'obbligazione di effettuare una prestazione economica, a nulla rilevando l'entità della controprestazione»⁹⁶, in seguito, anche richiamando espressamente tale pronuncia⁹⁷, si è consolidato il principio secondo cui, nell'estorsione contrattuale, «l'elemento dell'ingiusto profitto con altrui danno è implicito nel fatto stesso che il contraente-vittima sia costretto al rapporto in violazione della propria autonomia negoziale, impedendogli di perseguire i propri interessi economici nel modo da lui ritenuto più opportuno» (cd. danno *in re ipsa*)⁹⁸. Il secondo orientamento, invece, si è formato intorno al più specifico tema delle assunzioni coartate, affermando che il danno patrimoniale può ravvisarsi soltanto se il soggetto passivo sia stato costretto, con minaccia o violenza, ad effettuare un'assunzione «non necessaria»⁹⁹ ovvero quando sia stata intimata l'assunzione di una persona senza consentire al datore «di valutarne le qualità personali, di particolare importanza in ragione

⁹¹ Sulla distinzione tra estorsione e violenza privata, v. *retro* nota 14. Si aggiunga che la giurisprudenza insiste da tempo, e giustamente, sulla necessità della patrimonialità del danno come connotato imprescindibile dell'estorsione, anche ai fini della sua distinzione dalla violenza privata (cf. Cass. 22 aprile 1993, n. 1683, Rv. 194418; Cass. 27 ottobre 1997, n. 9958, Rv. 208938), ma, come si mostrerà di seguito (v. *infra* note 95, 96, 98 e 99), la nozione di danno patrimoniale risulta frammentata quantomeno in due differenti e contrapposti orientamenti, ciascuno dei quali, peraltro, non esente da intrinseche difficoltà. 98

⁹² Per tutti, v. BARILLA L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537s., anche per le cospicue indicazioni bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali. Tale orientamento rispecchia quella diffusa opinione dottrinale che, volendo recuperare un apprezzabile substrato economico del concetto di danno patrimoniale – sollevandolo da quella dimensione puramente formale che deriverebbe dalla concezione giuridica del patrimonio e che lo farebbe coincidere con ogni variazione sfavorevole della titolarità di diritti patrimoniali – lo qualifica, in definitiva, come saldo negativo, cioè come «differenza patrimoniale svantaggiosa» che si ottiene considerando la differenza di valore del patrimonio della vittima prima e dopo il prodursi degli effetti della condotta dell'agente. In quest'ottica, ovviamente, nel caso del contratto a prestazioni corrispettive, deve valutarsi se il valore della controprestazione non corrisponda ad una sufficiente compensazione del sacrificio imposto alla vittima con la prestazione; ed, inverso, si afferma: «se la perdita ha una compensazione corrispondente non può parlarsi di danno: potrebbe verificarsi una combinazione operativa di vantaggio-svantaggio, sufficiente di per sé ad elidere ogni disequilibrio» (SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 32-33).

⁹³ PAGLIARO A., *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1202. Val la pena evidenziare che le problematiche attinenti al danno patrimoniale si pongono per l'estorsione contrattuale in termini del tutto analoghi a quanto si rileva in materia di truffa contrattuale, così come sono affatto sovrapponibili i rispettivi orientamenti della dottrina e della giurisprudenza (come si vedrà nel dettaglio più avanti), e ciò sul presupposto che i reati di estorsione e di truffa hanno, inverso, una struttura assai simile: «entrambi richiedono la cooperazione artificiosa della vittima, annoverano come proprio elemento implicito l'atto di disposizione patrimoniale del soggetto passivo della condotta; per ambedue, inoltre, sono previsti gli ulteriori eventi naturalistici dell'altrui danno e dell'ingiusto profitto dell'agente o di un terzo, che devono essere eziologicamente collegati all'atto di disposizione» (BARILLA L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537), distinguendosi unicamente sul piano della condotta tipica, che, nel caso dell'estorsione, coincide con la violenza o minaccia motivanti, nel caso della truffa, negli *artifici e raggiri*. Per la corretta identificazione della condotta tipica nella violenza o minaccia motivanti, v. per tutti, MARINI G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV,

1990, p. 379: «Questa [la condotta costitutiva del reato] ... va identificata nel ricorso alla violenza ed alla minaccia motivanti, non certo – come pur potrebbe ritenersi – nella "costrizione", da ricondursi invece, in parallelo a quanto dimostrabile per la "induzione" nella truffa e per la "costrizione o induzione" nella concussione, al momento causale».

⁹⁴ Cass. 22 aprile 1993, n. 1683, Rv. 194418: «Con la norma contenuta nell'art. 610 cod. pen. si tutela la libertà di autodeterminazione spontanea dell'individuo, al di fuori di qualsiasi limite o condizione che non sia legittimamente posta. Se la coartazione da parte dell'agente è diretta a procurarsi un ingiusto profitto, che può anche essere non patrimoniale, con altrui danno, che non può non rivestire la connotazione di natura patrimoniale, dovendo consistere in un'effettiva "*deminutio patrimonii*", ricorre il delitto di estorsione». Per la distinzione tra estorsione e violenza privata, v. anche *retro* note 14 e 90.

⁹⁵ Deve evidenziarsi che i due orientamenti sopra menzionati emergono dall'analisi riguardante le pronunce del S.C. pubblicate al C.E.D., in modo particolare a partire dall'anno 2000.

⁹⁶ Cass., 30 aprile 1982, n. 10703, Rv. 156074. La sottolineatura è mia.

⁹⁷ Così, in particolare, Cass. 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433.

⁹⁸ Cass., 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433. La sottolineatura è mia. Cf. in senso conforme, *ex multis* Cass., 28 novembre 2013, n. 48461, Rv. 258168, nonché Cass., 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364.

⁹⁹ *Ex pluribus* Cass., 3 novembre 2005, n. 5639, Rv. 233837 e, più di recente, Cass., 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079.

della delicatezza delle mansioni»¹⁰⁰.

È difficile dire se ed in quale misura tale orientamento possa ritenersi in linea con la tesi dottrinale dello squilibrio sinallagmatico, giacché essa, con il suo ricorso a pretesi criteri “oggettivi” di valutazione, rende quantomai aleatorio l'esito del giudizio¹⁰¹. Certo è, viceversa, che la formula del danno implicito (cd. danno *in re ipsa*) è stata fortemente criticata dalla dottrina¹⁰², osservando che essa porterebbe ad una

¹⁰⁰ Cass., 19 febbraio 2020, n. 12434, Rv. 278998. Nel caso di specie si trattava dell'assunzione di un “buttafuori” nel locale di proprietà della vittima, ed il S.C. osservava in motivazione, che, proprio in ragione della delicatezza delle mansioni, «l'intuitus personae assumeva particolare importanza» (il corsivo è mio). A fronte di questa precisazione, però, non appare del tutto coerente il richiamo che, si legge nella sentenza in esame, al criterio del danno *in re ipsa* (v. nota 97). Ed, invero, delle due l'una: o l'estorsione contrattuale sussiste per il sol fatto della coartazione in ragione della violazione dell'autonomia negoziale della vittima, e allora la natura delle mansioni che l'assunto dovrebbe svolgere è del tutto irrilevante; ovvero si concede che queste abbiano rilievo, ed allora deve ammettersi che il danno non può ritenersi implicito nella suddetta violazione.

¹⁰¹ Per la critica ai criteri “oggettivi” proposti in dottrina, v. *retro* parag. 2.1. Ci si deve chiedere, in particolare, come possa stabilirsi se una data assunzione sia o non sia “necessaria”, se essa presupponga o meno l'intuitus personae ed in relazione a quali aspetti, ad es. in relazione soltanto alle qualità strettamente professionali ovvero anche all'aspetto fisico. Un problema analogo si è posto in tema di assunzioni carpite con l'inganno allorché l'agente sia comunque adeguatamente qualificato rispetto alle mansioni che gli sono affidate (v. HEINITZ E., *Il danno patrimoniale nella truffa*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 360-361). Va, infine, detto che l'ulteriore ipotesi cui accennano PINTO M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 192 e BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. “estorsione contrattuale”*, 2003, p. 1537, dell'assunzione coartata a fronte del fatto che l'attività lavorativa, invero, non è destinata ad essere svolta, è chiaro che non pone alcuno specifico problema sul piano del danno patrimoniale: ed, infatti, se la retribuzione dovesse essere comunque corrisposta è chiaro che non si tratterebbe di prestazioni corrispettive, sicché il danno non sarebbe seriamente revocabile in dubbio mancando ogni forma di “compensazione”; d'altra parte, se neppure dovesse essere corrisposta la retribuzione, trattandosi, quindi, di un'assunzione puramente fittizia (ad es. a favore di «una persona condannata» e finalizzata unicamente a «sostenere una richiesta di misura alternativa alla detenzione» (caso trattato da Cass 3 novembre 2005, n. 5639, Rv. 233837, dove, però, il lavoratore assunto otteneva anche la retribuzione), l'estorsione dovrebbe comunque escludersi per difetto di profitto, giacché il mero vantaggio non dovrebbe essere confuso con il profitto in senso economico (per il chiarimento di tale nozione, v. LEONE G., *Per una revisione del concetto di “profitto” nel delitto di furto*, 1954, p. 284s.).

¹⁰² Per tutti, BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. “estorsione contrattuale”*, 2003, p. 1537s., ma v. anche BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 580-581, MANTOVANI F., *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 4. Decisamente contro tendenza, nel panorama dottrinale, PINTO M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 193-194, secondo cui «l'adesione alla chiave di lettura della Cassazione, possa ricavarsi dai traguardi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di danno ingiusto ex art. 2043 c.c.», per la quale «il diritto all'integrità del patrimonio costituisce una posta attiva del

sorta di dematerializzazione¹⁰³ o smaterializzazione¹⁰⁴ del concetto di danno patrimoniale, così da decretarne, nell'ambito della fattispecie oggettiva del reato di estorsione o di truffa, la sostanziale abrogazione. Di qui, il ricorso al “dogma”, per così dire, dello squilibrio sinallagmatico e alla pretesa necessità di ancorare il giudizio a criteri asseritamente “oggettivi”¹⁰⁵. Ma si tratta di una prospettiva che tradisce i suoi labili fondamenti di scienza economica, ed in particolare la connessione con il diffuso equivoco di considerare i beni economici dotati di un qualche valore oggettivo e di ritenere che gli scambi avvengano sul presupposto di un'asserita equivalenza economica tra prestazione e controprestazione. Deve considerarsi, invece, che la scienza economica, nelle sue migliori espressioni, ha chiarito che il valore delle cose non corrisponde a una loro qualità intrinseca, ma rimanda, in ultima istanza, alle specifiche valutazioni individuali, che si traducono nel concetto di utilità soggettiva, la quale, come si è visto, non necessariamente corrisponde ad un apprezzabile valore monetario¹⁰⁶. Inoltre, lo scambio avviene perché ciascuna delle parti considera per sé più utile e, quindi, di maggior valore, il bene che acquista rispetto al bene che cede¹⁰⁷. Ne consegue che un soggetto, ogni qual volta viene indotto a scambiare un certo bene (ad es. una data quantità di denaro) con quello fornitogli dall'altrui prestazione, mediante l'uso della forza o dell'inganno, tale per cui, in assenza dell'una o dell'altro, non avrebbe effettuato lo scambio, subisce innegabilmente il danno patrimoniale derivante dal

patrimonio stesso, risarcibile nell'ipotesi che venga danneggiata, indipendentemente dagli ulteriori danni che ne possono derivare, peraltro, anche difficilmente quantificabili». Tale argomento, tuttavia, non convince o, quantomeno, non appare decisivo, essendo evidente la sua circolarità, con giurisprudenza che rimanda ad altra giurisprudenza, senza affrontare il tema di fondo che è l'esatta delineazione del concetto di patrimonio e, quindi, di danno patrimoniale.

¹⁰³ FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 191, BACCAREDDA BOY-LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 23.

¹⁰⁴ SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, 1970, p. 39.

¹⁰⁵ Lamenta il pericolo di *interpretatio abrogans* PAGLIARO A., *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1204, che proprio per sfuggire a tale rischio suggerisce il ricorso a quella combinazione di criteri soggettivi ed oggettivi, variamente adottata da diversi autori, che ho già sottoposto a critica (v. *supra* parag. 2.1).

¹⁰⁶ V. *supra* parag. 2.1.

¹⁰⁷ Sul punto, si veda quanto chiarito *supra* parag. 2.1. Si aggiunga, peraltro, che la scienza economica, nello studio delle scelte del consumatore, ha sottoposto a critica il cd. approccio cardinalista, che pretende di “misurare oggettivamente” il livello di soddisfazione ottenuto da merci differenti, lì dove l'unico metodo appropriato risulta essere il cd. approccio ordinale, che si limita a stabilire «solo una classifica di gradimento per i vari tipi di consumo», valida per il singolo individuo e per i suoi specifici gusti (GATTO-MIGLIARDO, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, p. 47). Osserva VON MISES L., *L'azione umana*, 1949, p. 163: «L'azione non misura l'utilità o il valore; sceglie tra alternativa. Non c'è un astratto problema di utilità totale o di valore totale».

minor valore soggettivo della controprestazione ricevuta rispetto alla prestazione che ha dovuto eseguire, differenza di cui era già consapevole allorché aveva stipulato l'atto sotto l'altrui violenza o minaccia, o di cui ha acquisito coscienza soltanto dopo aver scoperto l'altrui inganno. Ciò significa che le cennate formule giurisprudenziali che si richiamano al carattere «non necessario» di un'assunzione ovvero, più ampiamente, alla lesione dell'autonomia negoziale del soggetto passivo¹⁰⁸, sono sostanzialmente corrette ma imprecise. Esse, infatti, non chiariscono che l'unico criterio economicamente fondato per valutare la necessità di un'assunzione è quello dell'utilità soggettiva e, più in generale, non colgono che, nella lesione dell'autonomia negoziale, è insito di regola anche il danno economico, poiché la vittima che ha effettuato lo scambio solo perché oggetto dell'altrui condotta ingannevole, minacciosa o violenta, evidentemente considerava l'operazione in termini non necessari o, comunque, non vantaggiosi per sé, ma di perdita di utilità, ed è in questa perdita che consiste, per l'appunto, la *deminutio patrimonii*¹⁰⁹. Ovviamente, tale perdita, necessaria e sufficiente per ravvisare la lesione patrimoniale, dovrà essere valutata anche sotto il profilo dell'ulteriore nozione del valore di scambio, ma ciò ai soli fini della quantificazione monetaria del risarcimento del danno materiale¹¹⁰. Sotto questo profilo, il valore monetario potrà anche rivelarsi di entità minima o nulla, ciononostante il danno patrimoniale, inteso come perdita di utilità soggettiva, potrà escludersi a sua volta soltanto qualora risulti del tutto indifferente per il soggetto passivo che lo scambio sia avvenuto alle condizioni e con la controparte che gli sono state imposte¹¹¹. Dun-

¹⁰⁸ V. *retro* nota 113.

¹⁰⁹ Sembra cogliere, invece, lucidamente l'essenza del danno patrimoniale come decremento dell'utilità soggettiva una risalente pronuncia in tema di truffa contrattuale: «In tema di truffa cosiddetta contrattuale... la sussistenza del danno patrimoniale non è limitata all'ipotesi di palese squilibrio fra i valori delle controprestazioni ma si estende a quella dell'equivalenza fra il valore della cosa ricevuta e il prezzo pagato a seguito della conclusione del negozio per effetto dell'errore indotto mediante artifici o raggiri; in tal caso, il danno derivante dallo scambio di un bene con un altro è rappresentato dal pregiudizio di ordine economico, per il soggetto passivo, rappresentato dall'acquisto di cose non indispensabili, antepoendo, nella gerarchia dei valori e nella priorità delle esigenze cui destinare il danaro disponibile, l'acquisto di cose prive di concreta utilità nei confronti di più urgenti necessità da soddisfare» (Cass., 11 maggio 1973, n. 2704, Rv. 126643).

¹¹⁰ Sulla distinzione tra danno patrimoniale e danno risarcibile, v. *supra* par. 2.1, in particolare nota 60. Non è superfluo rimarcare, al riguardo, che le due nozioni non coincidono: non tutti i danni patrimoniali sono anche risarcibili, ciò dovendosi escludere nel caso in cui la lesione afferisca a beni privi di apprezzabile valore di scambio; parimenti, non ogni danno risarcibile attiene alla lesione del patrimonio, appartenendo anche alla sfera dei danni morali o alla lesione di diritti di natura personale.

¹¹¹ Si pensi al gestore di un bar che si vede costretto con minaccia a servire alcolici a persona palesemente ubriaca, che tuttavia offre di pagare immediatamente il prodotto allo stesso prezzo praticato

que, la formula giurisprudenziale del danno *in re ipsa* (la cui ampia estensione assorbe l'altra dell'assunzione non necessaria) va perfezionata in questi termini: non è la lesione in sé dell'autonomia negoziale a rilevare ai fini della produzione del danno, ma il decremento di utilità soggettiva che ad essa normalmente consegue, salvo il limite, come si è detto, della cennata situazione di assoluta indifferenza economica.

Peraltro, tale formula, così riformulata, è posta al riparo dalla diffusa obiezione dottrinale secondo cui essa avrebbe determinato l'indebito mutamento dell'oggetto giuridico del reato, ponendo le fattispecie dell'estorsione e della truffa contrattuale non più a presidio del patrimonio, ma del diverso bene giuridico dell'autonomia negoziale e delle connesse esigenze di correttezza e buona fede nei traffici economici¹¹².

4. Conclusioni: l'estorsione contrattuale come efficace ed affidabile strumento di contrasto alla criminalità economica, anche di matrice mafiosa.

I chiarimenti fin qui proposti restituiscono l'estorsione contrattuale come figura finalmente dai contorni sufficientemente precisi, così da potersi proporre come efficace ed affidabile strumento di lotta alla criminalità economica, spesso anche di matrice mafiosa. La casistica giurisprudenziale, infatti, registra numerose ipotesi nelle quali l'intimidazione ai danni dell'imprenditore, in genere al fine di imporre determinate assunzioni, era connotata dal metodo mafioso¹¹³, ma le decisioni che sono state adottate al riguardo scon-

al pubblico. Diverso, però, sarebbe se il soggetto pretendesse di acquistare a credito, come in qualunque altro caso l'identità del debitore non fosse indifferente, come avviene per ogni assunzione di lavoro o per ogni rapporto di durata.

¹¹² Non è superfluo osservare che le medesime considerazioni possono svolgersi anche in ordine agli analoghi orientamenti che la giurisprudenza di legittimità esprime riguardo alla truffa contrattuale: nella maggior parte delle pronunce, l'accento è posto unicamente o principalmente sul fatto che il *deceptus* non avrebbe stipulato il contratto (o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse) se non fosse stato oggetto degli altrui artifici e raggiri, sicché il danno sarebbe, per l'appunto, implicito nella violazione dell'autonomia contrattuale della vittima, indipendentemente anche dall'eventuale squilibrio tra le prestazioni corrispettive (in tal senso, *ex pluribus*, Cass. 23 settembre 1997, n. 12027, Rv. 210456 e, più di recente, Cass. 25 settembre 2018, n. 55170, Rv. 274251); in altre (e più risalenti) sentenze sembra, invece, richiamarsi la necessità di valutare l'ulteriore presupposto, ai fini della configurabilità del danno, dell'inutilità della prestazione ricevuta dal soggetto passivo (così Cass. 24 marzo 1970, n. 720, Rv. 117346; Cass., 5 ottobre 1976, n. 6767, Rv. 136005).

¹¹³ È il caso, ad esempio, trattato da Cass. 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079, connotato, peraltro, proprio dall'annullamento con rinvio della sentenza di condanna di alcuni imputati, appartenenti ad un clan camorristico, per non aver, secondo la S.C., il giudice di merito adeguatamente accertato se l'assunzione imposta fosse effettivamente «non necessaria». Per altri casi analoghi, parimenti caratterizzati dal metodo mafioso, v. Cass., 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433, Cass., 3 nov. 2005, n. 5639, Rv. 233837 e, più di recente, Cass., 28 novembre 2013, n. 48461, Rv. 258168, Cass., 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364.

tano le difficoltà concettuali ravvisabili a fondamento dei due cennati orientamenti interpretativi¹¹⁴. Così, ad esempio, in una pronuncia del 2013, il S.C., richiemandosi al filone interpretativo del danno implicito, addirittura qualificandolo espressamente come *ius receptum*, censurava il giudice di merito, su ricorso del Procuratore Generale, annullando con rinvio la sentenza impugnata, per aver riqualificato come mera minaccia l'intimidazione volta ad ottenere l'assunzione di un dipendente originariamente contestata all'imputato come tentata estorsione¹¹⁵. Esattamente al contrario, in altro e più recente arresto, la Cassazione accoglieva la doglianza dell'imputato sul presupposto che le sentenze di condanna a suo carico (di primo e di secondo grado) non avevano adeguatamente dato conto della natura eventualmente "non necessaria" dell'assunzione imposta al soggetto passivo, e, dunque, se essa fosse stata davvero «foriera di un danno patrimoniale, ossia di una effettiva *deminutio patrimonii*, requisito, questo, indispensabile al fine dell'integrazione della fattispecie estorsiva in luogo del delitto

di violenza privata»¹¹⁶.

Questo quadro magmatico e incerto può essere, invece, adeguatamente chiarito alla luce dell'esatta concezione delle nozioni di patrimonio e di danno economico sin qui delineate. Anzitutto, come si è visto¹¹⁷, il danno patrimoniale si configura ogni qual volta il contratto non sarebbe stato stipulato in assenza della violenza o minaccia, a meno che non risulti che nessun decremento di utilità soggettiva è stato arrecato alla vittima, nel senso che questa avrebbe potuto, con assoluta indifferenza, realizzare la medesima operazione economica alle stesse identiche condizioni con qualsiasi altra controparte, la cui identità, pertanto, gli è, a sua volta, del tutto indifferente¹¹⁸. Quanto al momento consumativo del reato, la mera stipula del contratto, incidendo al più sul piano giuridico (dove determina, ad esempio, il trasferimento di un diritto ovvero l'assunzione di un'obbligazione), può rilevare ai fini del tentativo ma non anche della consumazione del reato, che, viceversa, postula l'effettiva esecuzione della prestazione impostata al coartato: solo la prestazione, infatti, non semplicemente promessa ma effettivamente realizzata, arreca un incremento patrimoniale ed un correlativo danno, non solo potenziali ma attuali¹¹⁹. Infine, l'accertamento, in sede giudiziale, della sussistenza dell'estorsione contrattuale risulta sottratto ad ogni possibile incertezza probatoria derivante dagli evanescenti concetti di assunzione non

¹¹⁴ Coglie l'evidente incertezza giurisprudenziale sul tema del danno patrimoniale, BARILLA L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537, incertezza che, invece, pare sia sfuggita a MANCI F., *La Truffa*, 1930, p. 61, allorché osserva che l'orientamento della Cassazione, pur nella diversità delle formule utilizzate, sarebbe sostanzialmente univoco. Deve osservarsi, piuttosto – e il dato appare piuttosto singolare – che, dall'analisi delle varie sentenze che si inscrivono o nell'uno o nell'altro orientamento, non sembra mai rilevabile alcuna espressa presa di posizione critica avverso l'opposto filone interpretativo, sicché i due orientamenti finiscono quasi per costituire due autonomi e paralleli binari, dove l'uno semplicemente ignora l'altro senza mai incrociarlo, e viceversa. Persino Cass., 17 maggio 2019, n. 27556, Rv. 276118, che pure nega espressamente che il danno patrimoniale possa ravvisarsi nella mera compressione dell'autonomia contrattuale della vittima, menziona una qualche pronuncia della Corte riconducibile all'opposto filone interpretativo del danno implicito. Per alcune osservazioni critiche intorno alla pronuncia in parola, v. *infra* nota 117.

¹¹⁵ Cass., 28 novembre 2013, n. 48461, Rv. 258168, che, in motivazione, così si esprimeva: «Costituisce... *ius receptum* nella giurisprudenza di questa Corte il principio secondo il quale nell'estorsione patrimoniale... l'elemento dell'ingiusto profitto con altrui danno è implicito nel fatto stesso che il contraente-vittima sia costretto al rapporto in violazione della propria autonomia negoziale, impedendogli di perseguire i propri interessi economici nel modo e nelle forme ritenute più confacenti ed opportune (così Sez. 6, sent. 14 novembre 2008, n. 46058, Russo, Rv. 242024; conf. Sez. 6, sentenza 25 gennaio 2012, n. 9185, Biondo e altri, Rv. 252283; Sez. 2, sentenza 25 ottobre 1999, n. 12444, P.M. in proc. Santonicola, Rv. 214407). Ed allora, è di palmare evidenza come anche la richiesta di ottenere l'assunzione di un dipendente, attuata con modalità violente e minacciose di tipo mafiose, ben poteva integrare gli estremi del delitto di tentata estorsione, in quanto pretesa diretta ad ottenere un ingiusto profitto con altrui danno patrimoniale, consistente nel fatto stesso che il contraente-vittima sarebbe stato costretto alla definizione di quel rapporto di lavoro, in violazione della propria autonomia e libertà negoziale».

¹¹⁶ Cass., 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079.

¹¹⁷ V. *retro* parag. 3.

¹¹⁸ Appare, dunque, decisamente non condivisibile la soluzione adottata da Cass. 17 maggio 2019, n. 27556, Rv. 276118, allorché afferma che: «Si configura il delitto di violenza privata, e non quello di estorsione, nel caso in cui la minaccia posta in essere dall'agente abbia ad oggetto la richiesta di riassunzione presso un cantiere di lavoro dal quale era stato precedentemente licenziato atteso che tale minaccia, pur essendo diretta al conseguimento di un ingiusto profitto, non arreca alcun danno ingiusto alla vittima, che dovrebbe retribuire l'attività lavorativa che si intende effettivamente prestare, ma si limita a comprimerne l'autonomia contrattuale con l'imposizione di una posizione lavorativa regolare. (In motivazione la Corte ha precisato che la c.d. "domanda di lavoro", anche se posta in essere con modalità intimidatorie, volta allo svolgimento di regolare attività lavorativa si distingue dalla "guardianie" imposte dal crimine organizzato per attuare un concreto controllo del territorio)». Ed, invero, tale pronuncia non considera che ben difficilmente, per la vittima dell'imposizione, possa non essere svantaggiosa la riassunzione di un lavoratore che si era precedentemente licenziato. Inoltre, stupisce non poco che il S.C., pur discostandosi dall'opposto orientamento espresso da numerose altre sentenze secondo cui il danno risulta implicitamente dalla stessa violazione dell'autonomia contrattuale, non si è prodotto in alcuno sforzo argomentativo per censurare detto orientamento, che, invero, non risulta neppure menzionato. Infine, mal si comprende quale sia la nozione di danno economico adottata se poi si afferma che, nel caso delle guardianie, si prospetterebbe l'estorsione. Parrebbe quasi che il discrimine sia posto unicamente in chiave di politica criminale, per contrastare con l'incriminazione più grave il fenomeno socialmente più allarmante, appunto, delle guardianie.

¹¹⁹ Sul punto, v. quanto già osservato *retro* nota 85.

necessaria o di squilibrio sinallagmatico, dovendo il giudice verificare solo se, per la vittima, la controprestazione, che ha ricevuto in base al contratto che gli è stato estorto (o carpito con l'inganno), non corrisponda a quanto avrebbe potuto indifferentemente conseguire, in cambio della propria prestazione, da chiunque altro, così da escludere una qualsivoglia perdita di utilità soggettiva¹²⁰.

¹²⁰ Non è fuori di luogo osservare che, in tal modo, si realizza quella «semplificazione probatoria» che talvolta la dottrina ha contestato alla giurisprudenza come una sorta di *ratio* occulta del criterio interpretativo del *danno in re ipsa*. In tal senso, BARILLÀ L., *Estremi del danno e del profitto e limiti di configurabilità della c.d. "estorsione contrattuale"*, 2003, p. 1537, che pure riconosce quanto può essere difficile, nel caso concreto, la prova del danno da accertarsi secondo l'opposto criterio dello squilibrio contrattuale (cf. in particolare nota 5). MECCA A., *L'estorsione*, 2007, p. 63, nota 46, evoca addirittura, ed in maniera pertinente, il concetto di *probatio diabolica*. Ma, in realtà, il beneficio della semplificazione probatoria s'impone, non come indebita scappatoia, ma come diretta e coerente conseguenza, sul piano processuale, della corretta definizione del concetto di danno patrimoniale e del superamento di dogmi quali lo squilibrio delle prestazioni corrispettive o il ricorso a vaghi criteri di giudizio asseritamente "oggettivi".

Esiguità dell'offesa e principio di offensività

abstract

The principle of offensiveness constitutes one of the most interesting approaches of modern criminal law science which has grasped its double value: on the abstract level, as a canon of control of criminal policy choices and, on a concrete level, the now consolidated use of the same is confirmed. principle as a hermeneutic criterion addressed to the judge, as a means for a substantialistic rereading of cases based on a merely abstract danger, or built on real presumptions of danger.

keywords

Principle – Offensiveness – Abstractly – Concretely – Crime – Danger.

abstract

Il principio di offensività costituisce uno dei più interessanti approdi della moderna scienza penalistica che ne ha colto la duplice valenza: sul piano astratto, come canone di controllo delle scelte di politica criminale e, sul piano concreto, risulta confermato l'utilizzo ormai consolidato dello stesso principio come criterio ermeneutico indirizzato al giudice, quale tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo.

parole chiave

Principio – Offensività – In astratto – In concreto – Reato – Pericolo.

sommario

Introduzione. – **1.** Definizione del principio di offensività: offesa e bene giuridico. – **2.** Fondamento del principio di offensività. – **3.** La concezione realistica del reato. – **4.** Le direttrici del principio di offensività: l'offensività in astratto. – **5.** Principio di offensività e principio di proporzionalità. – **6.** L'offensività in concreto. – **7.** Principio di offensività e reati plurioffensivi.

Introduzione

L'offesa costituisce, in un diritto penale fondato su basi oggettivistiche, il parametro su cui modulare la risposta del legislatore agli accadimenti, escludendo-

ne la rilevanza penale ovvero scegliendo le opportune forme di tutela.

Balza subito evidente la sua funzione di garanzia da incriminazioni che, prescindendo dall'offesa, puniscono fatti di mera disobbedienza ovvero atteggiamenti meramente interiori o che subordinano la punizione di un determinato fatto dalla sussistenza della violazione di un interesse generale (concezione c.d. sostanzialistica dell'illecito, inteso come fatto socialmente pericoloso)¹.

D'altro canto il principio di sussidiarietà in materia penale, secondo il quale il ricorso alla sanzione penale costituisce l'*extrema ratio* per il legislatore² e il principio di proporzionalità, quale "criterio generale" di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire, impongono al legislatore di restringere l'area del fatto penalmente rilevante o penalmente sanzionabile, escludendone i casi di concreta inoffensività del fatto ovvero temperando la risposta normativa nei casi di "esiguità dell'offesa"³.

¹ Tale teoria ritiene che non sia sufficiente un fatto conforme al tipo per ritenersi sussistente il reato, bensì risulta necessario che nel caso concreto la condotta abbia comportato un rilevante pericolo per la società, procurando quindi un pericolo nei confronti di un più ampio interesse sociale esterno alla norma. Ad essa si contrappone la teoria c.d. realistica o del fatto necessariamente lesivo propria del liberalismo penale, che tende a legare il principio di offensività al principio di legalità, in modo tale che solo il fatto conforme al tipo legale e costruito dal legislatore nei termini di offesa ad un bene giuridico possa essere considerato reato. Il cittadino godrebbe pertanto di una duplice garanzia, quella di non essere punito per la semplice disubbidienza al precetto normativo (in forza del principio di offensività), ma al tempo stesso di non poter subire la repressione penale in forza della sola pericolosità sociale (in forza del principio di legalità).

² Cfr. Corte Cost. 189 del 1987 «Il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato». L'idea della "stretta necessità" della tutela penale già storicamente prevista dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e oggi riecheggiata anche nell'art. 83.2 del TFUE.

³ Cfr. Corte Cost. 487 del 1989 secondo cui «Vanno, inoltre, particolarmente ricordati, a proposito di limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti, quanto meno, direttive di politica criminale. Anche tali

L'offensività viene dunque intesa come idoneità del fatto a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma ovvero come disvalore del fatto stesso di cui tener conto nel graduare la risposta sanzionatoria: sotto questo secondo aspetto è palese come l'offensività sia metro di giudizio ai fini della proporzionalità della sanzione.

Ma il riferimento all'offensività come criterio misuratore del disvalore del fatto ha, come vedremo, un significato molto più ampio in un sistema ispirato a una concezione "sostanziale" della materia penale e coerente, sotto tale aspetto, alla giurisprudenza delle Corti Europee, fungendo da principio trasversale di cui tener conto⁴.

La scelta del legislatore di sanzionare determinati fatti, dapprima costituenti reato, amministrativamente, mediante la loro "depenalizzazione", corrisponde certamente ad una scelta di politica legislativa di alleggerire il carico di lavoro dei tribunali, escludendone i fatti bagattellari: il fatto conserva la sua caratteristica di illecità, ma diversa è la risposta in termini sanzionatori⁵.

principi implicano il possesso d'una visione generale dei beni e valori presenti nell'intera Comunità statale e limitano ulteriormente, nell'atto in cui le fondano, le scelte criminalizzatrici: la realizzazione di tali principi, che costituiscono garanzia dell'intera comunità, rende impossibile affidare alla legge regionale la più importante e difficile tra le funzioni statali.

Il principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire, implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in specie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare.

Il principio di proporzionalità, inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale bensì, anche e soprattutto, quale «criterio generale» di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire, conferma che soltanto lo Stato e in grado, avendo piena consapevolezza di tutti gli strumenti idonei a compiutamente realizzare la direttiva in esame, d'effettivamente garantire, sotto questo aspetto, la comunità».

⁴ Si pensi ai recenti sviluppi della giurisprudenza delle Corti europee in tema di *ne bis in idem*.

⁵ Cfr la relazione del Massimario «Con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 viene data esecuzione all'art. 2 della legge 28 aprile 2014, n. 67, che ha conferito delega al Governo per la "Riforma della disciplina sanzionatoria" di reati; nel comma 2 e nel comma 3, lettera b), dell'art. 2 della legge delega sono contenuti i criteri e i principi direttivi per la trasformazione di reati in illeciti amministrativi, mentre le restanti disposizioni del comma 3 contengono criteri e principi direttivi per l'abrogazione di alcuni reati, con contestuale previsione, per i fatti corrispondenti, di sanzioni pecuniarie civili aggiuntive rispetto al risarcimento del danno.

Come evidenziato nelle relazioni governative di accompagnamento agli schemi dei due decreti, con questi interventi il legislatore intende dare concretezza ad una scelta politica volta a deflazionare il sistema penale, sostanziale e processuale, in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale: l'idea condivisa è che una penalizzazione generalizzata, seppure formalmente rispondente a intenti di

In altre ipotesi, l'esiguità dell'offesa ovvero la minore gravità del fatto si tramuta nel riconoscimento di circostanze attenuanti comuni (art. 62 n.4 c.p.) o speciali (es. art. 648/2 c.p. e 609-*bis* ult. comma c.p., art. 74, comma 6, d.P.R. 309/90) ovvero esclude l'applicazione delle aggravanti allorché le condotte non concretino l'aggressione del bene con marcata efficienza offensiva, proporzionata allo speciale rigore sanzionatorio⁶.

In altra ipotesi ancora, il riconoscimento della particolare tenuità del fatto (inteso questo anche con riferimento alla personalità del suo autore) è alla base della decisione del giudice di non procedere per irrilevanza del fatto (art. 131-*bis* c.p.): questa conclusione risponde a due esigenze fondamentali, entrambe di rilievo costituzionale.

In primo luogo, sotto il profilo sostanziale, l'istituto espunge dall'area della punibilità quei fatti storici che ne appaiano "immeritevoli". Sotto questo profilo, pertanto, l'irrilevanza del fatto contribuisce chiaramente a realizzare il sovraordinato principio dell'ultima ratio e, ancora più fondamentalmente, il principio di proporzione senza la cui ottemperanza la risposta sanzionatoria perde la sua stessa base di legittimazione.

In secondo luogo, sotto il profilo processuale, l'istituto dell'irrilevanza contribuisce a realizzare l'esigenza di alleggerimento del carico giudiziario nella misura in cui la definizione del procedimento tenda a collocarsi nelle sue prime fasi. Peraltro, la definizione anticipata per irrilevanza del fatto, oltre a soddisfare esigenze di deflazione processuale, risulta del tutto adeguata alla luce del richiamato principio di proporzione, essendo il dispendio di energie processuali per fatti bagattellari sproporzionato sia per l'ordinamento sia per l'autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del

maggior repressività, si risolve di fatto in un abbassamento della tutela degli interessi coinvolti, nella misura in cui la macchina repressiva penale non è (e non può essere) calibrata per sanzionare un numero elevato di fatti, specie quando questi siano minori per grado di offensività.

Il primo strumento utilizzato è quello della depenalizzazione, cioè della trasformazione di taluni reati in illeciti amministrativi: l'affidamento all'autorità amministrativa dell'intervento punitivo per condotte di ridotta gravità rappresenta – nel pensiero del legislatore – la soluzione privilegiata, perché evita le inefficienze e le storture cui inevitabilmente va incontro il sistema penale quando il carico degli affari diventa numericamente eccessivo. Attraverso la riduzione del catalogo dei reati, inoltre, si intende combattere l'effetto di disorientamento che l'eccesso di prescrizioni provoca nei consociati, riducendo il rischio che l'incorrere nella commissione di un reato finisca col dipendere sempre più dal caso, con quanto ne consegue in termini di perdita di legittimazione dell'intervento punitivo».

⁶ Cass. pen., sez. un., 30 settembre 2013, n. 40354, in relazione all'aggravante dell'uso del mezzo fraudolento.

processo a suo carico.^{7 8}

In tutte le ipotesi descritte, il fatto mantiene le sue caratteristiche di illiceità (nel caso della depenalizzazione) ovvero di offensività penale.

Diverso è il caso in cui il fatto appare inidoneo a ledere il bene giuridico: qui difetta proprio il requisito della offensività del fatto: il fatto corrisponde al paradigma astratto previsto dalla norma ma è privo in concreto di offensività e dunque è penalmente irrilevante (art. 49/2 c.p.): infatti, appartenendo alla tipicità, l'offesa è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie (concezione c.d. realistica o necessariamente lesiva del reato come fatto offensivo tipico).

1. Definizione del principio di offensività: offesa e bene giuridico

Secondo la dottrina il principio di offensività «esprime l'idea che il reato deve offendere un bene giuridico di rilevanza costituzionale, cioè riferirsi a un fatto lesivo o pericoloso, irriducibile a una mera censura sull'autore, o sulla disobbedienza, sul carattere, sulle intenzioni, o sull'immoralità, e la cui dannosità è sottoposta a un possibile vaglio di ragionevolezza e di fondatezza empirica, dovendo altresì presentarsi come assiologicamente compatibile con il rango dei beni che la tutela penale sacrifica e con il valore paradigmatico

di detta tutela»⁹.

Da questa definizione balza immediatamente evidente come tale principio sia espressione di un diritto penale a base oggettiva (come sistema di norme a tutela di beni giuridici), che ripudia ogni regressione a diritti penali soggettivistici che concepiscano il reato come violazione di un dovere di ubbidienza o ribellione del singolo alla volontà collettiva.

Appare ancora evidente il rapporto tra offesa e bene giuridico, costituente, quest'ultimo, l'interesse tutelato dalla norma penale.

L'offensività presuppone il bene giuridico: tuttavia, come è stato rilevato, i due concetti corrispondono a finalità diverse: la teoria del bene giuridico presenta contenuti estensivi della punibilità rispetto alle precedenti teorie del reato come lesione di diritti soggettivi e, dunque, tende a espandere l'area della tutela penale, «ravvisando un bene protetto in ogni norma», laddove il principio di offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, dell'ultima ratio e pertanto della restrizione garantista dell'area penalmente rilevante¹⁰.

Nello stesso senso è stato osservato che la teoria del bene giuridico, al di là di ricorrenti svuotamenti giusformalistici, con il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, sino all'odierna società del rischio e securitaria, tende piuttosto a operare come fattore espansivo della criminalizzazione: in questa prospettiva, un fattore di crisi è senz'altro la proliferazione di beni giuridici collettivi, alcuni concordemente ritenuti legittimi dalla dottrina (ad es. beni istituzionali come l'amministrazione della giustizia), altri oggetto di vibranti dispute^{11 12}.

⁷ Come evidenziato nella relazione illustrativa al disegno di legge la norma, «nell'attuare l'indicazione del legislatore, muove dall'implicita ma ovvia premessa che la c.d. «irrelevanza del fatto» sia istituto diverso da quello della c.d. «inoffensività del fatto». Quest'ultimo, come recepito dalla giurisprudenza costituzionale e come ormai largamente prevalente, attiene alla totale mancanza di offensività del fatto che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente, come reato. Com'è noto, l'ipotesi della inoffensività del fatto è stata ricondotta normativa mente, all'art. 49, comma 2, c.p.

Diversamente, l'istituto in questione della «irrelevanza» per particolare tenuità presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale. Ne viene che la collocazione topografica della sua disciplina non può che essere quella delle determinazioni del giudice in ordine alla pena: e, pertanto, lo schema di decreto delegato ha ritenuto di inserire la disciplina sostanziale del nuovo istituto in apertura del Titolo V del Libro I del codice penale, subito prima degli articoli concernenti l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Conseguentemente, i primi due commi dell'art. 1 dello schema provvedono a modificare l'intitolazione del Titolo V del Libro I e del suo Capo I per estenderla alla «non punibilità per particolare tenuità del fatto, introducendo poi un nuovo articolo 131 bis destinato ad accogliere la disciplina sostanziale del nuovo istituto.

⁸ Secondo M.B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, in *Archivio penale* 2017, «Il concetto di esiguità dell'offesa, così come recepito e trasfuso dal nostro legislatore nell'art. 131-bis c.p., implica la possibilità di osservare l'illecito penale (ente giuridico e fatto umano illecito) come entità graduabile, misurabile, con una sua «consistenza», declinabile in un numero infinito di sotto-fattispecie».

⁹ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei in DPC*, 2013; l'Autore sottolinea come tale principio costituisca espressione di una riflessione specifica del nostro sistema: non esistono principi europei o sovranazionali che gli corrispondano pienamente, essendosi tutti ormai «conciliati» con i reati di pericolo astratto-presunto a tutela di beni collettivi, universali, ideali etc.

¹⁰ M. DONINI, *ibidem*; l'Autore parla di funzione «legittimista» della categoria del bene giuridico.

¹¹ V. MORGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2016.

¹² La teorica della seriazione dei beni giuridici afferma che in taluni casi l'analisi interpretativa dei singoli elementi della fattispecie fa emergere una serie di interessi all'interno della quale vi è un interesse – oggetto di tutela immediata – funzionalmente interdependente con ulteriori interessi (finali) i quali, pertanto, ricevono tutela soltanto in via mediata: come è stato rilevato La seriazione degli interessi tutelati emerge sicuramente nel diritto penale dell'ambiente: «Un ulteriore, emblematico gruppo di beni strumentali affiorati di recente è individuabile nell'insieme dei beni ambientali. L'acqua (sorgenti, fiumi, laghi, mari), l'aria, il suolo, il sottosuolo, i boschi, le foreste, etc., sono penalmente protetti come condizioni e «strumenti» per assicurare l'integrità di altri beni, individuali e collettivi: la vita e la salute delle generazioni presenti e future, l'integrità e l'esistenza stessa di sostanze alimentari, il patrimonio dei singoli e di intere comunità, lo sviluppo economico nel medio e lungo periodo, l'equilibrio climatico, etc. Nondimeno, l'offesa a questi beni finali resta al di fuori delle

Secondo la dottrina, la premessa costituzionale all'offensività riguarda la "forma" della tutela penale: se entra in gioco il diritto penale, ciò deve avvenire nella forma della tutela dei beni: occorre, peraltro, una rilettura costituzionale del concetto di bene giuridico che operi attraverso diverse norme-principio: il principio di materialità, il principio del diritto penale del fatto, il divieto di un diritto penale d'autore, il principio di laicità, operano tutti insieme, unitamente al principio di offensività, per delimitare ab origine quei campi e quei divieti e per delimitare la tutela dei beni in un significato costituzionalmente conforme¹³.

La congenita evanescenza della teoria del bene giuridico può essere superata dunque solo attingendo al principio di offensività nella sua intera ricchezza euristica, nonché a tutti quei criteri e norme, in primis costituzionali, in grado di imporre vincoli al legislatore penale¹⁴.

I concetti di bene giuridico e offesa, integrandosi tra loro, delimitano pertanto, nella prospettiva di un diritto penale del fatto, il perimetro del fatto penalmente rilevante.

In una prospettiva garantista, l'individuazione dei beni giuridici penali non è rimessa alla piena discrezionalità del Legislatore, occorrendo che debba trattarsi di beni costituzionalmente orientati o costituzionalmente rilevanti i quali solo giustificano limitazioni alla libertà personale del soggetto¹⁵.

Tale tesi è stata peraltro ritenuta troppo restrittiva, lasciando fuori dalla tutela penale beni non costituzionalmente rilevanti ma tuttavia costituzionalmente non incompatibili, quali quelli desumibili dall'attuale realtà socio culturale, meritevoli di tutela penale¹⁶.

Secondo altri autori sono da considerare costituzionalmente illegittime le norme incriminatrici che tutelano un interesse non previsto dalla Costituzione: dunque, possono essere oggetto di tutela penale solo beni di rilevanza costituzionale garantiti dalla Costituzione stessa; sono passibili di tutela penale anche i beni c.d. presupposti, appunto beni che costituiscono presupposto necessario per la tutela di altri beni di rilevanza costituzionale¹⁷.¹⁸

fattispecie legali: i beni ambientali ricevono dal legislatore una protezione autonoma (di regola, nella forma dei reati del pericolo astratto) in nessun modo subordinata al verificarsi di un danno o di un pericolo per i beni finali» (G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, 2001, Milano, p. 542 ss.).

¹³ M. DONINI, *ibidem*

¹⁴ V. MORGILLO, *ibidem*

¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, 12, 14

¹⁶ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pagg. 190 e ss, che cita come esempi di beni di tal genere l'ambiente e la tutela della riservatezza

¹⁷ F. BRICOLA, voce Teoria generale del reato, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 2 1973, 14 ss., 82 ss.

¹⁸ Corte sent. n. 109 del 2016 afferma che il principio di offensività, quando opera "come precetto rivolto al legislatore" (l'altro destinatario è il giudice, chiamato a valutare l'offensività in concreto), lo vincola «a limitare la repressione penale a fatti che, nella

Rilevanza costituzionale e non incompatibilità costituzionale fungono da limiti per il Legislatore per l'individuazione dei beni giuridici penali, nel senso di escludere criminalizzazioni che si pongono a difesa di interessi privi di tale requisiti: al tempo stesso la rilevanza costituzionale del bene, non ne impone necessariamente la tutela penale.

Il riferimento alla Costituzione per identificare il bene giuridico implica la preesistenza del bene giuridico alla norma e la sua vincolatività per il legislatore: solo così il bene giuridico può assolvere alla sua funzione critico garantista: questa consiste anche nel proporzionare la sanzione secondo il rango del bene giuridico¹⁹.

Dunque, perché la condotta possa definirsi penalmente offensiva occorre che la stessa leda o metta in pericolo un bene di rilevanza costituzionale o non costituzionalmente incompatibile, con esclusione di ogni forma di colpa di autore, fondata sul modo di essere del soggetto o di comportamenti privi di materialità: il diritto penale è diritto del fatto e dunque la condotta deve manifestarsi esteriormente.

Allo stesso tempo, anche il concetto di offesa assume, nella stessa prospettiva, una funzione critico garantista, delimitando tendenzialmente il campo dei fatti penalmente rilevanti a quelli che producono una offesa al bene giuridico.

Questo in via tendenziale: perché, rispondendo ad

loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione».

¹⁹ La preesistenza del bene giuridico alla norma è affermata dalla teoria metapositivista; in senso contrario, la dottrina giuspositivista identifica il bene giuridico in tutto ciò che il Legislatore tutela. Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss., sino alla "costituzionalizzazione" del principio in M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 629 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *AA.VV.*, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, 134 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *AA.VV.*, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, 61 ss.; C. Fiore, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 278 ss.; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006, 283 ss.; M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss., 1552 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.

esigenze preventive, il sistema prevede reati senza offesa o addirittura, senza bene giuridico, come i reati di scopo²⁰.

2. Fondamento del principio di offensività

Il principio di offensività viene ritenuto l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale: non esistono principi europei o sovranazionali che gli corrispondano pienamente, essendosi tutti ormai "conciliati" con i reati di pericolo astratto-presunto a tutela di beni collettivi, universali, ideali etc.²¹

Giova, peraltro, rilevare che, nella sua più ampia accezione, lo stesso principio non può più essere considerato come una categoria del solo diritto penale nostrano, ma appartiene alla cultura europea, come risulta dai più recenti codici penali adottati da alcuni Paesi europei, con cui si è espressamente prevista la dannosità sociale del fatto come misura della sua rilevanza penale. Infatti, in tale accezione essa costituisce l'indice prepositivo di selezione penale di un fatto, come misura della proporzione della tutela penale del bene giuridico, così configurandosi come un criterio dimostrativo da limite alle scelte di politica criminale del legislatore²².

Quanto al fondamento costituzionale del principio di offensività, appare superato quell'orientamento che negava fondamento giuridico a tale principio, con conseguente indiscriminata legittimità costituzionale dei reati senza offesa e con assenza di vincoli per il legislatore circa la costruzione e per il giudice circa l'interpretazione delle fattispecie in termini; come non appare condivisibile l'opposta tesi circa la valenza assoluta del fondamento costituzionale del principio, che

porta ad escludere la legittimità costituzionale di ogni reato senza offesa²³.

Il fondamento costituzionale del principio di offensività può quindi ravvisarsi innanzitutto nell'art. 13 Cost. che, qualificando la libertà personale come inviolabile, giustifica l'irrogazione della pena solo quale reazione dell'ordinamento ad un comportamento che desti un effettivo allarme sociale, offendendo un interesse penalmente rilevante.

Viene poi in considerazione l'art. 27/3 Cost. che, presupponendo, per la rieducazione del condannato, la percezione dell'antigiuridicità del proprio comportamento, contrasta con un sistema che punisca fatti inoffensivi e assegni alla sanzione penale una funzione retributiva, frustrando, così, quella rieducativa della pena.

Ancora:

Il combinato disposto degli artt. 25 e 27 Cost. Questo, distinguendo le pene dalle misure di sicurezza, impedisce di incriminare fatti di mera disobbedienza, a meno di una utilizzazione della sanzione con finalità preventive, con una inaccettabile usurpazione delle funzioni proprie della misura di sicurezza, che sola è preposta a colpire la pericolosità.

L'art. 25/2 Cost. presupponendo un comportamento esteriore dell'agente, consacra il «diritto penale del fatto», quale modello essenziale del sistema criminale (principio di materialità).

L'art. 3 che detta il principio di uguaglianza, sarebbe violato ove si punissero due soggetti per aver commesso fatti analoghi (da un punto di vista di integrazione della fattispecie criminosa) dei quali, però, uno sia inoffensivo.

Il principio di offensività ha, come anticipato, valore relativo e non assoluto e ammette deroghe in vista di finalità preventive: deroghe che trovano anch'esse fondamento nella Costituzione, all'art. 2, che impone alla Repubblica di riconoscere i diritti fondamentali dell'Uomo, adottando le necessarie tutele non solo repressive ma anche preventive, anche in casi di reati senza offesa (pensiamo alle norme in tema di terrorismo che richiedono una tutela anticipata)²⁴.

Infatti, accanto ai reati di offesa, in cui l'offesa a un preesistente bene giuridico è elemento tipico del reato, esplicito o implicito, vi sono i reati di scopo (o senza offesa) o i reati di sospetto coi quali si incrimina non l'offesa a un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si

²⁰ F. MANTOVANI, *ibidem*

²¹ M. DONINI, cit.; sul principio di offensività vedi anche R. BARTOLI, *Il principio di offensività in concreto alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, *Stud. iur.*, 2007, 419 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, pp. 10 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e Corte costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006; G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, co. 4, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, 726; V. MANES, *Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, 147; ID., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. XVI, 329; M.N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1772; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, *Ind. pen.*, 1998, 324; I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità. Le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali*, Roma, 2007, pp. 10 ss.; C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, 350.

²² Cfr. Così G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Archivio penale*, 3/2013.

²³ F. MANTOVANI, *ibidem*; cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico ...*, op. cit., p. 35 ss., ove viene posta la premessa che «...ogni norma penale è preordinata alla tutela di uno o più interessi».

²⁴ Cfr. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit. 209 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

verificabile^{25 26}.

Sul piano codicistico, il fondamento del principio di inoffensività viene rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie nell'art. 49/2 c.p. In passato si è affermata una lettura riduttiva della disposizione, alla cui stregua la norma, sancendo la non punibilità del reato impossibile per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto, rappresenta una sorta di doppiopene in negativo dell'art. 56 c.p. disciplinante l'istituto del delitto tentato. Secondo tale tesi, mentre l'art. 49 c.p. disciplina il tentativo inidoneo, l'art. 56 c.p. regola il tentativo idoneo²⁷.

Tale lettura è stata contrastata dalla dottrina prevalente sulla scorta di varie considerazioni²⁸.

Si è evidenziato che, mentre l'art. 49/2 c.p. utilizza il termine "azione", l'art. 56 cp fa uso della locuzione "atti": non si potrebbe ragionevolmente pretendere di attribuire lo stesso significato ai due termini, che letteralmente e concettualmente sono distinti, dato che la nozione di "azione" è qualcosa di più ampio dei semplici "atti"; a tale conclusione si perviene anche considerando che all'interno dello stesso art. 56 c.p. il legislatore utilizza entrambe le espressioni con significati chiaramente distinti («chi compie atti idonei» - «se l'azione non si compie»), per cui è difficile immaginare che vi sia un'identità di significato fra l'"azione" di cui all'art. 49, 2° comma c.p., e gli "atti" di cui all'art. 56 c.p. I fautori della concezione realistica ne deducono pertanto che «l'inidoneità dell'art. 49 vada riferita ad un comportamento che integra, a differenza di quanto si verifica nel delitto tentato, tutti gli estremi del modello legale, cioè ad un fatto conforme al tipo [...], sia esso di mera condotta o ad evento naturalistico».

L'art. 56 c.p. si riferisce inoltre ai soli delitti, mentre l'art. 49 c.p. abbraccia tutte le ipotesi di reato, derivandone, pertanto, l'inaccettabile conseguenza per cui atti idonei a commettere una contravvenzione risulterebbero

penalmente irrilevanti, a fronte di atti inidonei a commettere la medesima tipologia di reati sanzionati, a condizione che risulti accertata una pericolosità sociale, con una misura di sicurezza.

Ancora, la differente accezione del termine "evento" da intendersi naturalisticamente ai sensi dell'art. 56 c.p. e giuridicamente, cioè come relativo al momento dell'offesa, nella logica del reato impossibile, non potendo altrimenti riferire tale figura generale ai reati di mera condotta.

Alla luce di queste argomentazioni si è sostenuta l'autonomia strutturale e concettuale del reato impossibile rispetto al tentativo, fondando così, la c.d. concezione realistica del reato, secondo la quale la previsione di cui all'art. 49, comma 2, c.p. dimostra che può esistere un fatto del tutto conforme al tipo ma non offensivo dell'interesse tutelato²⁹.

La valenza positiva del principio di offensività la si desume anche dall'art. 115 c.p. che esclude la punibilità per le ipotesi di accordi o istigazioni non seguite dal reato. La norma conferma il principio per cui *cogitationis poenam nemo patitur* e ribadisce come, ai fini della sanzione penale, non sia sufficiente un'intenzione criminale ma sia necessaria una reale offesa del bene protetto. A tal proposito è significativo che, la conseguenza prevista dall'art. 115 c.p. per gli accordi e le istigazioni senza effetto è l'applicazione di una misura di sicurezza, in evidente parallelismo con l'art. 49 ultimo comma c.p.

3. La concezione realistica del reato

La concezione realistica del reato viene peraltro contestata da vari autori, con varie argomentazioni, fondate, in particolare, sulla scissione tra tipicità e offesa: appare una contraddizione in termini l'ipotesi di un fatto "tipico" ma inoffensivo.

Si evidenzia, ancora, che tale concezione infrange il principio di legalità: il fatto di pretendere che sia reato il fatto che, oltre ad essere tipico, sia anche offensivo, porta ad attingere l'offesa, non reperibile nella fattispecie legale, da criteri extralegislativi, aprendo la porta a pericolosi soggettivismi giurisprudenziali.

In altri termini, la non punibilità dei fatti inoffensivi conformi al tipo comporterebbe valutazioni analoghe a quelle sulla non pericolosità sociale dell'azione adottate dalle legislazioni dei paesi socialisti sulla base della c.d. concezione sostanzialistica del reato: la non offensività del fatto tipico si evincerebbe da criteri extra normativi, estranei cioè alla fattispecie legale³⁰.

²⁵ F. MANTOVANI, *ibidem*; cfr. T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, p. 120, 1984, il quale pur non riconoscendo che le funzioni amministrative di governo possano rientrare nella categoria del bene giuridico ne ammette la tutela in quanto strumentali per la tutela dei beni finali.

²⁶ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 265/2005 del 23 giugno 2005 - 7 luglio 2005, ha respinto le eccezioni di legittimità dell'art. 707 c.p. che punisce il possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli, sollevate dal Tribunale di Viterbo con due Ordinanze di identico tenore in riferimento agli artt. 3, 13, 24 comma 2, 25, comma 2, 27, commi 1, 2 e 3 della Costituzione.

²⁷ Cfr. in tal senso, V. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 135.

²⁸ Si veda, G. NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*. Lo stesso Autore ha ribadito le sue riflessioni in *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, 1967, 974 ss. ed in *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, 1996, 260 ss. Questa impostazione è stata poi seguita da BRICOLA, *op. cit.*, 80 ss.; V. SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. gur.*, XXXVI, 1991; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 205 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 208 ss.; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1996, 442 ss.

²⁹ V. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 135, 136, 137, replica alle esposte obiezioni, ribadendo il legame tra l'art. 49, comma 2, c.p. e l'art. 56 c.p. e recuperando l'utilità della figura del reato impossibile in ragione del riferimento alle misure di sicurezza previste solamente per tale istituto.

³⁰ A queste critiche, i sostenitori della teoria realistica replicano che pur recando ciascuna fattispecie criminosa (in ossequio al principio di offensività "in astratto") un contenuto offensivo, non può non considerarsi come quella del Legislatore è in ogni

Occorre pertanto, secondo questa critica, che la scissione tra tipicità e offesa sia ricomposta, riaffermando che il principio di legalità abbracci tutti gli elementi del reato, tra cui l'offesa: il bene offeso deve essere, quindi, interno alla norma, ossia tipico e non desunto da valori culturali e sociali sottostanti: deve trattarsi, quindi, di fatto offensivo tipizzato³¹.

Altri Autori, da un lato ritengono che il nostro ordinamento recepisca il principio di necessaria offensività (rifacendosi essenzialmente alle norme costituzionali), dall'altro lato negano che l'art. 49/2 c.p. possa ricoprire un qualche significativo ruolo nell'affermazione di tale principio. Questi Autori fondamentalmente negano la possibilità di ammettere l'esistenza di uno scarto fra tipicità ed offesa, a causa delle conseguenze nefaste che ne deriverebbero (violazione del principio di legalità, indeterminazione nell'interpretazione delle fattispecie e incertezza nei criteri di valutazione dello scarto fra tipicità ed offesa): ciononostante, essi ammettono che sia invece configurabile un diverso "scarto", non già fra tipicità ed offesa, bensì fra "tipicità reale" e "tipicità apparente"³².

Si argomenta infatti che nei casi di manifesta mancanza di offensività «la tipicità è soltanto apparente, perché non può seriamente essere considerato conforme alla fattispecie un fatto così manifestamente privo dell'idoneità a pregiudicare gli interessi [...] tutelati»

Sempre secondo questo orientamento, in base alla concezione realistica, la non punibilità ex art. 49/2 c.p. deriva dalla mancata realizzazione dell'offesa nonostante la conformità al tipo descrittivo della fatti-

caso un'attività di normazione che, in base alle costanti ed imprescindibili caratteristiche di una disposizione giuridica, deve presentare i parametri di generalità, astrattezza e ripetibilità; se questo è vero, è facile capire come sia proprio la struttura della disposizione penale a rendere inesigibile un'attività di regolazione dei comportamenti umani che possa prendere in considerazione ogni minima e particolareggiata sfumatura dei possibili accadimenti concreti.

³¹ F. MANTOVANI, *ibidem*; tali obiezioni sono condivise anche da G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV. *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, 1991, Napoli, p. 71 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 5ª ed., Milano, 1996, p. 227 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1972, p. 28 ss.; VASALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 ss.

³² Tale impostazione è sostenuta, fra gli altri, PAGLIARO, *op. cit.*, p. 220; cfr. anche A. COCCA, *La distinzione tra reati ad evento naturalistico e reati di mera condotta in funzione di disciplina*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017.

Per una distinzione tra tipicità formale e tipicità sostanziale vedi VASALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 670; vedi anche, per quanto concerne il concetto della antigiuridicità, GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 29 ss. laddove l'Autore ricostruisce il concetto di antigiuridicità formale (l'unica antigiuridicità ammessa) ivi ricomprendendo non solo la conformità al modello legale, ma anche la concreta realizzazione dell'offesa.

specie incriminatrice. Orbene, nessuno dubita che il fatto inoffensivo sia non conforme alla fattispecie nel senso di non essere sussumibile sotto la stessa in vista dell'applicazione della sanzione penale. Il che equivale a dire che il fatto non offensivo, siccome non punibile, è solo apparentemente (o, se si vuole, formalmente) tipico, ma sostanzialmente atipico.

L'art. 49/2 c.p., alla luce delle considerazioni appena svolte, deve essere letto quale conferma di stretto diritto positivo del ruolo che l'offesa riveste nella sistematica del reato: essa è elemento essenziale, di tipicità, requisito "ulteriore" di fattispecie e di conformità del fatto alla fattispecie, appartenente al momento oggettivo del reato, senza il quale lo stesso non può dirsi perfezionato e la pena non può essere irrogata.

Se ne può inferire che l'art. 49/2 c.p. non fa che disciplinare un'ipotesi di atipicità, a causa della divergenza tra conformità al modello legale e ed evento giuridico (offesa all'interesse tutelato dalla norma penale); è proprio dal suddetto difetto di tipicità che la norma fa discendere la non punibilità dell'agente³³.

A quest'ultima posizione della dottrina, si obietta che, così ragionando, «si preferisce agganciare la non punibilità ad una evanescente nozione di tipicità «apparente», fornendo una soluzione certamente meno garantita di quella che aggancia la non punibilità ad un istituto di diritto positivo. In altre parole, si introduce una nozione – quella di reato o tipicità apparente – che non trova alcun riscontro normativo, ritenendola preferibile ad una costruzione che fotografa con rigore giuridico ed interpretativo le situazioni di conformità al fatto (azione idonea), ma non lesive dell'interesse tutelato (impossibilità dell'evento dannoso o pericoloso)»³⁴.

4. Le direttrici del principio di offensività: l'offensività in astratto

Una volta definito il principio di offensività e individuato il suo fondamento, vanno indicate le direttrici del principio stesso.

Il principio di offensività opera in primo luogo come canone di verifica delle opzioni del legislatore: esclusione dal rango di fattispecie criminose di comportamenti non dotati in astratto di carica offensiva (offensività in astratto) ovvero di modulazioni della pena non fondate sulla concreta offensività del fatto reato; in secondo luogo, come necessaria verifica della concreta offensività del fatto da parte del giudice.

La duplice valenza del principio, la prima sul versante della previsione normativa affidata al legislatore, la seconda su quello dell'applicazione giurisprudenziale che spetta al giudice, è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza costituzionale.

Sotto il primo profilo, in linea di principio, la Corte

³³ A. COCCA, *cit.*

³⁴ G. NEPPI MODONA, citato.

Costituzionale ha costantemente ribadito come spetti al legislatore *l'an* e il *quomodo* della tutela penale, salvo la verifica che si tratti di scelte non manifestamente irrazionali³⁵.

Nella giurisprudenza del giudice delle leggi è infatti consolidata l'affermazione che la configurazione delle fattispecie criminose appartiene «alla politica legislativa e, pertanto, all'incensurabile discrezionalità del legislatore, con l'unico limite della manifesta irragionevolezza». La sentenza della Corte Cost. 333/91, in particolare, ha affermato che «Le opzioni legislative in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche devono tenere conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso le incriminazioni delle fattispecie stesse ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui tali opzioni vengono operate, il legislatore persegue nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale». «Necessità di prevenzione generale» e «di riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati convergono insieme alle ragioni già indicate a motivare le opzioni legislative nella determinazione delle ipotesi criminose tipiche» coerentemente «alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici ed alle svariate conseguenze dannose o pericolose dirette od indirette, che, nei tempi e nei luoghi nei quali i comportamenti criminali si realizzano, questi ultimi sono idonei a produrre» (sent. n. 62/1986). La valutazione del legislatore – viene ripetuto – «varia nel

³⁵ Nella pronuncia n. 250 del 2010 in tema di cd. reato di clandestinità (l'art. 10-bis, d. lgs. n. 286/1998, reato che dal 2009 punisce come contravvenzione «l'ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato») la Corte Costituzionale ha anzitutto confermato il principio consolidato in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie.

A parere dei remittenti tale reato appariva diretto a penalizzare una mera «condizione personale e sociale» (quella, appunto, di straniero «clandestino», o, più propriamente, «irregolare»), dalla quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale, o che appariva comunque diretto a sanzionare una condotta di mera trasgressione amministrativa, entrando in tensione con i principi di materialità ed offensività del reato.

La Corte non solo ha ritenuto infondato l'addebito in punto di materialità – escludendo che il nuovo reato abbia ad oggetto un mero «modo d'essere della persona», ma ha altresì rigettato la critica che ravvisava un simile reato posto a tutela di un bene giuridico privo di meritevolezza penale e diretto a sanzionare una «mera disobbedienza», affermando che «il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico «di categoria», che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offesibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

tempo (oltretutto nello spazio) anche in relazione alla normalità od alla eccezionalità della realtà concreta», tenuto conto cioè dell'intero sistema dell'esperienza giuridica, legislativa e non, «della concreta realtà storica» (sent. n. 171/1986). E, ribadita «la discrezionalità del legislatore in ordine alla individuazione e delimitazione delle fattispecie tipiche di reato, salvo la manifesta arbitrarietà», ulteriormente si puntualizza che il legislatore, nella determinazione delle fattispecie tipiche di reato, non tiene conto soltanto della struttura e pericolosità astratta dei fatti che va ad incriminare, ma anche della «concreta esperienza nella quale quei fatti si sono verificati e dei particolari inconvenienti provocati in precedenza dai fatti stessi, in relazione ai beni che intende tutelare», dovendo esso legislatore tenere conto «anche e soprattutto dell'uso concreto» che dell'oggetto materiale del fatto che intende incriminare «l'esperienza mostra» (sent. n. 132/1986).

Ed ancora nella giurisprudenza della Corte si ricorda che non arbitrariamente «il legislatore, nell'intento di emanare una adeguata disciplina di talune fattispecie, almeno di regola, si riferisce alla esperienza dalla quale la normazione parte e sulla quale quest'ultima va ad incidere. Infatti, soltanto in base a sorpassate concezioni dottrinali sarebbe sostenibile che il legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l'esperienza dalla quale la normazione statale prende avvio: è appunto questa che il legislatore tende a modificare» (sent. n. 132/1986 cit.). Come pure si sottolineano, da un lato, la funzione di determinazione psicologica operata dalle leggi penali (sent. n. 364/1988) e, dall'altro, il rilievo da riconoscere alla situazione di «emergenza» in cui la fattispecie incriminatrice possa essere stata emanata (sent. n. 171/1986 cit.), con la precisazione che, perché le «misure insolite» dettate dallo stato di emergenza perdano legittimità, occorre che esse siano «ingiustificatamente» protratte nel tempo (sent. n. 15/1982).

Sul piano dell'offensività in astratto si è detto che una lettura sistematica dell'art. 25 Cost., cui fanno da sfondo l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, postula un «ininterrotto operare del principio di offensività» dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice (in tali termini si esprimono le sentenze nn. 263 del 2000 e 225 del 2008), consapevoli dell'esigenza – anch'essa coerente con il piano costituzionale – che il legislatore configuri il sistema penale come *extrema ratio* di tutela della società, circoscritta, per quanto possibile, ai soli beni di rilievo costituzionale (in un'accezione «allargata» ai beni riferibili anche alla cd. Costituzione «materiale», che segue i bisogni sociali): in tal senso cfr. le sentenze nn. 364 del 1988, 409 del 1989, 487 del 1989 C. Cost.

L'offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa che spetta alla Corte di rilevare è stata affermata anche da Corte Cost. nn. 360

del 1995, 263 del 2000 e n. 354 del 2002, sebbene debba sottolinearsi come i giudici costituzionali abbiano tradizionalmente esercitato il vaglio di legittimità nell'ambito della potestà legislativa con grande attenzione alle prerogative dello stesso legislatore, traducendo solo raramente tali affermazioni di principio in tema di offensività in decisioni di illegittimità³⁶.

5. Principio di offensività e principio di proporzionalità

Altamente discrezionale appare altresì l'individuazione della pena "proporzionata" da parte del Legislatore, alla luce delle molte variabili che rilevano accanto all'oggetto ed all'intensità dell'offesa.

Nella giurisprudenza costituzionale in materia di pena, un riferimento importante è la sentenza n. 26 del 1979 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma del codice penale militare di pace che prevedeva la pena dell'ergastolo per ipotesi di omicidio in danno di un superiore, sia consumato che tentato. La Corte ha ravvisato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco nell'equiparazione del trattamento punitivo, al livello più elevato, di fatti diversi quali l'omicidio realizzato e l'omicidio solo tentato, fondata sulla attribuzione di un significato preminente ad un bene di rango inferiore (la disciplina militare in tempo di pace) rispetto al bene della vita.

Come è stato osservato il riferimento all'ordine dei valori messi in gioco guarda alla coerenza o razionalità interna delle scelte legislative, in termini coerenti con il *self-restraint* della Corte costituzionale in ordine al sindacato sulla misura delle pene edittali. La censura di stravolgimento dell'ordine dei valori non sottende

valutazioni di giustizia su una data misura di pena, ma rileva la incoerenza della scala di severità comparativa, rispetto a una riconoscibile scala di gravità dei fatti, cioè differenti livelli di offensività.

Lo stesso criterio di proporzionalità «ha cambiato oggetto, divenendo non già il misuratore della congruenza tra la pena e l'offesa o la rimproverabilità tipiche d'una determinata fattispecie, quanto piuttosto il criterio per assicurare proporzione fra il trattamento stabilito dalla norma censurata e quello riservato a situazioni assimilabili. Evolvendo, quindi, quale profilo del principio di uguaglianza nella sua dimensione formale e così recuperando alla Consulta la possibilità di "scegliere senza scegliere": l'uguale trattamento di situazioni eguali è regola vincolante non solo per il legislatore, ma anche per la stessa Corte costituzionale; se non ostacolato dal divieto di pronunce *in malam partem* (e dunque dal divieto di determinare un inasprimento della punizione), il precetto deve condurre all'espunzione dal sistema della norma irragionevole»³⁷

I più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato sulla misura della pena tendono peraltro a superare il riferimento al *tertium comparationis* come indice di disuguaglianza sanzionatoria per fatti assimilabili, concentrando piuttosto l'attenzione sulla intrinseca irragionevolezza della pena.

Il riferimento è alla sentenza della Corte Cost. 10 novembre 2016, n. 236, che ha dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., il quadro editale (reclusione da cinque a quindici anni) previsto per il delitto di cui all'art. 567, secondo comma, c.p., che incrimina l'alterazione dello stato civile di un neonato realizzato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità; quadro editale cui, per effetto dell'odierna sentenza della Corte, dovrà in futuro essere sostituito quello più mite previsto dallo stesso art. 567 primo comma (reclusione da tre a dieci anni).

Come è stato rilevato, «l'importanza della presente pronuncia sta nell'aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione.

Una valutazione, dunque, che – almeno nella fase che conduce al riscontro della fondatezza della questione prospettata dal giudice *a quo* – segue una schietta cadenza diadica (impostata cioè sul diretto raffronto tra la disposizione impugnata e i parametri

³⁶ In tema di coltivazione di sostanze stupefacenti, Corte Costituzionale, sent. 20 maggio 2016, n. 109, ha affermato che la verifica del rispetto del principio dell'offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore implica la ricognizione della astratta fattispecie penale, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in essa sussumibili. Operata questa astrazione degli elementi essenziali del delitto in esame, risulta una condotta (nella specie quella di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti) che ben può valutarsi come <pericolosa>, ossia idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga; tanto più che – come già rilevato – l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili. Si tratta quindi di un tipico reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività proprio perché non è irragionevole la valutazione prognostica – sottesa alla astratta fattispecie criminosa – di attentato al bene giuridico protetto. E – come già questa Corte ha avuto occasione di rilevare (sentenze n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991; ma cfr. anche sentenza n. 62 del 1986) – non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reati di pericolo presunto; nè nella specie è irragionevole od arbitraria la valutazione, operata dal legislatore nella sua discrezionalità, della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione.

³⁷ G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *DPC 2017*.

costituzionali invocati), recuperando il riferimento al *tertium* – in questo caso, il primo comma dell'art. 567 c.p. – soltanto allo scopo di individuare il quadro sanzionatorio risultante dalla dichiarazione di illegittimità dell'originaria scelta del legislatore»³⁸.

Il rapporto tra il fatto e la pena viene quindi ricondotto a logiche di uguaglianza/ragionevolezza che devono ispirare il legislatore: «È l'offensività (il livello di offensività) a qualificare la proporzione, aggancian-dola a un criterio obiettivo, rilevante entro il sistema. È il combinato disposto fra i principi di offensività e di proporzione, il criterio d'invalidazione di norme (o di applicazioni giurisprudenziali) stravolgenti il sistema»³⁹.

Il sindacato della Corte Costituzionale non si è però limitato *all'an* della tutela penale, investendo anche il quantum del trattamento sanzionatorio, quando non ispirato al rispetto del principio di offensività.

Ci riferiamo, innanzitutto, ai vari interventi della Corte Costituzionale in tema di recidiva che hanno affermato il no ad automatismi sanzionatori: con la sentenza n. 205, del 17 luglio 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità del quarto comma dell'art. 69 c.p., avuto ovviamente riguardo al testo introdotto con la cosiddetta legge ex Cirielli.

La norma censurata dispone, com'è noto, che la recidiva reiterata non possa essere dichiarata subvalente rispetto a circostanze concorrenti di segno attenuante, con ciò provocando, specie in alcuni casi particolari, gravissimi squilibri sanzionatori. A partire dal 2012, la Consulta ha sindacato negativamente la scelta operata dal legislatore, senza tuttavia pervenire all'eliminazione in toto del meccanismo che deroga alla disciplina comune della comparazione tra circostanze di segno opposto. Si è preferito operare, piuttosto, mediante singole incisioni sul meccanismo, tali da riespadere l'ipotesi della soccombenza della recidiva rispetto a particolari ipotesi di attenuazione del trattamento sanzionatorio.

Restano fondamentali le notazioni compiute nella già richiamata sentenza n. 251 del 2012 e nei seguiti pure già illustrati: «la recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata"

³⁸ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPC*, 2/17.

³⁹ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPC*, 2/17

da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità». E si protrarrebbe, dunque, uno strappo palese rispetto ai criteri dell'uguaglianza e della offensività.

Prima ancora, la decisione della Corte costituzionale n. 185 del 2015 aveva dichiarato illegittima la recidiva obbligatoria ex art. 99/5 c.p., affermando che «il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto di valutazione del giudice»

Secondo la Corte, un sistema fondato su presunzioni non è di per sé incostituzionale. Nondimeno, esso lo diventa – specie quando si incide su diritti fondamentali della persona – laddove la presunzione legale limitativa di diritti fondamentali non risponda né a dati di esperienza generalizzati, fondati su un preciso radicamento empirico, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, né ad esigenze di semplificazione probatoria⁴⁰.

6. L'offensività in concreto

Come detto in precedenza, la seconda direttrice del principio di offensività è la verifica in concreto della stessa offensività da parte del giudice.

In questo senso sono chiare le indicazioni della Corte Costituzionale: si pensi alla sentenza n. 189 del 1987 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di stato estero, ovvero alla sentenza n. 519 del 1995, egualmente dichiarativa dell'illegittimità stavolta del reato di mendicizia non invasiva (art. 670 c.p.); di contro, recentemente la Corte ha ritenuto infondato il

⁴⁰ Richiamando la giurisprudenza costituzionale in tema di presunzioni legali, si ricorda come l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie evidentemente tutte le volte in cui è agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Il grado di tollerabilità delle presunzioni legali è tradizionalmente declinato sulla necessità che il pre-giudizio legislativo risponda a dati di esperienza generalizzati.

Un dato del genere non esiste nel caso in esame: mancano dati di esperienza generalizzati che dimostrino che il nuovo episodio delittuoso (rientrando nell'elenco di reati di cui all'art. 99/5 c.p.) sia espressivo di maggiore capacità a delinquere. In assenza di tali dati, non è possibile formulare una presunzione *iuris et de iure* che possa dirsi ragionevole.

È, di contro, "agevole" ipotizzare situazioni in cui la commissione di un delitto compreso nell'art. 407, co. 2, lett. a), cod. proc. pen., da parte di chi abbia riportato una precedente condanna per un qualsiasi delitto non colposo, non sia espressiva di una particolare colpevolezza. Cfr. F. URBAN, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *DPC* 2015.

vaglio di costituzionalità per il reato di clandestinità (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998)⁴¹: il principio, declinato come criterio ermeneutico rivolto al giudice, permette una rilettura sostanzialistica delle fattispecie di pericolo astratto o presunto ed opera come “canone interpretativo universalmente accettato”, tale da imporre al giudice il compito di accertare volta per volta che il comportamento “soltanto astrattamente pericoloso” abbia raggiunto un grado minimo di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio (cfr. sentenza n. 225 del 2008). Dalla metà degli anni '80 la Corte ha valorizzato l'offensività come criterio ermeneutico, talvolta richiamando espressamente l'art. 49 c.p. che, a livello codicistico, ha offerto sponda concettuale alla stessa concezione realistica del reato, evidenziando che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante» (così la sentenza n. 62 del 1986 in materia di armi ed esplosivi).

Tale canone, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, aiuta il principio di necessaria offensività ad emergere comunque nelle fattispecie concrete, “salvando” la costituzionalità della disposizione astratta (cfr. tra le tante le sentenze 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995, n. 296 del 1996, n. 24, proprio in materia di stupefacenti).

Va ancora segnalata la sentenza n. 172 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), sollevata in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., sottolineando sia alcuni caratteri normativi che concretizzano la fattispecie, sia ancora una volta il decisivo compito del giudice di “ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)”.

Come è stato rilevato,⁴² in relazione al momento al quale deve essere fatto risalire l'apprezzamento del giudice per stabilire l'effettiva esistenza della “offensività in concreto” del comportamento tenuto dal soggetto agente, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ritiene che debba essere esperito un giudizio *ex ante*. Nelle decisioni della Suprema Corte si può leggere: «perché un'azione possa considerarsi inidonea, ai sensi dell'art. 49 cod. pen., è necessario che la sua incapacità a produrre l'evento sia assoluta, intrinseca, originaria, e tale risulti sulla base di una valutazione oggettiva da

compiersi risalendo al momento iniziale dell'azione» (Corte Cass., Sez. V, 17/05/1983, n. 4417 Iandelli); «si ha giudizio impossibile soltanto in caso di inefficienza causale originaria, che va valutata in concreto con un giudizio *ex ante*» (Corte Cass., Sez. I, 21/05/1983, n. 4685, Tino; conformi sul punto anche: Corte Cass., Sez. II, 18/10/1984 n. 8754, Orientale; Corte Cass., Sez. I, 16/04/1987, n. 4805, Perrone); «ai fini della configurabilità del reato impossibile, ai sensi dell'art. 49/2 c.p., la inidoneità dell'azione va valutata in rapporto alla condotta originaria dell'agente, la quale per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato ed indipendentemente da cause estranee o estrinseche, deve essere priva in modo assoluto di determinazione causale nella produzione dell'evento. L'accertamento di tale requisito, che non può prescindere dalla considerazione del caso concreto e dal riferimento alla fattispecie legale, deve, perciò, avere riguardo all'inizio dell'azione la cui inidoneità deve essere assoluta, nel senso che rispetto ad essa il verificarsi dell'evento si profili come impossibile e non soltanto come improbabile» (Corte Cass., SS.UU., 04/07/1983, Bandinelli; conformi sul punto: Corte Cass., Sez. II, 27/03/1984 n. 2826, Scalone; Corte Cass., Sez. II, 20/04/1985, n. 3692, Marangon; Corte Cass., Sez. V, 29/04/1985, n. 4043, Pagetti).

In senso contrario, Cass. n. 8527 del 15/05/1989, Lungaro, afferma che l'inidoneità dell'azione che rende impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso (con la conseguente non punibilità del fatto ai sensi dell'art. 49/2 c.p.) va accertata alla stregua delle circostanze obiettive del caso concreto, secondo un giudizio *ex post*, poiché l'art. 49/2 c.p. afferma il principio dell'offensività del reato per cui non è punibile, ma eventualmente può dar luogo alla misura di sicurezza, il comportamento conforme alla fattispecie legale penale che tuttavia non manifesti obiettivamente, nel caso concreto, l'attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto. (nella fattispecie erano stati esplosi colpi di pistola contro una persona che si trovava dietro un vetro antiproiettile).

Secondo la citata pronuncia, «l'aspetto che maggiormente interessa è il principio di necessaria offensività del reato, come criterio guida per l'interprete onde valutare la tipicità della condotta. ...La mera aderenza del fatto alla norma di per sé non integra il reato essendo necessario anche che la condotta sia effettivamente lesiva di un bene giuridico protetto dalla norma: non solo quindi *nullum crimen sine lege*, ma anche *nullum crimen sine iniuria*. Secondo i sostenitori della <concezione realistica>, la previsione del reato non mira a punire la mera disobbedienza alla norma, ma la condotta effettivamente lesiva del bene protetto: in tale ottica, il reato non può che essere un <fatto tipico offensivo>. Il principio di offensività deve ritenersi essere stato costituzionalizzato dal nostro ordinamento La necessaria offensività del reato si desume, inoltre,

⁴¹ Cfr. sentenza n. 250 del 2010.

⁴² F. PITTALUGA, *L'inoffensività della condotta criminosa e l'errore sul fatto che costituisce reato: ripercussioni sui reati in materia di contraffazione*, in *Diritto.it*, 2018.

dalla disposizione di cui all'art. 49/2 c.p. che prevede la non punibilità del reato impossibile: tale norma, lungi dall'essere un inutile duplicato dell'art. 56 c.p. (laddove non prevede la punibilità del tentativo inidoneo) ha una sua propria autonomia se interpretata nel senso di ritenere non punibili quelle condotte solo apparentemente consumate e quindi aderenti al tipo, ma in realtà deficitarie di lesività secondo una valutazione effettuata *ex post*.

Sul piano processuale, mentre un'eventuale carenza di offensività in astratto, da parte di una certa fattispecie, può fondare una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 13, 25, II co. e. III co., 27, III co., Cost., l'accertamento, da parte del giudice, della mancanza di offensività in concreto impone un esito assolutorio (alla stregua dell'art. 49, II co., c.p.).

Su piano sostanziale, la concezione realistica del reato implica riflessi sull'elemento psicologico del reato.

Ove si acceda infatti alla tesi secondo la quale già sul piano oggettivo debba considerarsi necessaria, ai fini dell'integrazione degli estremi dell'illecito, la lesione del bene o dell'interesse protetto, diviene ineludibile concludere che essa deve necessariamente rientrare nel fuoco della volontà dolosa, dovendo l'elemento soggettivo investire tutti gli elementi costitutivi del reato. Il soggetto dovrà pertanto essere consapevole di offendere con la propria condotta l'interesse protetto dalla norma.

7. L'adesione alla concezione realistica da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità

La Corte Costituzionale ha mostrato piena adesione alla concezione realistica del reato. Le affermazioni della Corte sulla necessità che il fatto storico presenti una concreta dimensione di offensività appaiono piuttosto nette.

Nel nostro ordinamento, il requisito dell'offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto, e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche. Pertanto l'art. 49 c.p. impone, secondo questo orientamento, una duplice valutazione del fatto: in primo luogo, sulla sua conformità al tipo di reato; in secondo luogo, sulla sua capacità lesiva del bene o interesse protetto dalla norma. («può certo discutersi sulla costituzionalità o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni altra interpretazione di norme penali è ormai unanimemente accettato», e «l'art. 49.2 c.p. non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante»). (Corte Cost. sent. 62/1986).

Inoltre, tutta una serie di pronunce successive con-

ferma l'idea della Corte che tocchi al giudice, sulla base del principio ricavabile dall'art. 49/2 c.p., escludere l'applicazione della norma incriminatrice a quei fatti storici che risultano concretamente inoffensivi del bene tutelato.

In tema di coltivazione di sostanze stupefacenti, la sentenza n. 360 del 1995 ha evidenziato altresì che la persistente illiceità penale della coltivazione, anche qualora univocamente destinata all'uso personale ed indipendentemente dalla quantità di principio attivo prodotto, resisteva anche alla verifica condotta (ex artt. 25 e 17 Cost.) alla stregua del principio di offensività, rilevando che «la verifica del rispetto del principio dell'offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore implica la ricognizione della astratta fattispecie penale, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in essa sussumibili. Operata questa astrazione degli elementi essenziali del delitto in esame, risulta una condotta (quella di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti) che ben può valutarsi come pericolosa, ossia idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga; tanto più che – come già rilevato – l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili. Si tratta quindi di un tipico reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività proprio perché non è irragionevole la valutazione prognostica – sottesa alla astratta fattispecie criminosa – di attentato al bene giuridico protetto. E – come già questa Corte ha avuto occasione di rilevare (sentenze n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991; ma cfr. anche sentenza n. 62 del 1986) – non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reati di pericolo presunto; né nella specie è irragionevole od arbitraria la valutazione, operata dal legislatore nella sua discrezionalità, della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione. Diverso profilo è quello dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata; ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato (come nel caso – prospettato dal giudice rimettente – della coltivazione in atto, e senza previsione di ulteriori sviluppi, di un'unica pianta da cui possa estrarsi il principio attivo della sostanza stupefacente in misura talmente esigua da essere insufficiente, ove assunto, a determinare un apprezzabile stato stupefacente), viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nel-

la figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario (sentenze n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991 già citate)».

Sempre in tema di coltivazione di stupefacenti, va citata la sentenza 20 maggio 2016 n. 109 sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, censurato per violazione degli artt. 3, 13, comma 2, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost. nella parte in cui – secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità – non include tra le condotte punibili con sole sanzioni amministrative, ove finalizzate in via esclusiva all'uso personale della sostanza stupefacente, anche la coltivazione di piante di cannabis⁴³.

La Corte sottolinea in questa pronuncia come occorra “ricordare come, per costante giurisprudenza di questa Corte, il principio in parola operi su due piani distinti. Da un lato, come precetto rivolto al legislatore, il quale è tenuto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentano un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (cosiddetta offensività “in astratto”). Dall'altro, come criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune, il quale, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, dovrà evitare che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (cosiddetta offensività “in concreto”) (sentenze n. 225 del 2008, n. 265 del 2005, n. 519 e n. 263 del 2000).

Si tratta, del resto, aggiunge la Corte, di una indicazione ampiamente recepita – nei suoi termini generali – dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale compete al giudice verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all'agente, ri-

sulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze 24 aprile-10 luglio 2008, n. 28605 e n. 28606). Risultato, questo, conseguibile sia – secondo l'impostazione della sentenza n. 360 del 1995 – facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49 del codice penale); sia – secondo altra prospettiva – tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio.

La condotta è “inoffensiva” soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante, infatti, è a tal fine il grado dell'offesa), sicché con riferimento allo specifico caso in esame, la “offensività” non ricorre soltanto sicché, se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.⁴⁴

⁴⁴ Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità vedi, *ex multis*, Cass., S. U. pen., 24 giugno 1988, n. 9973, in cui si precisa che “In tema di stupefacenti, scopo dell'incriminazione delle condotte previste dall' art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 è quello di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni. Ne consegue che, avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale – nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti – la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta “soglia drogante”, in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto. (Nell'enunciare tale principio, la S. C. ha ritenuto, in una fattispecie di illecita detenzione e vendita di sostanza stupefacente contenente mg. 13.4 di eroina – base, che l'inidoneità dell'azione, relativamente alle fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, vada valutata unicamente avuto riguardo ai beni oggetto della tutela penale, individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni, beni che sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante»; Cass. Sez. III pen., 14 maggio 1997, n. 7719: «L'espressione giuoco “d'azzardo” (art. 721 c.p.) ha un significato univoco che non può includere il giuoco di “scala quaranta” fatto tra amici con posta in gioco irrisoria. (Fattispecie relativa ad annullamento senza rinvio, perché il fatto non sussiste, di sentenza di condanna, ex artt. 718-720 c.p. per avere gli imputati giocato in un bar a scala quaranta con la posta in gioco di una consumazione)»; Cass. Sez. V pen. 26 gennaio 2000, n. 3336, in *Riv. pen.*, 2001, 273, in cui si precisa che la contraffazione grossolana, non punibile ex art. 49/2 c.p. in quanto fatto inoffensivo, è soltanto quella che si concreta in una imitazione così ostentata e macroscopica per il grado di incompiutezza, da non poter ingannare nessuno; Cass. Sez. II pen., 3 aprile 2008, in CED Cass., rv. 239783 secondo cui «in tema di commercio di prodotti con segni falsi, perché il falso possa essere considerato innocuo e grossolano e, dunque perché il reato possa essere ritenuto impossibile, occorre che le caratteristiche intrinseche del prodotto e del marchio che con esso si identifica siano tali da escludere immediatamente la possibilità che una persona di co-

⁴³ Nel ritenere infondata la questione, la Corte ha affermato che «Insussistente è anche la violazione del principio di necessaria offensività del reato, in quanto la coltivazione presenta la peculiarità di dare luogo ad un processo produttivo in grado di “autoalimentarsi” e di espandersi, potenzialmente senza alcun limite predefinito, tramite la riproduzione dei vegetali, che rende non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la salute pubblica, oltre che per la sicurezza pubblica e per l'ordine pubblico, quantomeno in rapporto all'attentato ad essi recato dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza. In ogni caso, spetta al giudice comune il compito di allineare la figura criminosa in questione al canone dell'offensività “in concreto”, nel momento interpretativo ed applicativo. Risultato, questo, conseguibile sia facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49/2 c.p.); sia tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio (sentt. nn. 62 del 1986, 333 del 1991, 133 del 1992, 360 del 1995, 296 del 1996, 263, 519 del 2000, 265 del 2005, 225 del 2008, 57 del 2009; ordd. nn. 231 del 1982, 91, 189 del 1983, 258, 260 del 1984, 308 del 1985, 136 del 1987, 150, 414 del 1996, 437 del 2006, 285 del 2012).

Sul piano dell'offensività in concreto, il principio, declinato come criterio ermeneutico rivolto al giudice, permette una rilettura sostanzialistica delle fattispecie di pericolo astratto o presunto ed opera come "canone interpretativo universalmente accettato", tale da imporre al giudice il compito di accertare volta per volta che il comportamento "soltanto astrattamente pericoloso" abbia raggiunto un grado minimo di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio (cfr. sentenza n. 225 del 2008). Dalla metà degli anni '80 la Corte ha valorizzato l'offensività come criterio ermeneutico, talvolta richiamando espressamente l'art. 49/2 c.p. che, a livello codicistico, ha offerto sponda concettuale alla stessa concezione realistica del reato, evidenziando che "spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante" (così la sentenza n. 62 del 1986 in materia di armi ed esplosivi).

Si segnala ancora la sentenza n. 172 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), sollevata in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., sottolineando sia alcuni caratteri normativi che concretizzano la fattispecie, sia ancora una volta il decisivo compito del giudice di «ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)».

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, vanno segnalate Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 49476; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2548; Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3037; Cass.

mune avvedutezza e discernimento possa essere tratta in inganno: tale giudizio va formulato con criteri che consentano una valutazione "ex ante" della riconoscibilità "*ictu oculi*" della grossolanità della falsificazione»; Cass. Sez. VI pen., 14 maggio 2003, n. 37016, in *Riv. Pen.*, 2004, 1128: «Nel delitto di autocalunnia la ritrattazione dell'incolpazione è idonea ad elidere l'offensività dell'azione solo se interviene senza soluzione di continuità con la presentazione della falsa denuncia e nel medesimo contesto, prima cioè che l'amministrazione della giustizia sia in qualche modo sviata od ostacolata; in tal caso viene meno il carattere lesivo della stessa condotta auto calunniatrice per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 c.p.». Il delitto di autocalunnia, infatti, mira a tutelare soltanto l'interesse ad una celere e corretta amministrazione della giustizia, diversamente dalla calunnia (art. 368 c.p.) che è invece posto a tutela anche della reputazione ed onore dell'incolpato; Cass., Sez. VI. n.33835/2014 in tema di coltivazione di droga: «...proprio nella individuazione del compimento della azione tipica nel singolo caso, va applicata la regola di necessaria sussistenza della "offensività in concreto"; ovvero, pur realizzata l'azione tipica, dovrà escludersi la punibilità di quelle condotte che siano in concreto inoffensive».

pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 5254 sul tema della rilevanza del principio di offensività in relazione alla fattispecie di coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti ex art. 73 d.P.R. 309/1990.

Come è stato rilevato, la giurisprudenza di legittimità appare però ben lungi dall'aver raggiunto approdi sicuri nell'enucleazione dei criteri in base ai quali riconoscere il difetto di offensività della condotta di coltivazione, come dimostrano emblematicamente quattro sentenze che hanno affrontato il tema.

Da un lato, le sentenze n. 49476/2015 e n. 3037/2016 statuiscono che «l'offensività della condotta consiste nella sua 'idoneità a produrre la sostanza per il consumo, ... sicché non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente».

Diversamente, le sentenze nn. 2548 e 5254 del 2016 stabiliscono che la condotta di coltivazione deve ritenersi inoffensiva quando dimostri «tale lesività da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza. Ovvero, a fronte della realizzazione della condotta tipica, che è la coltivazione di una pianta conforme al 'tipo botanico' e che abbia, se matura, raggiunto la soglia di capacità drogante minima, il giudice potrà e dovrà valutare se la condotta stessa sia del tutto inidonea alla realizzazione della offensività in concreto. L'ambito di tale inoffensività è, ragionevolmente, quello del conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione tale da escludere la possibile diffusione della sostanza producibile e/o l'ampliamento della coltivazione.»⁴⁵

⁴⁵ C. BRAY, *coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, in *DPC* 2016.

Idoneità del modello organizzativo-gestionale ex d.lgs. 231/01 ed efficacia esimente in relazione alla ipotesi di infortunio sul lavoro costituito dal contagio da Covid-19: dati esistenti, novità e conferme

abstract

In this epidemiological context, company's operativity meets the need to protect public health to the maximum degree in the workplace without forgetting the protection of productivity, in compliance with current legislation.

Legislative Decree 231 of 2001 introduced a system of criminal corporate liability essentially centered on the fault in the organization and, once the conditions of liability have been verified, the imposition and proportioning of the sanction ultimately depend only on the existence and correct implementation of the organization and management model.

Given that the liability of the entity is excluded if the judge verifies, ceteris paribus, the correct implementation of the management model, it is mandatory to analyze the relationship between the 231 system and the new "Protocolli Covid-19", soft law regulations developed in the context of collective bargaining, which must also be the basis for the criminal liability judgment of the entity: this analysis proposes to enhance, for this purpose, the regulatory requirement of appropriate application of the 231/01 model.

keywords

231/2001 exemption organizational model – Covid contagion 19.

abstract

Nel contingente contesto epidemiologico, il flusso operativo aziendale incontra la necessità di tutelare al massimo grado la salute pubblica nell'ambiente di lavoro senza dimenticare la tutela della produzione, nel rispetto della normativa vigente.

Il d.lgs. 231 del 2001 ha introdotto un sistema di responsabilità dell'ente derivante da reato essenzialmente incentrato sulla colpa in organizzazione e, una volta verificati i presupposti di responsabilità, l'irrogazione e la commisurazione della sanzione dipendono in ultima istanza solo dalla esistenza e della corretta implementazione del modello di organizzazione e gestione.

Dato che la responsabilità dell'ente viene esclusa qualora il giudice verifichi, ceteris paribus, la corretta attuazione pratica del modello di gestione, è d'obbligo analizzare il rapporto fra il c.d. sistema 231 e i neonati Protocolli

Covid-19, normative di soft law sviluppate nell'ambito della contrattazione collettiva, che devono fondare anche il giudizio di penale responsabilità dell'ente: la presente analisi propone di valorizzare, a tal fine, il requisito normativo dell'idonea applicazione del modello 231/01.

parole chiave

231/2001 modello organizzativo esimente – Contagio Covid-19.

sommario

Premessa. – **1.** I presupposti di responsabilità per l'ente alla luce della funzione del modello organizzativo-gestionale (c.d. MOG). – **2.** Il MOG e i rischi dell'illecito. – **3.** Il requisito della idoneità del MOG nella giurisprudenza. – **4.** Art. 2087 c.c. e il sistema di valutazione della idoneità del MOG. – in particolare, i *Protocolli Covid*. – **5.** In particolare, idoneità del MOG alla luce del nuovo art. 29-bis. – **6.** Conclusioni.

Premessa

Il giudizio di responsabilità penale nei confronti dell'ente trova applicazione nei confronti di tutti i soggetti individuati dall'art. 1 d.lgs. 231 del 2001¹: pur nella facoltatività del modello organizzativo-gestionale, l'eventuale sua inesistenza rende per il giudice più agevole l'accertamento nel senso della esistenza di colpevolezza, dato che la mancata adozione, al tempo del commesso reato, di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire il verificarsi di offese del tipo di quella verificatasi configura il elemento chiave di carenza nell'organizzazione.

Solo per l'ente dotato di modello di organizzazione e gestione, ovvero intenzionato alla sua implementazione durante il giudizio penale quale "fatto difensivo", nell'ottica di poter accedere ai benefici processuali previsti, sarà possibile articolare una difesa effettiva.

¹ Sul punto si segnala come, recentemente, il Tribunale di Milano abbia escluso la responsabilità da reato ex d.lgs. 231 del 2001 in capo ad una società unipersonale, ritenendola soggetto privo di un autonomo centro di interessi rispetto al suo stesso titolare (sent. 16 luglio 2020, n. 971, Pres. Ufficio G.i.p.Trib. Milano).

La configurazione della responsabilità dell'ente quale *tertium genus* vicino all'ordinamento penale, con caratteristiche sue proprie di individuazione dei presupposti di responsabilità e delle esimenti, risulta fondamentale nella presente analisi, che guarda al c.d. "sistema normativo 231" nel suo dinamico rapporto con realtà operativa aziendale e quindi con branche del diritto diverse, come la contrattazione collettiva e il diritto del lavoro; in tal senso, va quindi promossa una lettura evolutiva della disciplina *de quo* che, intesa quale sistema autonomo, permetta la giusta valorizzazione, in chiave olistica, di tutte le componenti del mondo della organizzazione aziendale.

Il diritto del lavoro, la componente sindacale, la contrattazione collettiva diventano fondamentale presidio delle medesime finalità cui tende l'efficace implementazione del modello organizzativo-gestionale ex d.lgs. 231/2001, concorrendo alla creazione di una "sinergia di intenti" ontologicamente volta alla prevenzione delle condotte non conformi: in ultima analisi, con piena valorizzazione della *ratio* della normativa del 2001.

È opportuno dunque individuare un raccordo delle due branche del diritto, che trovano nell'impresa il loro catalizzatore sostanziale: a tal fine può essere valorizzata una lettura normativa del requisito dell'idoneità del modello organizzativo-gestionale, nel senso che segue.

1. I presupposti di responsabilità per l'ente alla luce della funzione del modello organizzativo-gestionale (c.d. MOG)

La forma di colpevolezza del soggetto collettivo risulta autonoma e distinta da quella da verificare in capo alla persona-fisica (art. 8 d.lgs. 231/2001) e si fonda su una colpevolezza di tipo normativo, non psicologico, nella forma della colpa di organizzazione.

Presupposto per poter valutare la sussistenza di una responsabilità propria dell'ente è la commissione di un illecito penale annoverato nel catalogo dei c.d. reati presupposto di cui al medesimo d.lgs. n. 231/2001. Il reato deve essere stato commesso da parte di un soggetto persona-fisica che ricopra la qualifica di apicale ovvero di soggetto sottoposto alla altrui direzione e vigilanza, in un rapporto di immedesimazione organica.

Laddove il reato presupposto sia posto in essere da un soggetto c.d. sottoposto, la prova liberatoria dipende dalla corretta implementazione, aggiornamento e operatività del MOG, rispetto al quale il comportamento illecito deve porsi quale condotta abnorme, non prevedibile nemmeno a livello di rischio consentito. Nel caso di reato imputabile al soggetto c.d. apicale, invece, l'ente, per godere della esimente, deve dimostrare non solo l'adozione ed efficace implementazione di un modello organizzativo – gestionale, ma altresì l'esistenza di un Organismo di Vigilanza indi-

pendente, dotato di autonomi poteri di sorveglianza, nonché l'elusione fraudolenta dei presidi di cui al modello organizzativo da parte dell'agente. La prova richiesta all'ente, in sostanza, è volta alla dimostrazione di una totale dissociazione, non solo oggettiva ma anche rispetto alla finalizzazione della condotta, rispetto all'azione od omissione del soggetto apicale e alla conseguente assenza di una colpa nella organizzazione, che in tal modo si dimostra idonea a prevenire reati del tipo di quello contestato.

Accanto alla sussistenza del requisito soggettivo, per aversi responsabilità amministrativa da reato in capo all'ente deve essere verificato il conseguimento, da parte del medesimo, di un interesse o vantaggio derivante dal fatto di reato. La giurisprudenza, sin dalle prime applicazioni, ha riconosciuto due spazi applicativi differenti a tali nozioni, mai intese come un'endiadi. L'interesse si ritiene vada verificato *ex ante* ed è letto come finalizzazione della condotta rispetto ad un beneficio, che manifesta la politica di impresa; il vantaggio invece va individuato *ex post* come si sostanzia in un beneficio di tipo economico che l'ente ottiene dalla commissione del reato. In entrambe le accezioni, interesse e vantaggio costituiscono la concretizzazione positiva, in capo all'ente, della carenza di organizzazione. Recentemente la giurisprudenza ha avuto modo, in varie occasioni, di specificare i concetti di interesse e vantaggio con riferimento ai reati colposi d'evento, in particolare i delitti di omicidio e lesioni con violazione della normativa antinfortunistica. Rispetto a tali fattispecie, nell'ambito delle quali il fatto lesivo è ontologicamente non voluto dall'ente, i concetti di interesse o vantaggio hanno subito un adattamento, venendo ad essere riferiti alla condotta illecita e non all'evento naturalistico di danno. Conseguentemente, è stato considerato vantaggio qualsiasi agevolazione, aumento di produttività o risparmio di spesa derivante all'ente dalla violazione ovvero mancata osservanza delle regole cautelari nell'esercizio dell'attività lavorativa.

2. Il MOG e i rischi dell'illecito

In un'ottica prudenziale e prevenzionistica, l'autonoma responsabilità dipendente da reato essenzialmente discende per l'ente dal non aver scongiurato in maniera sufficiente il rischio di accadimento dell'illecito. L'organizzazione aziendale deve tendere alla riduzione del rischio di accadimento del fatto di reato al livello considerato tollerabile, sia a tutela della continuità aziendale sia in un'ottica di (eventuali) benefici in sede giudiziale; quand'anche esso accada, deve risultare possibile la sua collocazione in una dimensione di abnormità rispetto al rischio che regolarmente l'ente deve saper governare.

Il rischio dell'illecito viene tollerato proprio attraverso l'adozione di determinate procedure organizzative e protocolli, in tal modo prevenendo il rischio che

il fatto di reato sia riconducibile e quindi sia stato consentito dalla inadeguatezza della organizzazione gestionale dell'ente medesimo. Oggi tra le dinamiche di rischio reato più rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 vi sono quelle, dirette e indirette, collegate alla emergenza sanitaria in corso: in particolare, l'ente è chiamato a governare il rischio da contagio Covid-19 in ambito lavorativo.

La verifica verso l'ente va qualificata come accertamento di tipo organizzativo-gestionale.

I Protocolli condivisi oggi costituiscono proprio il caso di strumento gestionale significativamente valido per escludere la responsabilità dell'ente, assumendo che il contagio in ambiente lavorativo rappresenti una possibile concretizzazione del rischio reato che il datore di lavoro è chiamato a governare.

È in questa dimensione preventiva che diventa fondamentale, vieppiù nella contingenza storica che caratterizza oggi il lavoro nell'impresa e le nuove cautele previste, dare una collocazione e una funzione allo strumento del Protocollo condiviso, che per sua natura non costituisce una fonte normativa cogente emanata dall'Autorità statale (o locale) e va nondimeno coordinato, per efficacia e obbligatorietà nella sua attuazione, con il modello organizzativo-gestionale.

Il profilo inerente il governo del rischio di reato, rispetto al quale è essenziale inquadrare oggi la funzione delle fonti di *soft law*, va tenuto distinto dal c.d. rischio-assicurativo, diverso profilo comunque valorizzato nella contingente emergenza.

Proprio al fine di ottimizzare l'accesso ad una tutela indennitaria immediata, il Governo ha scelto di qualificare il contagio da Coronavirus quale infortunio sul lavoro, rendendo possibile l'intervento della garanzia Inail. Questo meccanismo semplificato di collegamento del contagio alla mansione lavorativa, a fini indennitari, va tenuto nettamente distinto rispetto ad una possibile responsabilità penale della persona giuridica: non ha e non potrà avere alcun impatto sulla strutturazione del giudizio di colpevolezza dell'ente, stante la diversità di fondamento giuridico e di verifica dei presupposti, né tantomeno sul giudizio di idoneità del MOG.

Se da un lato è incontrovertibile che la dotazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo non esplica una mera azione preventiva, creando la nervatura che permette all'impresa di operare nel mercato in sicurezza dal rischio-reato e individuare e punire le condotte illecite, dall'altro è certo che l'azione dell'Organismo di Vigilanza, chiamato a coadiuvare l'impresa nella verificare del corretto funzionamento del modello, svolge un ruolo chiave, a tutela dell'impresa, del suo equilibrio economico-finanziario, dei dipendenti e dei terzi.

L'Organismo di Vigilanza, secondo il dettato normativo, cura l'adozione e l'efficace implementazione del modello organizzativo-gestionale all'interno del-

la organizzazione aziendale e ne verifica la continua rispondenza alle esigenze produttive, organizzative, oltre che igienico-sanitarie: è competenza dell'OdV verificare che il MOG sia costantemente aggiornato e applicato, anche attraverso idonea formazione dei lavoratori, e deve promuoverne la revisione o l'integrazione laddove ne emerga la necessità.

Poiché l'Organismo di Vigilanza è privo del potere di gestione rispetto all'ente, dovendosi limitare a svolgere una funzione di controllo, monitoraggio e segnalazione, laddove riscontri delle non conformità o delle carenze nella attuazione del modello di organizzazione dovrà limitarsi a segnalare la mancanza all'organo amministrativo.

Ciò vale anche con riguardo alla gestione del rischio derivante dal pericolo di contagio da Coronavirus in ambito aziendale. Nell'ipotesi in cui, tramite i flussi di comunicazione sia appurata un'adeguata azione di adeguamento delle *policies* aziendali rispetto alle esigenze di contenimento dell'emergenza epidemiologica, l'Organismo di Vigilanza dovrà limitarsi a sollecitare l'urgente adozione di misure maggiormente opportune per il contenimento del rischio quali, a mero titolo esemplificativo, implementazione dei Protocolli governativi, correzioni ai protocolli aziendali già in atto, così da adeguarli ai provvedimenti emergenziali.

Già quindi nell'ambito della gestione dell'organizzazione aziendale, in una dimensione fisiologica, i Protocolli condivisi diventano un importante riferimento nel "sistema 231" dato che si pongono come canone ermeneutico per l'adeguamento di regolamenti interni già esistenti ovvero quale guida per la adozione delle specifiche regole aziendali utili al contenimento di un determinato rischio-reato.

Sul punto si sofferma anche il "Position Paper" di Confindustria di giugno 2020 dal titolo "La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del Covid-19. Prime indicazioni operative"².

In primo luogo, viene ribadito che l'Organismo di vigilanza ha il compito di «valutare l'adeguatezza del Modello 231 dell'impresa, vigilare sulla sua corretta ed effettiva implementazione e suggerirne eventuali aggiornamenti al mutare di determinate circostanze, fermo restando che le decisioni gestionali e l'aggiornamento del Modello sono e restano di competenza dell'impresa».

Nel contesto di contingente emergenza, la funzione di controllo demandata all'Organismo di Vigilanza viene rafforzata poiché, oltre a dover mantenere un costante monitoraggio sulla corretta ed efficace implementazione del Modello esistente, dovrà verificare la

² Il testo integrale del Position Paper di Confindustria di giugno 2020 è disponibile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1592772314_la-responsabilita-amministrativa-degli-enti-ai-tempi-del-covid-19-prime-indicazioni-operative-giugno-2020.pdf

rispondenza delle misure attuate dal datore di lavoro alle prescrizioni delle Autorità pubbliche.

In tale contesto, il Protocollo condiviso adottato dalle parti sociali su invito del Governo può essere ricondotto, in via interpretativa, fra le fonti prescrittive imposte dalla autorità: esso infatti, pur costituendo in senso stretto un accordo avente natura privatistica, è sottoscritto dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale e recepisce la propria forza cogente direttamente dal Governo che, nelle persone del Presidente del Consiglio e dei Ministri del Lavoro, della Salute, dell'Economia e dello Sviluppo economico, ne ha coordinato e sollecitato la adozione. A ciò va aggiunta la pubblicazione, anche dei Protocolli integrativi, in Gazzetta Ufficiale.

Nella gestione dei flussi informativi e della attività di controllo, l'Organismo di Vigilanza non può quindi prescindere dalla valorizzazione dei cc.dd. *Protocolli Covid*, che contengono le linee guida condivise per agevolare le imprese nell'adozione di specifici protocolli di sicurezza anti-contagio. Deve essere verificata l'attuazione delle misure di precauzione del Protocollo nazionale, che potranno anche essere integrate con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della singola organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali.

Trattasi di una verifica da condursi a doppio senso: da un lato, infatti l'Organismo di Vigilanza deve monitorare il contenuto precettivo dei Protocolli sia costantemente attuato, conosciuto e aggiornato, nei vari settori dell'attività aziendale; dall'altro è suo compito valutare, mediante adeguati flussi informativi, l'adeguatezza delle misure concretamente implementate rispetto al quadro normativo collegato all'evoluzione dell'emergenza, esso stesso in continua e rapida evoluzione³.

3. Il requisito della idoneità del MOG nella giurisprudenza

L'esistenza e la corretta implementazione del modello organizzativo-gestionale, anche grazie all'azione effettiva di un Organismo di Vigilanza, sostanziano la previsione del requisito della idoneità del medesimo a prevenire le fattispecie di reato presupposto.

L'idoneità del modello risulta ancora oggi il requisito più complesso e dibattuto, non solo per la sua effettiva ampiezza ma anche e soprattutto per la capacità esimente che, una volta dimostrata, consente al MOG di acquisire.

La responsabilità penale dell'ente è infatti esclusa se, in giudizio, viene dimostrata l'attuazione ed efficace implementazione di un modello organizzativo – gestionale da ritenersi idoneo a prevenire reati del tipo di quello verificatosi.

³ Position Paper di Confindustria, *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del Covid*, giugno 2020, pagg. 6 ss.

Invero, spesso la prassi dei Tribunali ha preferito non soffermarsi nella analisi di questo discusso elemento, trovando strade diverse per motivare l'eventuale esonero da responsabilità da reato. Spesso si rinviene una valutazione in ordine alla assenza, ad esempio, di interesse o vantaggio in capo all'ente: concetti, questi, di più immediata percezione – anche – empirica.

Anche l'analisi della più recente giurisprudenza in materia evidenzia come l'eventuale esonero di responsabilità da reato in capo all'ente sia, di regola, motivato sulla base della mancanza di prova del requisito del vantaggio ovvero sulla inconfigurabilità *sic e simpliciter* del fatto di reato.

Invero, il requisito della idoneità del modello rischia, nella sua più immediata percezione, di non essere attentamente valorizzato: spesso, infatti, l'impostazione accusatoria conduce a considerare insussistente l'idoneità del modello proprio in virtù dell'accadimento stesso di un reato, in un tautologico riferimento al delitto che diventa perno e prova della incapacità del MOG di funzionare correttamente.

L'analisi della giurisprudenza in punto di idoneità del modello conduce a individuare pochi riferimenti univoci sul punto. Invero, sia la giurisprudenza di merito sia gli approdi in sede di legittimità non appaiono molto specifici nella individuazione di criteri standardizzati per la valutazione di tale elemento, quasi che, di fatto, dovesse risolversi in una tautologia; la mancanza di indicazioni legislativamente predeterminate ha condotto ad una valutazione regolarmente empirica del requisito *de quo*, con piena valorizzazione del libero convincimento del giudicante.

In modo molto generico, la giurisprudenza prevalente ha indicato, in positivo, come la valutazione sul Modello deve essere “penetrante”, deve “superare” il dato formale” e deve essere effettuata “in concreto” sulla base delle “linee direttrici generali dell'ordinamento”, dei “principi della logica” e dei “portati della consolidata esperienza”.

Anzi, pare registrarsi che il fine sia proprio quello di evitare un “appiattimento” del controllo, in favore di concetti astratti da riempire di significato rispetto alle peculiarità del caso concreto, ad esempio attraverso gli specifici requisiti della concretezza e dinamicità del MOG ai fini della valutazione di idoneità⁴.

⁴ Sent. Uff. indagini preliminari Milano, 8 marzo 2012: «[...] è [...] la libertà di organizzazione dell'attività economica ad impedire che il grado di dettaglio delle previsioni legislative si spinga sino al punto di enucleare distinte tipologie di modelli in funzione delle innumerevoli possibilità organizzative e dell'ormai ragguardevole numero dei reati iscritti nell'ideale catalogo di parte speciale del d.lgs. n. 231 del 2001. Chi esercita un'attività economica in forma organizzata è esigibile che sappia come evitare che l'organizzazione sia usata quale strumento di perpetrazioni di reati. Non solo: chi esercita un'attività economica in forma organizzata, come stabilisce, ed anzi per il fatto in sé di stabilire, in perfetta autonomia, la complessità, il modo d'essere ed il funzionamento dell'organizzazione, con individuazione dei

Possono essere considerati indici di idoneità del modello la sua concretezza, la dinamicità, la capacità di adattarsi in concreto alle esigenze della produzione, al fine di non rimanere solo “cartolare” nonché la effettiva rispondenza ai fini per cui è adottato⁵.

Recentemente si è registrato almeno un provvedimento degno di nota per la sua attenta analisi, in chiave *pro reo*, della idoneità del modello organizzativo gestionale efficacemente implementato. Il riferimento corre al decreto di archiviazione della Procura di Como che, soffermando l’analisi sulla efficace attuazione del MOG da parte della società indagata, sulla idoneità della struttura dello stesso a prevenire reati della specie di quello verificatosi attraverso la corretta implementazione di protocolli e procedure, nonché sulla efficace attività dell’Organismo di Vigilanza, ha ritenuto non sussistente l’ipotesi di reato in capo all’ente⁶.

Anche la dottrina ha cercato di enucleare tale requisito, ritenendolo elemento di tipo valutativo che il giudice può conoscere attraverso un giudizio prognostico sia sui contenuti essenziali del MOG sia sul suo funzionamento: il primo profilo da valutarsi in termini di astrattezza, il secondo sulla base delle risultanze concrete.

In questa prospettiva, il concetto di idoneità del modello, per la sua ampiezza a tutti evidente, potrebbe diventare la chiave di volta per consentire alle diverse fonti normative che caratterizzano il mondo dell’impresa, incluse quelle di *soft law* nascenti dalla contrattazione collettiva, di entrare nel processo penale: diventando a tutti gli effetti elementi extrapenalmente integrativi, i Protocolli condivisi, quali formidabili strumenti di *soft-law*, andrebbero a qualificare e definire la nozione di idoneità del MOG, con la creazione di un requisito dai confini più certi e dal contenuto verificabile e replicabile.

Tali ultime caratteristiche risultano fondamentali per garantire al mondo dell’impresa efficienza e ottimizzazione delle risorse, con uno sguardo al canone fondamentale della certezza del diritto.

A suffragio di tale impostazione si pone oggi l’art. 29-*bis* della Legge n. 40 del 2020, che ha consacrato *ex lege* l’adempimento degli obblighi di tutela e protezione rispetto al rischio Covid-19 in capo al datore di lavoro che adotta e applica le prescrizioni di cui al

centri decisionali e degli apparati di controllo secondo il flusso delle decisioni e, di ritorno, delle informazioni sui controlli, così è gravato dell’onere di plasmare il modello organizzativo e gestionale adottato sulla concretezza della struttura, riempiendo di contenuti, e perciò contribuendo a disciplinare, il tessuto delle norme antireato”

⁵ Sent. Trib. Firenze, 15 maggio 2012 (in *Giur. merito*, 2013, 7-8, 1601); Sent. Corte d’Assise d’Appello Torino, 27 maggio 2013 (in *Redazione Giuffrè*, 2016); Cass. pen., n. 4677 del 2013; Cass. pen., sez.un., n. 38343 del 2014; Cass. pen., n. 11442 del 2016.

⁶ Procura della Repubblica presso Trib. Como, decreto di archiviazione d.d. 29 gennaio 2020.

Protocollo condiviso del 24 aprile 2020.

Nella stessa direzione pare anche la recente disciplina in materia di *whistleblowing* nel settore privato, che ha introdotto una previsione di automatica inidoneità del modello organizzativo-gestionale nel caso in cui l’ente non abbia adeguatamente operato un suo aggiornamento rispetto agli obblighi dalla medesima fonte normativa introdotti.

Il contesto normativo dunque, in uno alla interpretazione giurisprudenziale prevalente, pare tendere alla graduale valorizzazione del requisito della idoneità del modello attraverso ancoraggi scritti, verificabili, che può avvenire attraverso l’introduzione di una norma di interpretazione autentica contenente requisiti oggettivamente misurabili (scelta sinora non praticata) oppure attraverso la previsione *ex lege* della idoneità del modello a certe condizioni.

L’esempio in materia di *whistleblowing* e il successivo caso dell’art. 29-*bis* Legge 40 del 2020 paiono imporre una lettura in questo senso, con un fondamentale apporto delle fonti di *soft law*, particolarmente care a chi quotidianamente poi si colloca nel contesto operativo, con ragionevole facilità di reiterazione delle condotte conformi.

Ne deriverebbe, da un lato, un rafforzamento della natura preventiva del sistema 231 che, sebbene caratterizzato dalla previsione di sanzioni piuttosto gravi, tende pur sempre ad evitare l’accadimento dannoso per garantire una vita d’impresa lineare e produttiva; dall’altro, la creazione di un modello di tecnica normativa replicabile e verosimilmente efficace, capace di valorizzare le peculiarità delle dinamiche aziendali.

4. Art. 2087 c.c. e il sistema di valutazione della idoneità del MOG – in particolare, i Protocolli Covid

La prima onda dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 ha determinato sindacati e associazioni datoriali a siglare in data 14 marzo 2020 il “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, successivamente modificato il 24 aprile 2020⁷. Si tratta della risposta all’invito del Governo di attuare la misura contenuta all’art. 1 comma 1 n. 9 del DPCM del 11 marzo 2020: ivi si sollecitava l’individuazione di soluzioni operative di tipo concordato, nella forma di intese tra organizzazioni datoriali e sindacali che potessero assurgere al rango di fonte normativa cogente, al fine di permettere una ripresa in sicurezza delle attività produttive in tempi celeri, con un controllo di tipo statale sulle precauzioni adottate nei vari settori produttivi per arginare la diffusione del contagio da Coronavirus.

⁷ Protocollo e approfondimento ministeriale sono disponibili al seguente link: <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5383&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>

Il documento, varie volte ritoccato, contiene le linee guida condivise tra le Parti sociali per agevolare e consigliare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, al fine di consentire la prosecuzione delle attività produttive con modalità che tutelino al massimo grado i lavoratori con adeguati livelli di protezione.

Il Governo ha optato per una collaborazione a più livelli nella creazione della disciplina operativa per le imprese senza rinunciare a detenere una sorta di "monopolio" sulle regole minime di gestione del fenomeno epidemiologico in ambito lavorativo, di modo tale da concertare il più possibile il risultato e renderlo applicabile con verosimile maggiore certezza, frequenza e rapidità in tutti i settori.

La previsione dei Protocolli operativi non è stata ritenuta però sufficiente: da più parti, infatti, si levava la critica in ordine alla possibile valutazione discrezionale della loro attuazione, con possibili spazi per una imputazione di responsabilità, in capo al datore di lavoro, derivante da contagio da Covid-19. Ciò anche in virtù dell'art. 2087 c.c., caposaldo della disciplina della responsabilità del datore di lavoro rispetto alla tutela della salute psicofisica dei lavoratori e dunque primo ancoraggio dell'obbligo di protezione in capo al datore di lavoro; la disposizione, invero, doveva essere coordinata con l'intervento statale diretto alla individuazione di standard centralizzati di protezione aziendale nella gestione del rischio Covid. Come è noto, l'art. 2087 c.c. pone, in capo all'imprenditore (e non allo Stato) l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'attività di impresa, le misure che, secondo le peculiarità del lavoro, l'esperienza e lo sviluppo tecnologico, sono utili a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ed a prevenire l'insorgenza di malattie correlate al lavoro stesso. Trattasi quindi della previsione di un dovere generale di cura, custodia e vigilanza, quale che sia l'inquadramento contrattuale prescelto, posto al massimo livello della esperienza e della tecnica conosciuti e disponibili.

Come correttamente sottolineato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità⁸, non si tratta di una ipotesi di responsabilità oggettiva o da posizione, con la conseguenza di rinvenire la colpa del datore di lavoro ogni volta che il lavoratore subisce un danno nell'esecuzione delle attività a lui delegate ovvero dei compiti impartiti, occorrendo sempre la verifica della violazione di obblighi di comportamento, concretamente individuati, imposti dalla legge o da fonti subordinate.

La disposizione generale contenuta nel codice civile è stata nel tempo costellata da previsioni più dettagliate e specifiche, atte a caratterizzare in via generale ed astratta il dovere di vigilanza e tutela incombente sul datore di lavoro: tali norme si sono rese gradualmente

necessarie per garantire un più oggettivo accertamento di responsabilità e, al tempo stesso, per facilitare le imprese all'adeguamento preventivo e replicabile rispetto alle previsioni vigenti.

Ai sensi del d.lgs. n. 81 del 2008, il datore di lavoro, ovvero colui che riveste la titolarità effettiva dei poteri gestionali, direttivi e finanziari, è il soggetto responsabile della sicurezza e della salute dei lavoratori: egli è tenuto a controllare personalmente, salvo rilascio di formale delega ai sensi dell'art. 16 del predetto decreto, la corretta attuazione ed implementazione delle misure di sicurezza in azienda.

Creando quella che è oggi ritenuta una vera e propria posizione di garanzia in capo al datore di lavoro, anche ai sensi dell'art. 40 cpv c.p., le principali misure sono state positivizzate dal legislatore proprio nel Testo Unico del 2008 e, per la loro efficace attuazione, è stato predisposto un sistema di previsioni sanzionatorie a natura contravvenzionale (punibili, indifferentemente, a titolo di dolo e colpa): la violazione potrà inoltre costituire profili di colpa specifica per la contestazione del delitto di lesioni dolose con violazione delle norme in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, esso reato presupposto di responsabilità per l'ente. In forza di tali disposizioni, il legale rappresentante della società e, di fatto, la stessa organizzazione dell'ente assumono il ruolo di garanti della sicurezza, con il primo costituito soggetto tenuto a dominare una fonte di pericolo per la tutela dei beni da questa pregiudicabili, quali che siano i titolari.

Rispetto alla responsabilità dell'ente, il Testo Unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro ha, per primo, tentato di inserire un coordinamento, di tipo normativo, fra l'insorgere di colpa in organizzazione – e quindi responsabilità dell'ente derivante da reato – ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 con gli obblighi dallo stesso positivizzati per garantire la tutela dei lavoratori in chiave preventiva.

In altri termini, pur mantenendo le due normative distinte, con ambiti e funzioni differenti, si è cercato di creare un collegamento operativo fra le medesime, grazie al modello di organizzazione e gestione già previsto nella disciplina del 2001.

La *ratio* era certamente quella di rendere più intellegibile e attuabile in via preventiva il dettato della normativa in materia di responsabilità dell'ente derivante da reato, sollecitando al contempo, in via indiretta, il rispetto delle cautele imposte per la tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro.

L'art. 30 del Testo Unico del 2008, invero, ha previsto un'ipotesi di idoneità del modello organizzativo-gestionale di tipo "formalistico", secondo cui l'efficacia esimente del MOG, che solo in tal veste potrà considerarsi idoneo, è subordinata alla verifica dell'adempimento, attraverso l'implementazione del medesimo, dei contenuti minimi previsti nella medesima disposizione: ad esempio, in materia di formazione di

⁸ *Ex multis*, Cass., n. 26495 del 2018; Cass., n. 17788 del 2020.

dependenti, vigilanza, sorveglianza sanitaria, valutazione dei rischi. Il MOG relativo a sistemi di sicurezza sul lavoro, purché realmente adottato ed efficacemente attuato, è ritenuto dalla legge stesso idoneo strumento di attuazione dell'obbligo di vigilanza laddove rispecchi i contenuti specificamente previsti dall'art. 30 d.lgs. 81/2008.

Già a partire dalla normativa del 2008 quindi si è compreso che il *trait d'union* – necessario – fra le due normative poteva essere il requisito della idoneità del modello previsto dalla disciplina parapenalistica del 2001 e lo si è tentato di riempire di significato attraverso la previsione di una serie di indici contenutistici di tipo aperto.

Ciò anche in forza e con l'ausilio dell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2008, secondo cui l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4». Il *quid pluris* della disposizione sta proprio nel dichiarare per legge “assolto” il dovere di vigilanza in caso di adozione e concreta attuazione del sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4. Dunque è tale previsione a presumere l'adempimento all'obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro, anche nel caso di conferimento di deleghe, per il fatto che sia stato previsto e implementato in azienda un modello di gestione del rischio, idoneo in quanto rispondente ai requisiti contenutistici di cui al medesimo art. 30 quantomeno con riguardo alla gestione del rischio di reati di danno alla persona come l'omicidio e le lesioni colpose, con conseguente istituzione d'un organismo di vigilanza, delegato dal datore di lavoro.

Il sistema per valutare l'idoneità del modello richiede un'azione ed un controllo su più livelli, da monitorare attraverso il continuo flusso informativo fra gli organi aziendali: ad un primo livello, a monte, dovranno essere previsti specifici protocolli di controllo sulla gestione delle funzioni aziendali e dei conferimenti di delega, ove esistenti; ad un secondo livello, è richiesto a valle l'affidamento della sorveglianza sull'attuazione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità dei suddetti strumenti di controllo ad una struttura dedicata interna all'ente, che sembra ragionevole far coincidere – pure in materia antinfortunistica – con l'Organismo di Vigilanza ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001.

Tale presunzione di idoneità si traduce, pertanto, in una “esimente” a tutto tondo, che coinvolge non solo la responsabilità collettiva dell'ente e la colpa di organizzazione, ma anche la responsabilità individuale del datore di lavoro (*sub specie* di culpa in vigilando): il sotteso messaggio, infatti, vuole essere rassicurante per il mondo dell'impresa, che deve poter produrre in sicurezza, al riparo dal rischio di sanzioni se la gestione interna rispecchia quantomeno ciò che il legislatore ritiene necessario per la tutela dei lavoratori.

Il modello organizzativo, quindi, nella sua qualità di sintesi tra un documento di valutazione e gestione dei rischi e un sistema giuridico di sicurezza sul lavoro, sostanza, dal punto di vista oggettivo, l'organizzazione complessiva dell'ente in materia di sicurezza e, dal punto di vista soggettivo, la consapevolezza del datore di lavoro e dei vertici aziendali, della necessità d'un approccio scientifico e sistemico per l'identificazione dei pericoli e la valutazione e controllo dei rischi connessi a tutte le attività d'impresa.

In quest'ottica, il MOG può essere considerato un utile strumento per l'implementazione di tutti gli adempimenti in materia e dunque per la compiuta e qualificata concretizzazione degli obblighi datoriali di protezione e prevenzione finalizzati alla tutela dell'“integrità fisica” e della “personalità morale” dei prestatori di lavoro (art. 2087 c.c.).

Il MOG, pertanto, se considerato come adeguato strumento di disclosure e razionalizzazione di tutti gli adempimenti datoriali esigibili in materia di sicurezza, può essere apprezzato sul piano probatorio e dell'accertamento processuale e rappresentare, così, un'importante occasione per far finalmente chiarezza nel sistema delle responsabilità.

Analogo meccanismo di integrazione fra norme a quello sin qui descritto è stato riproposto, come accennato, nell'ambito della disciplina del *whistleblower*⁹.

5. In particolare, idoneità del MOG alla luce del nuovo art. 29-bis

Rispetto alla gestione dell'emergenza epidemiologica in corso, emerge un disegno simile al modello normativo sin qui descritto, privo però della stessa univocità.

Specifico fonte normativa di riferimento inserita dal legislatore quale esimente rispetto alla possibile responsabilità datoriale da contagio Covid-19 è l'art. 29-bis della Legge n. 40 del 2020.

Al fine di consentire un più agevole accertamento in punto di esonero di responsabilità del datore di datore diligente, la L. n. 40 del 2020 recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali” ha convertito in legge il d.l. n. 23 del 2020, ha aggiunto, tra gli altri, anche l'art. 29-bis.

⁹ La modifica dell'art. 6 d.lgs. 231 del 2001 voluta dalla L. n. 179 del 2017 recante “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato” ha imposto, ai fini della valutazione di idoneità del modello, l'implementazione ed efficace funzionamento di un sistema di segnalazione delle condotte illecite che rispecchi i requisiti previsti dalla norma.

Pur nell'infelice formulazione normativa, poco precisa nel senso di non aver contemplato espressamente il collegamento tra la normativa del 2001 e quella del 2008, si ritiene che l'esito argomentativo più corretto sia una interpretazione sistematica tesa alla valorizzazione del concetto di idoneità del modello secondo quanto previsto nel d.lgs. 231 del 2001.

Le associazioni di categoria, e in particolare Confindustria, hanno sollecitato subito un intervento normativo di tipo correttivo rispetto al rischio generico di responsabilità, civile e penale, incombente sul datore di lavoro: la proposta di Confindustria faceva riferimento alla qualificazione normativa del Protocollo come misura costituente il massimo standard di sicurezza adottabile per la tutela della salute e sicurezza e alla esclusione della responsabilità derivante da qualsiasi forma di contagio, qualificando la diffusione dell'infezione da Covid-19 come ipotesi di forza maggiore, tale da attivare la norma contenuta nell'art. 5, comma 4, della Direttiva 89/391/CE del 12 giugno 1989 «La presente direttiva non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata».

Non era richiesto un intervento nel senso di uno scudo penale quanto, piuttosto, la indicazione puntuale di quali dovessero essere gli obblighi dell'impresa per fronteggiare la situazione di emergenza senza incorrere in responsabilità di alcun tipo, così assicurando, oltre che la produzione, il rispetto del principio di legalità e certezza del diritto¹⁰.

La Relazione parlamentare accompagnatoria ha evidenziato proprio il fatto che «l'articolo 29-bis, introdotto nel corso dell'esame presso la Camera dei deputati, definisce il contenuto dell'obbligo di tute-

¹⁰ «In tema di responsabilità per reato colposo di evento risultante indispensabile non solo individuare il soggetto al quale viene contestato di aver cagionato l'evento tipico; operazione che conduce a ricercare, sulla scorta del contesto normativo pertinente o della situazione di fatto, chi fosse nel caso concreto il gestore del rischio che si è concretizzato nell'evento. Ma è altresì necessario individuare anche la condotta doverosa che doveva essere concretamente posta in campo. Espresi tali concetti nei termini che la più recente giurisprudenza di legittimità mostra di adottare, può dirsi che oltre a cogliere la norma di dovere, donde deriva lo status di gestore del rischio, il giudice deve anche individuare la regola cautelare, di natura necessariamente modale, che specificando il concreto da farsi si integra con la prima e dà contenuto concreto, specifico ed attuale all'obbligo di sicurezza cfr. Sez. 4, n. 12478 del 19/11/2015 - dep. 24/03/2016, P.G. in proc. e altri in proc. Barberi e altri, Rv. 267813, per la quale, in tema di reati colposi, la regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante, non può rinvenirsi in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento degli stessi, dovendosi, invece, aver riguardo esclusivamente a norme che indicano con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento.» Cass. n. 34791 del 2019.

la della integrità psico-fisica del lavoratore prevista dall'articolo 2087 del Codice civile a carico dei datori di lavoro pubblici e privati, con specifico riferimento al rischio di contagio da Covid-19».

Si tratta di una vera e propria clausola di esonerazione da responsabilità del datore di lavoro che adempie all'obbligo di protezione dei lavoratori attraverso la efficace implementazione e attuazione dei Protocolli condivisi, che fungono da esplicazione proprio della norma di principio di cui all'art. 2087 c.c., limitatamente alla finalità di contenimento del virus e alla gestione efficace della emergenza epidemiologica nel senso della continuità aziendale.

La disposizione in commento fa riferimento esplicito solo alla responsabilità del datore di lavoro, anche pubblico, derivante dalla violazione, per tramite della mancata o carente attuazione dei Protocolli condivisi, dell'art. 2087 c.c.

Nulla viene espressamente previsto con riguardo alla possibile responsabilità penale rinvenibile in capo all'ente in caso di contagio, leggasi lesioni colpose, da Covid-19. E l'ipotesi non va assolutamente sottovalutata, dato che i piani di responsabilità sono tra loro autonomi, con il rischio di irrogazione di sanzioni, ai sensi del d.lgs. 231 del 2001, estremamente affittive.

Si pone quindi una questione interpretativa di non poco momento dato che, da una prima lettura, potrebbe ritenersi esclusa la responsabilità ai sensi dell'art. 2087 c.c. pur potendosi verificare la sussistenza di responsabilità derivante da reato ai sensi del d.lgs. 231 del 2001; con innegabile frustrazione della *ratio* della previsione esimente di cui all'art. 29-bis, dato che non verrebbe meno la possibilità di avviare un'indagine penale per un fatto che rientrerebbe nell'alea del rischio correttamente gestito secondo i Protocolli condivisi.

Pur non citando espressamente la disciplina in materia di responsabilità da reato degli enti, la norma di cui all'art. 29-bis rispecchia il modello innanzi descritto di esimente collegabile alla disciplina del 2001 attraverso il requisito della richiesta idoneità del modello organizzativo – gestionale.

Se, infatti, il datore di lavoro può ritenersi *ex lege* esonerato da responsabilità da contagio Covid-19 laddove dimostri l'efficace implementazione dei Protocolli condivisi, che ne consentono e guidano la gestione in termini di rischio consentito, è giocoforza ritenere che il modello organizzativo – gestionale che prevede il rispetto e l'attuazione di detti Protocolli sia una modello di per sé idoneo alla prevenzione del rischio da contagio da Coronavirus.

Sul punto, utile riferimento nella analisi risultano essere i Position Paper di Confindustria, l'ultimo recente di Giugno 2020 contenente le prime indicazioni operative in punto di contenimento del rischio da contagio Covid-19 e responsabilità 231.

Nel Paper di Confindustria è stato efficacemente

sostenuto come il virus Covid19 abbia effettivamente mutato il quadro dei rischi che il datore di lavoro è chiamato a gestire, determinando, da un lato, alcuni nuovi potenziali profili di rischio e, dall'altro, amplificandone altri già esistenti. È possibile distinguere i profili di rischio in due tipologie: diretti e indiretti. I rischi indiretti sono quelli non immediatamente connessi alla gestione sanitaria del fenomeno pandemico e derivanti dalle numerose modifiche della normale operatività aziendale "occasionate" dall'adeguamento dell'organizzazione aziendale a tutti i livelli imposto dalla gestione dell'emergenza.

Rispetto ai rischi diretti, che sono quelli direttamente derivanti dall'esposizione dei lavoratori al rischio pandemico del contagio, con conseguente possibilità di imputazione della responsabilità (anche) per l'impresa ai sensi dell'art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001 a titolo di lesioni od omicidio colposo, diventa dirimente il rispetto e la efficace attuazione dei Protocolli condivisi, senza che automaticamente ciò significhi una necessità di modifica o aggiornamento del modello di organizzazione e gestione già adottato.

Si tratta infatti di un rischio di accadimento di reato che – nonostante la virulenta diffusività e la peculiarità delle sue caratteristiche biologiche – dovrebbe risultare già annoverato tra quelli che il MOG è funzionalmente destinato a gestire, come peraltro specificamente previsto dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008: ciò dovrebbe comportare la predisposizione di meccanismi organizzativi idonei a monitorare e ad assorbire tempestivamente le prescrizioni normative strumentali alla prevenzione dei rischi antinfortunistici, di qualsiasi natura essi siano.

Il *quid pluris* determinato dalla adozione dei Protocolli, in uno con la previsione di cui all'art. 29-bis, riguarda la previsione *ex ante* di un criterio per verificare l'idoneità del MOG stesso: non viene quindi richiesto legislativamente il suo aggiornamento ma la sua corretta implementazione e attuazione – nonché la successiva interpretazione in sede giudiziale – non potranno prescindere dal contenuto dei Protocolli medesimi.

Ne deriva la possibilità di individuare, per i Protocolli condivisi, almeno due differenti funzioni: la prima è quella di fornire uno strumento diffuso e – ragionevolmente – condiviso che renda operativamente idonee *ex ante* la gestione e l'organizzazione aziendale almeno con riguardo al contenimento del virus Covid-19; la seconda, non meno importante dal punto di vista sistematico, riguarda la creazione di uno strumento fruibile quale guida, canone interpretativo per la valutazione *ex post* in ordine alla idoneità del modello, in particolare a livello giudiziale, anche al fine di uniformare il giudizio di idoneità rispetto ad uno standard tecnicamente elevato e oggetto di continuo aggiornamento (ma pur sempre disponibile e conoscibile *erga omnes*)

6. Conclusioni

Sino ad oggi, il requisito della idoneità del modello organizzativo-gestionale pare sia rimasto nebuloso sia agli occhi della dottrina sia nella prassi giurisprudenziale. La sua genericità, unita alla mancanza di elementi normativi – anche extrapenali – utili a delinearne il focus applicativo, hanno condotto sinora ad una certa difficoltà da parte degli operatori e commentatori del diritto nel valorizzarne correttamente la portata.

La tecnica legislativa che si è delineata, ripetuta in varie occasioni dal legislatore in un periodo relativamente breve, potrà essere utilizzata in diversi settori che ineriscono la salute e sicurezza sul lavoro attraverso l'adozione di protocolli operativi di riferimento; essa risulta valida sia dal punto di vista pratico sia avuto riguardo ai principi cardine del diritto penale, permettendo la corretta implementazione *ex ante* del MOG, la verifica della sua corretta implementazione ed il riferimento di un canone interpretativo, di natura legislativa, già condiviso e predeterminato.

In tale meccanismo è ravvisabile altresì una valorizzazione indiretta del principio di offensività, che deve permeare tutta la materia penalistica, a monte con la creazione delle fattispecie incriminatrici sino a valle nel momento della irrogazione della pena: se, invece, viene individuato *ex ante* un protocollo esplicativo di riferimento che, per legge, specifica il requisito della idoneità del MOG, a fine esimente, è giocoforza considerare che il giudicante avrà un riferimento condiviso, stabile e legittimato per valutare concretamente la funzionalità del modello di organizzazione e gestione, senza doversi "rifugiare", a fini assolutori, in concetti generali, molto più opinabili, ovvero nei diversi requisiti previsti dal d.lgs. 231 del 2001, più univoci, come quelli del riscontrato interesse o vantaggio in capo all'ente.

È opportuno in tal senso auspicare un intervento legislativo di ampio respiro, volto a prendere atto di una prassi che già in alcune occasioni ha dimostrato di essere efficacemente attuata.

Stabilire *ex lege* canoni di idoneità del modello di gestione aziendale, che siano condivisi e accettati dalle parti sociali, rende la normativa più agilmente intellegibile al mondo dell'impresa e più accettabile, anche in termini di calcolo costi-benefici, in termini di adempimenti di *compliance*.

Offrire all'imprenditore uno strumento chiaro, dettagliato e preciso per rendere conforme alle regole lo svolgimento dell'attività aziendale diventa un essenziale elemento capace di rendere gli adempimenti *compliance* più appetibili, perché più immediatamente comprensibili.

Quindi sia dal punto di vista operativo sia dal punto di vista giudiziale, l'accertamento, per rinvio, del rispetto di determinati standard, Protocolli, disposizioni ministeriali, permetterebbe di accrescere in misura sensibile la potenzialità preventiva di reati dello

strumento del MOG. L'impresa, infatti, avrebbe percezione di una sua effettiva capacità esimente, misurabile *ex ante* perché rispondente a canoni e previsioni predeterminati.

Dal punto di vista giudiziale, anche il controllo *ex post* ne risulterebbe semplificato, con la possibilità per il giudice di verificare l' idoneità preventiva del modello sulla base di un criterio generalmente condiviso.

Con conseguente minore possibilità di contestazione delle decisioni nei superiori gradi di giudizio.

È auspicabile quindi un intervento legislativo a corollario di quanto già si ritiene operativo, con l'auspicio che, in tal modo, una buona prassi possa essere fruibile in più settori del diritto.

Liberazione anticipata. Notificazione del provvedimento di rigetto totale e/o parziale al difensore di fiducia e se non nominato a quello d'ufficio nominato dal magistrato di sorveglianza

abstract

With the decision in question, the United Sections were called upon to assess whether the order adopted by the supervisory magistrate on the application for granting early release (Article 69-bis of the Criminal Code) should be notified – in any case – also to the defender of the instant, so that, where he lacks it, the notification must be made to the specially appointed official defender.

In answering the question, the Supreme Judges on the basis of arguments focused on the literal data of the provisions examined and on systematic arguments have adhered to the orientation of the referral order, recognizing in a preliminary way the complaint procedure pursuant to art. 69-bis, paragraph 3, Ord. pen. appealing nature. In this perspective, the United Sections, in answering the question, have privileged the constitutional principles and, in particular, those of the right of defense which includes, in addition to the right to defend oneself recognized to the citizen, even if he does not exercise it 'obligation for the State to provide for the defense of him, with the appointment of an official defender in accordance with art. 24 of the Constitution read in conjunction with art. 13 and with art. 3 of the Constitution. By virtue of the considerations made, the Supreme Judges then enunciated the following principle of law: the order of the supervisory magistrate who decides on the request for granting early release (art. 69-bis, paragraph 1, Penal Order) must in any case be notified to the defender of the sentenced person, appointed ex officio if necessary, entitled to lodge a complaint. The latter is subject to the general discipline of appeals.

keywords

Early release – Notification to the defender of office or trust – Necessity.

abstract

Con la decisione in esame le Sezioni unite sono state chiamate a valutare se l'ordinanza adottata dal magistrato di sorveglianza sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis Ord. pen.) debba essere notificata – in ogni caso – anche al difensore dell'istante, sicché, ove questi ne sia privo, la notifica debba avvenire al difensore d'ufficio appositamente nominato. Nel dare risposta al quesito i Supremi Giudici, sulla scorta di argomenti incentrati sul dato letterale delle disposizioni esaminate e su argomenti di carattere sistematico, hanno aderito all'orientamento della ordinanza di rimessione riconoscendo in via preliminare alla procedura di reclamo ex art. 69-bis, comma 3, Ord. pen. natura impugnatoria. In questa prospettiva, le Sezioni Unite, nel dare risposta al quesito, hanno privilegiato i principi costituzionali e, segnatamente, quelli del diritto di difesa che comprende in sé, oltre alla facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche, ove egli non la eserciti, l'obbligo per lo Stato di provvedere alla sua difesa, con la nomina di un difensore di ufficio in sintonia con l'art. 24 della Cost. letto in collegamento con l'art. 13 e con l'art. 3 della Cost. In forza delle considerazioni svolte, i Supremi Giudici hanno enunciato poi il seguente principio: l'ordinanza del magistrato di sorveglianza che decide sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis, comma 1, Ord. pen.) deve essere in ogni caso notificata al difensore del condannato, se del caso nominato d'ufficio, legittimato a proporre reclamo. Quest'ultimo è soggetto alla disciplina generale delle impugnazioni.

parole chiave

Liberazione anticipata – Notifica al Difensore di ufficio o di fiducia – Necessità.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sentenza 25 febbraio 2021, dep. 01 aprile 2021, n. 12581

Procedimento per la liberazione anticipata – notificazione del provvedimento di rigetto totale e/o parziale ai soggetti indicati nell'art. 127 c.p.p

L'ordinanza del magistrato di sorveglianza che decide sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis, comma 1, Ord. pen.) deve essere in ogni caso notificata al difensore del condannato, se del caso nominato d'ufficio, legittimato a proporre reclamo. Quest'ultimo è soggetto alla disciplina generale delle impugnazioni.

* * *

La questione di diritto sottoposta all'esame delle Sezioni unite può essere formulata nei seguenti termini: «se l'ordinanza adottata dal magistrato di sorveglianza sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-bis Ord. pen.) debba essere notificata in ogni caso anche al difensore dell'istante, sicché, ove questi ne sia privo, la notifica debba avvenire al difensore d'ufficio appositamente nominato».

Un primo orientamento di legittimità era concorde nell'affermare che «l'intervento del difensore nel procedimento ex art. 69-bis Ord. pen. non è necessario e che, in mancanza di nomina di un difensore di fiducia, il magistrato di sorveglianza non è tenuto a nominare un difensore d'ufficio; in tale ipotesi le comunicazioni e le notifiche prescritte dall'art. 69-bis, comma 1 cit. devono essere effettuate nei confronti dei soli soggetti – effettivi protagonisti del procedimento – legittimati a proporre il reclamo, ossia all'interessato e al pubblico ministero, dando luogo alla decorrenza del breve termine di dieci giorni concesso dalla legge per la proposizione del gravame, termine che non può essere “riaperto” con la nomina tardiva di un difensore».¹

Nell'ambito di questa dominante posizione in seno alla Giurisprudenza di Legittimità si era precisato che nel caso in cui l'istante abbia, invece, nominato un difensore di fiducia, l'ordinanza reiettiva del magistrato di sorveglianza – oltre che comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato – deve essere notificata anche al già nominato difensore di fiducia, ossia a

tutti i soggetti legittimati all'impugnazione.²

È utile precisare, prima di illustrare le ragioni del secondo orientamento, che tutte le decisioni passate in rassegna attribuiscono al reclamo previsto dall'art. 69-bis, comma 3, Ord. pen. natura di mezzo di impugnazione, ora qualificandolo, in termini generali, come gravame³ ora definendolo espressamente, appunto, come mezzo di impugnazione.⁴

Il secondo orientamento prendeva le mosse dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite la quale riconoscendo natura di mezzo di impugnazione al reclamo ex art. 69-bis, comma 3, Ord. pen., non condivideva il richiamato orientamento rilevando sia come il detenuto, sulla base dell'indirizzo criticato, risulta privato dell'assistenza del difensore nella delicata fase dell'impugnazione del provvedimento reiettivo del magistrato di sorveglianza sia valorizzando il rinvio operato dall'art. 69-bis, comma 1, Ord. pen. ai soggetti indicati dall'art. 127 c.p.p. e, dunque, anche al difensore del detenuto, se del caso nominato allo scopo. In questa prospettiva, quest'ultimo indirizzo riconoscendo al reclamo ex art. 69-bis, comma 3, Ord. pen. natura di mezzo di impugnazione applica al medesimo procedimento la disciplina generale in materia di impugnazioni e, segnatamente dell'art. 581 c.p.p., comma 1, lett. d), in forza del quale l'atto di impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, l'enunciazione dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto a sostegno della richiesta, previsione la cui inosservanza è sanzionata dall'inammissibilità a norma dell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. c).

Nel dare risposta al quesito sottoposto alle Sezioni unite, i Supremi Giudici ritengono di dover aderire al ragionamento delineato dall'ordinanza di rimessione convergendo verso questa soluzione sia argomenti incentrati sul dato letterale delle disposizioni in esame, sia argomenti di carattere sistematico. Prima di illustrare le ragioni dell'adesione all'orientamento espresso dall'ordinanza di rimessione, i Giudici del Supremo consesso opportunamente richiamano alcuni profili di novità introdotti dalla disciplina procedimentale relativa alla concessione della liberazione anticipata, così

¹ In tal senso cfr. Sez. 1, n. 21350 del 2008, Drago, cit.; conf. Sez. 7, sent. 17 giugno 2015, dep. 2016, n. 9623, Traorè, non mass.; Sez. 7, sent. 26 giugno 2014, n. 49859, Imparato, non mass.; Sez. 7, sent. 20 ottobre 2009, n. 45260, Ierinò, non mass.; Anche la sentenza Sez. 1, n. 47481 del 06 ottobre 2015, Teano, Rv. 265376 ribadiva che l'intervento del difensore nel procedimento ex art. 69-bis Ord. pen. non è necessario e che, di conseguenza, in mancanza di nomina fiduciaria per la specifica procedura, il giudice procedente non è tenuto a designare un difensore d'ufficio, mentre le comunicazioni e le notificazioni ai sensi dell'art. 69-bis, comma 1, cit. devono essere limitate ai soggetti che, al momento della decisione, risultavano legittimati a proporre reclamo (l'interessato e il pubblico ministero) e danno luogo alla decorrenza del termine breve di dieci giorni per la proposizione del reclamo, ossia per la forma di impugnazione stabilita dall'ordinamento avverso il provvedimento di diniego del beneficio della liberazione anticipata». Con l'unica precisazione che ove l'istante abbia, invece, nominato un difensore di fiducia, l'ordinanza reiettiva del magistrato di sorveglianza – oltre che comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato – deve essere notificata anche al già nominato difensore di fiducia, ossia a tutti i soggetti legittimati all'impugnazione (Sez. 1, sent. 27 settembre 2011, dep. 2012, n. 92 Bianco, non mass.).

² Cfr. Sez. 1, sent. 27 settembre 2011, dep. 2012, n. 92, Bianco, non mass.

³ Si veda Sez. 1, n. 21350 del 2008, Drago, cit.; Sez. 7, n. 45260 del 2009, Ierinò, cit.; Sez. 7, n. 49859 del 2014, Imparato, cit.; Sez. 7, n. 9623 del 2015, dep. 2016, Traorè, cit.

⁴ In tal senso Sez. 1, n. 47481 del 2015, Teano, cit.; Sez. 1, n. 92 del 2011, dep. 2012, Bianco, cit.

come modificata dalla L. 19 dicembre 2002, n. 277.⁵

I giudici Ermellini dopo aver richiamato i tratti essenziali della disciplina procedimentale relativa alla concessione della liberazione anticipata e dedicati rapidi cenni ad altre figure di reclamo (o istituti affini), per dare conto delle ragioni che convergono verso l'adesione all'orientamento delineato dall'ordinanza di rimessione, utilizzano il dato letterale offerto dall'art. 69-*bis* Ord. pen. Quest'ultima disposizione al comma 1 prevede che l'ordinanza del magistrato di sorveglianza che ha deciso sull'istanza di concessione della liberazione anticipata è comunicata o notificata senza ritardo ai soggetti indicati nell'art. 127 c.p.p. Il rinvio va riferito al comma 1 della disposizione codicistica, che indica, quali destinatari dell'avviso dell'udienza in camera di consiglio, le parti (nonché le altre persone interessate) e i difensori, precisando che se l'imputato è privo di difensore l'avviso è dato a quello di ufficio. Da qui una prima, significativa, indicazione a favore della tesi secondo cui tra i destinatari della notificazione dell'ordinanza (in tutto o in parte) reiettiva dell'istanza di concessione della liberazione anticipata va incluso il difensore d'ufficio, nominato dal magistrato di sorveglianza al condannato che ne sia privo, indicazione immediatamente evincibile dalla disciplina generale del procedimento in camera di consiglio richiamata dall'art. 69-*bis*, cit. e, segnatamente, dall'ultimo periodo dell'art. 127 c.p.p., comma 1. Da questo punto di vista, l'orientamento criticato finiva per "amputare", in modo del tutto ingiustificato, il rinvio all'art. 127 c.p.p., comma 1 nell'ultima parte della disposizione del codice di rito, relativa appunto alla necessaria nomina del difensore d'ufficio al condannato che ne sia privo. Dagli ulteriori commi dell'art. 127 c.p.p. non si traggono indicazioni contrastanti con la ricostruzione indicata, posto che, anzi, a venire in rilievo potrebbe essere solo il comma 7 (in tema di comunicazione o

⁵ La novella si era posta come principale obiettivo: a) esigenze di snellimento procedurali trasferendo la competenza a decidere dal tribunale di sorveglianza, al magistrato di sorveglianza che si pronuncia con ordinanza adottata in camera di consiglio «senza la presenza delle parti» non prima di quindici giorni dalla richiesta di parere al pubblico ministero, termine il cui inutile decorso consente al giudice di pronunciarsi comunque; b) il contraddittorio pieno è assicurato dalla fase eventuale introdotta dal reclamo al tribunale di sorveglianza, di cui non può far parte il magistrato di sorveglianza già pronunziatosi sull'istanza giusta art. 69-*bis*, co. 4, l. n. 354/1975); c) l'ordinanza che ha deciso sull'istanza di concessione della liberazione anticipata è comunicata o notificata senza ritardo ai soggetti indicati nell'art. 127 c.p.p. il cui rinvio va riferito al co. 1 dell'art. 127 c.p.p. che indica, quali destinatari dell'avviso dell'udienza in camera di consiglio, le parti (nonché le altre persone interessate) e i difensori; se l'imputato è privo di difensore l'avviso è dato a quello di ufficio; d) un allargamento dell'ambito di operatività della liberazione anticipata, con la previsione che ai fini delle riduzioni di cui all'art. 54 Ord. pen. possono essere presi in considerazione anche i semestri espriati dal condannato in affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47, comma 12-*bis*, Ord. pen., aggiunto dall'art. 3 della L. n. 277 del 2002.

notificazione dell'ordinanza adottata all'esito dell'udienza camerale) che, però, fa riferimento al comma 1. La lettura coordinata dell'art. 69-*bis*, comma 1, Ord. pen. e dell'art. 127 c.p.p., comma 1, induce allora a ritenere che il difensore – d'ufficio nel caso in cui il condannato ne sia privo – vada considerato tra i destinatari della notificazione dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza. La conclusione appena raggiunta trova riscontro nella positiva definizione dei soggetti legittimati all'impugnazione del provvedimento adottato dal magistrato di sorveglianza, soggetti che il comma 3 dell'art. 69-*bis* Ord. pen. individuano nell'interessato, nel pubblico ministero e nel difensore; figura, quest'ultima, che alla luce del precedente rilievo, include non solo il difensore di fiducia designato dal condannato prima della decisione sull'istanza, ma anche – nel caso in cui alla nomina fiduciaria non abbia provveduto l'interessato – quello d'ufficio nominato dal magistrato di sorveglianza e destinatario della notificazione del suo provvedimento.

L'orientamento espresso dalla ordinanza di rimessione trova conferme anche sul piano sistematico.

In quest'ottica, muovendo dal rilievo che il reclamo avverso l'ordinanza in tema di concessione della liberazione anticipata ha natura di mezzo di impugnazione, la giurisprudenza di legittimità ritiene che il reclamo stesso, essendo assoggettato alle regole generali che disciplinano le impugnazioni, debba essere sostenuto, a pena di inammissibilità, da motivi⁶ che rispetto ad esso trovino applicazione le norme relative alle modalità di presentazione⁷. Del resto, sintomatica della natura di mezzo di impugnazione rivestita dal reclamo ex art. 69-*bis*, comma 3, Ord. pen. è l'esplicita previsione che, del collegio del tribunale di sorveglianza chiamato a pronunciarsi sul reclamo non può far parte il magistrato che ha adottato il provvedimento impugnato (art. 30-*bis*, comma 5, Ord. pen., richiamato dall'art. 69-*bis*, comma 4, Ord. pen.).

La natura impugnatoria rivestita dal reclamo ex art. 69-*bis*, comma 3, Ord. pen. assicura alla disciplina introdotta dalla L. n. 277 del 2002 la necessaria consonanza con i principi costituzionali e, segnatamente, con il diritto di difesa. Trova così conferma la necessità dell'intervento del difensore già nella fase immediatamente successiva all'adozione dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza, così da consentire al condannato di avvalersi del contributo del difensore – di fiducia o, in mancanza, d'ufficio – nella scelta relativa

⁶ In tal senso cfr. Sez. 1, sent. 05 dicembre 2011, dep. 2012, n. 993, Parisi, Rv. 251678; Sez. 1, sent. 18 novembre 2008, n. 48152, Trasmondi, Rv. 242655.

⁷ Cfr. Sez. 1, sent. 15 maggio 2015, n. 23371, Piacente, Rv. 263614, in tema di presentazione del reclamo presso la cancelleria del tribunale dove si trovava il difensore; Sez. 1, sent. 11 ottobre 2018, dep. 2019, n. 2150, Natale, Rv. 276384, in tema di presentazione del reclamo per il tramite del servizio postale; che al tribunale di sorveglianza spettino poteri istruttori integrativi (Sez. 1, sent. 17 maggio 2013, n. 23934 Nardi, Rv. 256142).

all'an della presentazione del reclamo e, poi, nella predisposizione dell'atto di impugnazione. In particolare, la Corte costituzionale ha affermato, in tema di esecuzione penale, che il diritto di difesa «comprende in sè, oltre la facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche, ove egli non la eserciti, l'obbligo per lo Stato di provvedere alla difesa di lui, con la nomina di un difensore» e questa esigenza, sul piano del diritto costituzionale, trova «tutela nell'art. 24, ove questo sia letto in collegamento con l'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale e con l'art. 3 che, tutelando il principio di eguaglianza, postula che, in quel processo, la difesa d'ufficio debba essere sempre, sussidiariamente, presente, in tutti i casi che siano da considerarsi equivalenti sul piano della tutela della libertà dell'inquisito»⁸.

Anche sul piano squisitamente umanitario, il Giudice delle leggi aveva evidenziato come «l'interesse umano oggetto del procedimento, vale a dire quello supremo della libertà personale»⁹ deve essere garantito dall'assistenza tecnica del difensore da considerarsi obbligatoria anche attraverso la nomina dello stesso d'ufficio. Del resto, una tale sistematica interpretazione poteva ricavarsi anche dal punto 96 dell'art. 2 della legge di delegazione 16 febbraio 1987, n. 81 (recante «Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale») la quale prescriveva «garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza», «necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali, in materia di esecuzione» e «impugnabilità dei provvedimenti del giudice», in una prospettiva descritta dal giudice delle leggi come finalizzata al rispetto integrale delle «garanzie costituzionali del diritto di difesa e della tutela della libertà personale anche nella fase esecutiva della pena, in coerenza con il progetto rieducativo che questa sottende» (Corte Cost., sent. n. 53 del 1993).

Una prospettiva, questa, che non può rinunciare alla presenza del difensore, se del caso d'ufficio, al momento sia delle determinazioni in ordine alla presentazione del reclamo avverso l'ordinanza, anche in parte, reiettiva dell'istanza di concessione della liberazione anticipata, sia dell'individuazione dei contenuti del reclamo che il condannato abbia deciso di presentare.

Alla luce delle considerazioni espresse, i Supremi Giudici hanno enunciato il seguente principio di diritto: «L'ordinanza del magistrato di sorveglianza che decide sull'istanza di concessione della liberazione anticipata (art. 69-*bis*, comma 1, Ord. pen.) deve essere

in ogni caso notificata al difensore del condannato, se del caso nominato d'ufficio, legittimato a proporre reclamo. Quest'ultimo è soggetto alla disciplina generale delle impugnazioni».

⁸ In questo senso Corte Cost., sent. n. 69 del 1970, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del previgente codice di rito, nella parte in cui non prevedeva che, nel procedimento per incidenti di esecuzione, all'interessato fosse nominato d'ufficio un difensore, ove egli non avesse provveduto a nominarne uno di fiducia.

⁹ In questi termini Corte Cost., sent. n. 53 del 1968.

a cura di

Andrea Alberico

Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale, Avvocato

Rassegna di legittimità

Istituti di prevenzione e di pena (ordinamento penitenziario) – Liberazione anticipata – Provvedimento del magistrato di sorveglianza – Notifica al difensore – Necessità – Reclamo ex art. 69-bis l. n. 354 del 1975 – Natura giuridica.

L'ordinanza che decide sull'istanza di concessione della liberazione anticipata deve essere in ogni caso notificata al difensore del condannato, se del caso nominato d'ufficio, che è legittimato a proporre reclamo, quale strumento soggetto alla disciplina delle impugnazioni.

Cass., sez. un., sentenza 25 febbraio 2021, n. 12851

(dep. 01 aprile 2021) Rv. 280736

Pres. Cassano, Rel. Caputo, Imp. Diletto, P.M. Cocomello (Conf.)

Annulla con rinvio, Tribunale di Sorveglianza di Roma

Pena – Estinzione (cause di) – Liberazione condizionale – Impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato – Interessamento del condannato per le persone offese dal reato – Rilevanza – Fattispecie.

In tema di liberazione condizionale il fatto che risulti dimostrata la obiettiva impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, secondo quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 176 cod. pen., non esclude che la manifestazione o meno di interesse per la vittima e di intendimenti di riparazione, se non sul piano materiale, quanto meno su quello morale, possano essere legittimamente valutati dal giudice ai fini del giudizio in ordine alla sussistenza o meno del requisito del ravvedimento. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure il provvedimento di diniego di concessione del beneficio nei confronti di un condannato il quale si era limitato a dedurre una situazione di indisponibilità economica, senza fornire indicazioni utili a far ritenere la decisività della stessa ai fini dell'inosservanza dei doveri di ristoro nei confronti delle persone offese e senza far riferimento ad alcun percorso di revisione critica attivato dopo l'esecuzione della pena). (Conf. n. 1635 del 1992. Rv. 190107).

Cass., sez. 1, sentenza 24 febbraio 2021, n. 12782

(dep. 02 aprile 2021) Rv. 280864

Pres. Mancuso, Rel. Centonze, Imp. Minichini, P.M. Casella (Conf.)

Dichiara inammissibile, Tribunale di Sorveglianza di Potenza

Persona giuridica – Società – In genere – Responsabilità da reato degli enti – Reati colposi – Criteri di imputazione oggettiva – Interesse – Violazione sistematica della normativa antinfortunistica – Necessità – Esclusione – Trasgressione isolata – Sufficienza – Condizioni.

In tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante dal reato di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica, il criterio di imputazione oggettiva dell'interesse può sussistere anche in relazione a una trasgressione isolata dovuta ad un'iniziativa estemporanea, senza la necessità di provare la natura sistematica delle violazioni antinfortunistiche, allorché altre evidenze fattuali dimostrino il collegamento finalistico tra la violazione e l'interesse dell'ente.

Cass., sez. 4, sentenza 24 marzo 2021, n. 12149

(dep. 31 marzo 2021) Rv. 280777

Pres. Piccialli, Rel. Cappello, Imp. Rodenghi, P.M. Tampieri (Conf.)

Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Brescia

Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato – Presupposti – Richiesta di giudizio abbreviato non condizionato – Rigetto – Abnormità – Esclusione – Ragioni – Nullità a regime intermedio – Sussistenza.

Non è abnorme l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare respinga la richiesta di giudizio abbreviato non condizionato, potendo l'imputato riformulare l'istanza nella sede propria del giudizio, ma è tuttavia configurabile

una nullità generale “a regime intermedio”, non più deducibile ove la richiesta non venga riproposta prima dell’apertura del dibattimento.

Cass., sez. 5, sentenza 12 marzo 2021, n. 14050
(dep. 14 aprile 2021) Rv. 280868
Pres. De Gregorio, Rel. Tudino, Imp. Corradini
Rigetta, Giudice Udienza Preliminare Terni

Reati contro il patrimonio – Delitti – Furto – Circostanze attenuanti – Circostanza attenuante della collaborazione – Nozione – Accertamento – Fattispecie.

Ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all’art. 625-bis cod. pen., il colpevole deve fornire un contributo collaborativo significativo per l’individuazione dei complici del furto o dei responsabili della ricettazione della cosa sottratta, la cui utilità e concretezza è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso l’attenuante della collaborazione in relazione alla chiamata in correità di un soggetto che aveva già reso piena ed immediata confessione).

Cass., sez. 5, sentenza 17 dicembre 2020, n. 13386
(dep. 09 aprile 2021) Rv. 280850
Pres. Catena, Rel. Guardiano, Imp. Dondolini, P.M. Epidendio (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Firenze

Reati contro la famiglia – Delitti contro lo stato di famiglia – Alterazione di stato – falsità nella formazione di un atto di nascita – Atto di nascita già formato – Successive false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona – Configurabilità del reato – Esclusione – Ragioni.

Il reato di alterazione di stato di cui all’art. 567, comma secondo, cod. pen. è integrato quando le false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona sono rese al momento della formazione dell’atto di nascita, mentre, se intervengano successivamente, è configurabile la meno grave fattispecie di falsa dichiarazione in atto dello stato civile, prevista dall’art. 495, comma secondo, n. 1 cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che l’elemento di discriminazione tra le due ipotesi delittuose va ravvisato nel fatto che solo la falsità espressa al momento della dichiarazione di nascita è idonea a determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre, quella intervenuta successivamente, altera, “ex post”, lo status correttamente acquisito in precedenza).

Cass., sez. 6, sentenza 25 febbraio 2021, n. 13751
(dep. 13 aprile 2021) Rv. 280854
Pres. Bricchetti, Rel. Di Geronimo, Imp. C. P.M. Epidendio (Diff.)
Annulla senza rinvio, Corte di Appello di Milano

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – violenza sessuale – In genere – Pene accessorie di cui all’art. 609–nonies cod. pen. – Applicabilità ai minori degli anni diciotto in caso di pena detentiva inferiore a cinque anni – Esclusione – Ragioni.

In tema di reati contro la libertà sessuale, l’applicabilità delle pene accessorie di cui all’art. 609–nonies cod. pen., ancorché prevista «in ogni caso» dalla norma, è esclusa, ai sensi dell’art. 98, comma secondo, cod. pen., nei confronti dei minori degli anni diciotto, condannati a pena detentiva inferiore a cinque anni, in quanto l’esigenza di diversificare il trattamento sanzionatorio del minore dalla disciplina punitiva generale risulta prevalente in ragione della funzione educativa riconosciuta alla pena nel procedimento minorile.

Cass., sez. 3, sentenza 19 febbraio 2021, n. 13267
(dep. 09 aprile 2021) Rv. 280865
Pres. Sarno, Rel. Corbo, Imp. B., P.M. Baldi (Diff.)
Annulla senza rinvio, Corte di Appello Sez. Minorenni Genova

Reati contro la persona – Delitti contro l’onore – Diffamazione – Col mezzo della stampa – Dimissioni del direttore responsabile – Esonero dalla responsabilità per omesso controllo ex art. 57 cod. pen. – Condizioni.

In tema di diffamazione a mezzo stampa, la mera presentazione delle dimissioni dall’incarico da parte del direttore responsabile non è di per sé causa di esonero da responsabilità per l’omesso controllo della pubblicazione ai sensi dell’art 57 cod. pen., rimanendo egli investito della posizione di garanzia fino al momento in cui non si sia esaurita la procedura di aggiornamento della registrazione prevista dall’art. 6, legge 20 gennaio 1948, n. 47.

Cass., sez. 5, sentenza 16 febbraio 2021, n. 13069
(dep. 07 aprile 2021) Rv. 280867
Pres. Miccoli, Rel. Scordamaglia, Imp. Fazzo, P.M. (Parz. Diff.)
Annulla senza rinvio, Corte di Appello di Cagliari

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Revoca, modificazione o sospensione – Confisca di prevenzione – Revocazione – Prova nuova – Nozione.

In tema di confisca di prevenzione, la prova nuova, rilevante ai fini della revoca “ex tunc” della misura, è sia quella preesistente e scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva, sia quella sopravvenuta rispetto alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di essa, ma non anche quella deducibile e non dedotta nell’ambito del suddetto procedimento.

Cass., sez. 1, sentenza 16 febbraio 2021, n. 12762

(dep. 02 aprile 2021) Rv. 280800

Pres. Siani, Rel. Rocchi, Imp. Roberto, P.M. Senatore (Conf.)

Rigetta, Corte di Appello di Reggio Calabria

Termini processuali – Restituzione nel termine – In genere – Carcerazione sopravvenuta – Mancata conoscenza del processo – Incidenza della condizione restrittiva sulla mancata conoscenza del processo – Accertamento d’ufficio del giudice dell’esecuzione – Necessità – Omissione – Conseguenze.

In tema di restituzione nel termine per l’impugnazione della sentenza contumaciale, il giudice dell’esecuzione è tenuto ad accertare d’ufficio l’incidenza sul presupposto della mancata conoscenza del procedimento del legittimo impedimento dell’imputato conseguente al suo stato di detenzione, sopravvenuto rispetto all’instaurazione del processo, sicchè, ove rigetti l’istanza senza aver effettuato tale accertamento, si verifica una nullità di ordine generale ai sensi dell’art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.

Cass., sez. 1, sentenza 24 febbraio 2021, n. 12770

(dep. 02 aprile 2021) Rv. 280684

Pres. Mancuso, Rel. Centonze, Imp. Palocci, P.M. Cimmino (Diff.)

Annulla con rinvio, Tribunale di Roma

a cura di
Giuseppina Marotta
Avvocato

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Incauto acquisto – Ricettazione: differenze e presupposti.

(art. 712 – 648 c.p.)

Il discrimen tra i due reati di ricettazione ed incauto acquisto risiede infatti nell'atteggiamento psicologico dell'agente desumibile dalla modalità della condotta e dalla natura del bene acquistato. In particolare secondo la S.C. in tema di ricettazione ricorre il dolo nella forma eventuale quando l'agente ha consapevolmente accettato il rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di illecita provenienza, non limitandosi ad una semplice mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della cosa, che invece connota l'ipotesi contravvenzionale dell'acquisto di cose di sospetta provenienza.

Tribunale Nola, G.O.T. Liccardo, sentenza 26 marzo 2021, n.703

Patrocinio infedele: condotta penalmente rilevante – Presupposti.

(art. 380 c.p.)

Il reato di patrocinio infedele può estrinsecarsi nella mala gestio da parte di un difensore nel curare un incarico fiduciario ricevuto, indipendentemente dall'attuale svolgimento di un'attività processuale e della pendenza della lite, potendosi estrinsecare anche in un'infedele attività stragiudiziale, ma è necessario che si sia instaurato ab origine un rapporto con l'Autorità Giudiziaria.

Tribunale Napoli, G.M. Scandone, sentenza 19 marzo 2021, n. 2633.

Sottrazione di minori: fattispecie astratte.

(art. 574 c.p.)

Due sono le fattispecie individuabili rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 574 cp: la prima consistente nel fatto di chiunque sottragga o ritenga contro la volontà del genitore esercente la responsabilità, del tutore, del curatore o di chi ne abbia la vigilanza o la custodia, un minore degli anni 14 o un infermo di mente.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

Sottrazione di minori: assenza di provvedimento di affidamento – Condotta rilevante – Presupposti.

(art. 574 c.p.)

In assenza di un provvedimento del giudice di affidamento del minore ad uno dei genitori con conseguente attribuzione della potestà genitoriale in via esclusiva al genitore affidatario la predetta potestà spetta, invero, ad entrambi i genitori che sono contitolari di poteri – doveri disciplinati dall'art. 316 c.c. Integra il reato la condotta del genitore che, in assenza di specifici provvedimenti di affidamento del giudice civile, sottragga il figlio minore alla vigilanza ed all'educazione dell'altro genitore. Ciò non significa che in caso di sottrazione di un minore ad opera di uno dei due titolari della potestà genitoriale in danno dell'altro non sia configurabile il delitto dell'art. 574 cp. Tuttavia affinché la condotta di una dei coniugi possa integrare l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 574 cp, è necessario che il comportamento dell'agente porti ad una globale sottrazione del minore alla vigilanza dell'altro genitore, così da impedirgli l'esercizio della funzione educativa ed i poteri inerenti all'affidamento, rendendogli impossibile l'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore stesso e della società. Ebbene, dal momento che il delitto di cui all'art. 574 cp è plurioffensivo in quanto lede non soltanto il diritto di chi esercita la potestà del genitore, ma anche quello del figlio a vivere nell'habitat naturale per integrare il delitto contestato è necessario che l'agente prenda con sé

il figlio contro la volontà dell'altro genitore per un periodo di tempo rilevante tanto da impedire all'altro genitore di esplicare la propria potestà e di sottrarre il bambino dal luogo di abituale dimora.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

Sottrazione di minori: diritto di visita del padre – Dissenso dei figli minori – Irrilevanza.

(art. 574 c.p.)

La condotta della madre che impedisce gli incontri dei figli con il padre non è scriminata dal consenso espresso in tal senso dagli stessi minori, essendo irrilevante il consenso del minore infraquattordicenne la cui immaturità è sempre presunta, e che al più potrà rilevare come circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62 c. 5 cp.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

Sottrazione di minori: condotta del genitore – Trattenimento del minore.

(art. 574 c.p.)

In ordine al reato ex art. 574 cp, di sottrazione di minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale, della quale entrambi sono titolari in modo paritario, l'elaborazione giurisprudenziale chiarisce come occorra accertare un comportamento dell'agente che porti ad una sottrazione globale, e quindi radicata e sufficientemente protratta, del minore alla vigilanza dell'altro genitore si da impedirgli l'esercizio delle funzioni educative e di cura, rendendogli impossibile l'ufficio che gli è stato conferito e che tuttavia "la condotta del genitore – oltre ad impedire all'altro per un arco di tempo rilevante l'esercizio delle varie manifestazioni della responsabilità genitoriale, estromettendolo dalle scelte fondamentali riguardanti l'esistenza del figlio – deve peraltro essere tale da determinare un improvviso stravolgimento del normale contesto di vita in cui il minore si trovava inserito." Il suddetto passaggio interpretativo, dà concretezza alla previsione di "sottrazione e trattenimento" del minore in una prospettiva non solo di interpretazione del dato testuale ma di parallelo discernimento delle condotte di rilievo penale all'interno di quelle, anche conflittuali od oppostive, che rimangono di rilevanza civile, nella cognizione delle autorità giudiziarie competenti (giudice civile e tribunale per i minori) con il supporto dei servizi sociali e competenze professionali di ausilio. Deve quindi ritenersi che sottrazione/trattenimento del minore indichi un dato materiale a cui è riconnesso dall'ordinamento il segnale di maggiore pericolosità e rischio per gli interessi protetto, preminente quello del minore quale destinatario degli oneri e delle facoltà facenti capo al titolare della responsabilità genitoriale ed è il minore al centro della tutela, che a fronte di siffatte evenienze subisce una obiettiva variazione delle condizioni di vita e delle modalità di relazione con genitore; il dato obiettivo dello stravolgimento radicale dell'ambiente di vita insito nella sottrazione o trattenimento costituisce al contempo riferimento delle valutazioni sul dolo.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

Sottrazione di minori: elementi costitutivi – Negazione del diritto di visita dell'altro genitore – Sussistenza del reato.

(art. 574 c.p.)

In tema di delitti contro la famiglia integra il reato di sottrazione di persone incapaci di cui all'art. 574 cp, la condotta del genitore che impedisce all'altro genitore, contitolare della potestà genitoriale, di esercitare il suo diritto di visita nei confronti del figlio. La possibile condotta di sottrazione coincide, infatti, con la negazione del diritto di visita ovvero come allontanamento del minore dall'ambiente di abituale dimora, ovvero di trattenimento del minore contro la volontà del contitolare della potestà genitoriale. La fattispecie richiede, cioè, che il minore sia sottratto totalmente alla vigilanza dell'altro genitore così da rendere a quest'ultimo impossibile l'esercizio della potestà genitoriale.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

CODICE PROCEDURA PENALE

Impugnazioni – Appello: riforma della sentenza di assoluzione – Presupposti.

(art. 605 c.p.p.)

La riforma della sentenza di assoluzione non può essere basata su valutazioni semplicemente diverse dello stesso compendio probatorio, qualificate da pari o persino minore razionalità e plausibilità rispetto a quelle sviluppate dalla sentenza di primo grado (cfr. ex plurimis Cass. Pen. Sez. VI 22/11/2011 n. 20656, secondo cui il giudizio di condanna presuppone la certezza processuale della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, bensì la semplice non certezza – e dunque, anche il dubbio ragionevole – della colpevolezza).

Corte di Appello Napoli, sez. V, sentenza 11 gennaio 2021, n. 112

Pres. Rovida, Est. Gaudino

Impugnazioni: ricorso per cassazione della parte civile – Sentenza di appello confermativa dell'assoluzione di primo grado non impugnata – Inammissibilità.

(art. 576 c.p.p.)

È inammissibile il ricorso per cassazione proposto dalla parte civile avverso la sentenza di appello, quando la stessa non abbia impugnato la decisione assolutoria di primo grado, confermata dalla Corte di Appello a seguito di impugnazione proposta dal solo pubblico ministero. Riconosciuta la immanenza della costituzione di parte civile nel corso dell'intero processo penale e la possibilità della stessa parte civile non impugnante di giovare dell'effetto favorevole derivante dall'appello del pubblico ministero (in particolare, della pronuncia di condanna dante luogo a responsabilità civile), si è stabilito che il giudizio di impugnazione si risolve in una conferma della sentenza (assolutoria) sfavorevole alle ragioni della parte civile, queta, non avendo proposto appello, non è legittimata a proporre ricorso per cassazione.

Corte di Assise di Appello di Napoli, sez. V, sentenza 23 marzo 2021, n. 28

Pres. Romano, Est. Taddeo

Prova documentale: consulenza depositata in processo civile – Acquisizione – Ammissibilità.

(art. 234 c.p.p.)

È legittima l'acquisizione nel processo penale della consulenza tecnica depositata nel procedimento civile non ancora definito con sentenza passata in giudicato, attesa la natura di prova documentale alla luce della nozione generale di documento contenuta nell'art. 234 cpp.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

Valutazione della prova: deposizione della persona offesa – Credibilità – Vaglio – Criteri.

(art. 192 c.p.p.)

Le regole dettate dall'art. 192 c. 3 cpp, non si applicano alle dichiarazioni rese dalla medesima le quali possono essere legittimamente poste da sole a ondata dell'affermazione di responsabilità, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che in tal caso deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello a cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, e ciò al fine di escludere la manipolazione dei contenuti dichiarativi.

Dette conclusioni appaiono tanto più giustificate se la persona offesa non si sia costituita parte civile, dal momento che, in tal caso, il valore delle dichiarazioni rese non subisce alcuna attenuazione, essendo il proprio coinvolgimento nel fatto assai più sfumato e potendosi parificare detta posizione a quella di qualunque altro dichiarante non coinvolto nel fatto a ragione della totale assenza di interessi di carattere patrimoniale.

Leggermente diverso è il caso in cui la p.o. si sia costituita parte civile. In tali ipotesi le SS.UU. hanno infatti affermato che può essere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi qualora la p.o. si sia costituita parte civile e sia perciò portatrice di una specifica pretesa economica la cui soddisfazione discenda dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato. In questa ipotesi la giurisprudenza di legittimità, nel prendere in considerazione la possibilità di valutare l'attendibilità estrinseca della testimonianza dell'offeso attraverso la individuazione di precisi riscontri, si esprime in termini di opportunità e non di necessità, lasciando quindi al giudice di merito un ampio margine di apprezzamento circa le modalità di controllo della attendibilità nel caso concreto.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 19 gennaio 2021, n. 105

LEGGI PENALI SPECIALI**Armi: omessa denuncia degli eredi in caso di morte del detentore – Sussistenza del reato.**

(art. 2 L. 895/67)

In caso di morte del soggetto che ha proceduto alla denuncia di un'arma alla competente autorità, incombe obbligo di ripetere eguale denuncia pure alla persona cui, a qualsiasi titolo, perviene successivamente in disponibilità la stessa arma. L'omissione di tale incombenza integra il reato di cui all'art. 2 della L. 895/67.

Tribunale Avellino, G.I.P. Cassano, sentenza 2 marzo 2021, n. 77

Armi: detenzione illegale di arma e di munizioni – Concorso di reati.

(art. 697 c.p.)

La detenzione illegale di munizioni non denunciate all'autorità di p.s. integra il reato di cui all'art. 697 c.p., che concorre con quello di detenzione di arma essendo il numero delle munizioni eccedente di gran lunga la capacità di carica dell'arma.

Tribunale Avellino, G.I.P. Cassano, sentenza 2 marzo 2021, n. 77

Pubblico impiego: falsa attestazione della presenza in servizio – Modalità fraudolente – Assenza dal lavoro – Presupposto per integrare il reato.

(art. 55-quinquies d.lgs. 165/2001)

La fattispecie di cui all'art. 55 quinquies del d.lgs 30/3/2001 n. 165, prescinde dal danno in senso patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione incidendo sulla organizzazione dell'ente, mediante la arbitraria modifica degli orari prestabiliti di presenza in ufficio, e compromettendo gravemente il rapporto fiduciario che deve legare l'ente al suo dipendente. Tale indirizzo ermeneutico presuppone comunque per la configurabilità dell'ipotesi di reato di cui si discute, che vi sia stata un'assenza dal servizio, benchè non quantificabile in termini di danno patrimoniale. Conforta questa interpretazione l'indirizzo della S.c. espresso nel seguente arresto dove si legge che tra: "le altre modalità fraudolente che integrano il delitto di falsa attestazione della presenza in servizio di dipendenti di una pubblica amministrazione previsto dall'art. 55 quinquies rientra l'abusiva timbratura del proprio o dell'altrui badge ovvero la consegna del proprio badge ai colleghi per risultare falsamente in servizio o l'utilizzo del tesserino elettronico di altri dipendenti pubblici per attestarne la presenza in ufficio. La timbratura per altri dipendenti o la consegna del proprio badge ai colleghi per essere penalmente rilevante postula l'assenza dal lavoro e la finalità di far risultare falsamente in servizio.

Tribunale Nola, G.M. Luzzi, sentenza 19 gennaio 2021, n. 112

Diritto amministrativo

IL MERITO NEL CONCORSO E NELLA <i>PERFORMANCE</i> NEL PUBBLICO IMPIEGO E L'INDIPENDENZA DELL'O.I.V.	326
di Enrico Follieri	
LE DINAMICHE DEL REGIONALISMO DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19 DINNANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE. <i>Nota a Corte costituzionale 12.3.2021, n. 37.</i>	333
di Camilla Della Giustina	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	346
a cura di Almerina Bove	



Il merito nel concorso e nella performance nel pubblico impiego e l'indipendenza dell'O.I.V.*

abstract

The lesson aims to highlight that the public sector is dominated by merit in the access, with the competition, and in the conduct of the relationship through the performance which presents an insuppressible discretionary moment which requires an independent body that ensures an unbiased assessment, in order to use merit as a spring for the individual growth of the employee and of the administrative structure.

The examination of regulatory regime of the "Organismo Indipendente di valutazione" (O.I.V.) aims to verify whether there are subjective conditions (personal situation and appointment of the O.I.V. members) and objective ones (organization, staff, and financial means) to assert the independence of the O.I.V.

keywords

Merit – Public examination – Performance – Organismo Indipendente di Valutazione – Public Sector.

abstract

La lezione ha l'obiettivo di evidenziare che il pubblico impiego è dominato dal merito nell'accesso, con il concorso, e nello svolgimento del rapporto attraverso la performance che presenta un insopprimibile momento discrezionale il quale richiede un organismo indipendente che assicuri una valutazione imparziale affinché il merito diventi una molla per la crescita individuale del dipendente e della struttura amministrativa.

L'esame della disciplina normativa dell'Organismo Indipendente di valutazione (O.I.V.) è testo a verificare se sussistono le condizioni soggettive (situazione personale e nomina di componenti O.I.V.) e oggettive (organizzazione, personale e mezzi finanziari) per affermare l'indipendenza dell'O.I.V.

parole chiave

Merito – Concorso pubblico – Performance – Organismo Indipendente di Valutazione – Pubblico Impiego.

sommario

1. I principi che disciplinano l'accesso e l'esecuzione del rapporto di pubblico impiego. – **2.** Il "merito" nel concorso pubblico. – **3.** Il "merito" nel rapporto di pubblico impiego: la performance. – **4.** Gli obiettivi di

quantità e quelli di qualità. – **5.** L'organismo indipendente di valutazione (O.I.V.). – **6.** Conclusioni.

1. I principi che disciplinano l'accesso e l'esecuzione del rapporto di pubblico impiego

La individuazione del soggetto con cui l'amministrazione costituisce il rapporto di pubblico impiego segue delle regole particolari e diverse rispetto all'impiego privato. In quest'ultimo, la scelta è rimessa all'autonomia del datore di lavoro e non ha una particolare disciplina normativa, salvo eccezioni, come, ad esempio, il rispetto nell'assunzione di una aliquota di personale appartenente alle c.d. categorie protette.

Invece, per il rapporto di lavoro pubblico, la libera scelta è sostituita da regole per l'assunzione che, a seconda delle epoche e degli ordinamenti giuridici, cambiano e storicamente vi sono stati più sistemi selettivi; così il "posto" poteva essere acquistato, trasferito in eredità o donato etc.

La necessità delle regole per il conferimento del posto di lavoro trova fondamento nella circostanza che il pubblico impiegato, oltre al rapporto di servizio consistente nella prestazione della sua attività verso la retribuzione, ha anche un rapporto di ufficio con l'amministrazione, nel senso che esercita una pubblica funzione. Questo, ovviamente, non riguarda i livelli più bassi e a carattere essenzialmente manuale del lavoro pubblico.

Con la rivoluzione francese, si comincia a prevedere che il pubblico impiegato vada selezionato per merito, non solo per il principio di uguaglianza che deve consentire ai più capaci lo svolgimento delle funzioni pubbliche, a prescindere dall'estrazione sociale, ma anche per rendere più efficiente l'azione amministrativa.

Il rapporto di pubblico impiego nel nostro Paese è ancorato, all'attualità, alla normativa costituzionale che garantisce a "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso" di poter accedere agli uffici pubblici "in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge" (art. 51 Cost.) "mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge" (art. 97 Cost.), con prestazioni da svolgere "al servizio della Nazione" (art. 98 Cost.), da

* Lezione tenuta per il «Corso di formazione per componenti OIV: "Performance Management"» A.A. 2020/2021, organizzato dall'Università Telematica Pegaso s.r.l., Napoli.

adempiere “con disciplina ed onore” (art. 54 Cost.), per assicurare “il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione” (art. 97 Cost.).

I principi che disciplinano l'accesso al pubblico impiego sono: la generalità (“*Tutti*”), l'uguaglianza e il merito (concorso).

Nell'esecuzione del rapporto rilevano: l'imparzialità (al servizio della Nazione e assicurando l'imparzialità), il rispetto della legalità (adempimento con disciplina ed onore) e l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa (il buon andamento).

2. Il “merito” nel concorso pubblico

Ognuno di questi principi necessiterebbe di approfondimento e specificazione, soprattutto evidenziando le eccezioni ad essi che, a volte, assumono rilevanza notevole anche per la frequenza della violazione.

Si pensi al concorso che individua tra più concorrenti quelli che hanno la competenza professionale per ricoprire i posti banditi e rappresenta la sublimazione del merito, che non è discriminatorio e rispetta l'essenziale parametro dell'uguaglianza “*senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni, personali e sociali*” (art. 3 Cost.).

Inoltre, il concorso è funzionale all'imparzialità e buon andamento degli uffici perché la scelta per merito prescinde dagli interessi di una parte politica o dall'appartenenza ad un gruppo o ad altri interessi di parte.

Questo strumento tanto importante viene, però, eluso dal legislatore quando si assuma personale precario a tempo determinato e, poi, lo si “*stabilizza*”, immettendolo in ruolo, di cui vi sono numerosi esempi nella storia recente del nostro Paese.

Ciò comporta il superamento del sistema del merito sostituito dalla scelta fiduciaria del politico di turno.

Una elusione più sottile si ha quando si assicura una parità solo formale tra i candidati e non si rimuovono “*gli ostacoli di ordine economico e sociale*” che limitano di fatto l'uguaglianza (art. 3, comma 2, Cost.) dei partecipanti al concorso pubblico.

Ad esempio, normalmente il bando di concorso indica le materie oggetto delle prove selettive con riferimento all'insegnamento universitario (diritto amministrativo, diritto civile etc.), senza ulteriore specificazione di un elenco degli argomenti, e non riporta, se non raramente, i criteri per la valutazione delle prove.

Questa mancanza di informazioni favorisce, di fatto, quei candidati che hanno più mezzi economici e personali da dedicare allo studio, stante l'ampiezza dell'oggetto della prova d'esame, o che sono vicini ad un certo ambiente che consente di avere indicazioni per indirizzare lo studio verso certi argomenti rispetto ad altri, approfondendo il solco discriminante tra gruppi sociali. Il vantaggio di cui usufruiscono i c.d. figli d'arte verrebbe ad essere in parte neutralizzato, se il bando fosse più prodigo di informazioni per i candidati.

Il concorso pubblico che premia il merito ha bisogno di cure ed attenzioni da parte del legislatore e, soprattutto, da parte dell'amministrazione che lo bandisce, perché rappresenta un valore sotto più profili per: il vincitore del concorso a cui viene garantito il posto di lavoro, salvo atti e comportamenti incompatibili con il mantenimento del posto; tutti i cittadini i quali possono pretendere che il dipendente non agisca per scopi politici o, comunque, a favore di certi interessi invece che perseguire il fine pubblico; l'organizzazione amministrativa che si avvantaggia di personale capace di assicurare efficienza ed efficacia; la società e gli utenti dei servizi che possono fare affidamento su personale qualificato in grado di soddisfare le loro esigenze.

E questo valore – il merito – è presente durante lo svolgimento del rapporto di lavoro perché la garanzia del posto non demotivi il dipendente.

3. Il “merito” nel rapporto di pubblico impiego: la performance

Il merito che viene considerato nell'accesso al pubblico impiego è un punto di riferimento anche nello svolgimento del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione per la carriera, per le retribuzioni c.d. accessorie e per le “*premierità*”, così come il “*demerito*” può costituire il presupposto anche per la cessazione del rapporto.

La rilevanza del merito nel rapporto di lavoro pubblico è una costante che, nel diritto positivo vigente, consiste nella misurazione e valutazione della *performance* del dipendente.

Sul piano terminologico si parla di *performance* che significa una serie di risultati conseguiti dall'azione amministrativa e dal dipendente a cui questa è imputata e che è espressione la quale racchiude un più ampio ventaglio di risultati rispetto alla produttività che appare riduttiva, riferendosi essenzialmente al fattore economico.

Il riferimento normativo è al Decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150 (il c.d. decreto Brunetta) e le successive modificazioni ed integrazioni, tra cui la più rilevante è quella del Decreto legislativo del 27 maggio 2017 n. 74.

L'idea alla base di questi interventi normativi è che si possa riformare la pubblica amministrazione con legge e non è nuova poiché continuamente vengono proposti modelli innovativi che rimangono confinati a livello legislativo, senza un'attuazione concreta.

La riforma per dare frutti deve essere assimilata dagli attori dell'amministrazione pubblica e, quindi, *in primis*, dai dipendenti, dirigenti e funzionari, in modo che cambi la mentalità e si acquisisca una cultura del merito che non deve essere un riconoscimento positivo per tutti, in relazione al livello d'inquadramento ed al tasso di presenza, senza alcuna considerazione dell'impegno, dei risultati, delle competenze etc.

Questo mutamento di passo non si realizza con

continue introduzioni di leggi, ma lasciando sedimentare e “vivere” le norme attraverso l’applicazione nel concreto.

Bisogna dire che in ogni amministrazione si va realizzando un sistema di misurazione e valutazione della *performance* (S.M.V.P.) individuale e organizzativa, quest’ultima riferita ai risultati dell’azione amministrativa di una struttura.

La situazione non è omogenea se si considera l’ampio panorama dei soggetti pubblici e la diversità organizzativa, strutturale e di mezzi, per cui si è in presenza di un’attuazione a macchia di leopardo e con realizzazione di diversa intensità che dipende dalla impostazione culturale di tutti i livelli interessati alla gestione della *performance*.

Il sistema di misurazione e valutazione della *performance* individuale ed organizzativa ha il fine di assicurare elevati standard qualitativi ed economici del servizio (art. 2 D. Lgs. n. 150/2009) ed è funzionale a: – erogare i premi e le componenti del trattamento retributivo legati alla performance; – riconoscere le progressioni economiche; – attribuire incarichi di responsabilità al personale; – conferire gli incarichi dirigenziali.

La valutazione può essere anche negativa e rileva sia per l’accertamento della responsabilità dirigenziale che per l’irrogazione del licenziamento disciplinare.

La ricaduta sul dipendente del SMVP è, dunque, di notevole impatto e rappresenta un sicuro stimolo per raggiungere i risultati attesi.

L’art. 4 del D. Lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 articola il ciclo di gestione della *performance* in sei fasi:

- a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori;
- b) collegamento tra gli obiettivi e l’allocazione delle risorse;
- c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi;
- d) misurazione e valutazione della *performance*, organizzativa e individuale;
- e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito;
- f) rendicontazione dei risultati agli organi di controllo interni e di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi di controllo interni ed esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti ed ai destinatari dei servizi.

Grande rilevanza ha l’inizio del ciclo di gestione della *performance* e cioè la definizione ed assegnazione degli obiettivi che condizionano il monitoraggio nel corso di svolgimento dell’attività e, soprattutto, la misurazione e la valutazione, con i conseguenti effetti premiali e di comunicazione.

L’art. 5 del D. Lgs. n. 150/2009 articola gli obietti-

vi in generali e specifici di ogni pubblica amministrazione e disciplina il modo in cui debbono determinarsi e da chi nonché i caratteri che devono avere.

La normativa, però, deve fermarsi di fronte al particolare contenuto che possono avere perché espressione del potere di indirizzo degli organi di governo dei diversi enti pubblici e che vengono stabiliti tenendo conto del tempo, del luogo, delle realtà economiche e sociali, delle esigenze del momento, delle scelte delle priorità e così via, pur nel rispetto del principio di legalità.

4. Gli obiettivi di quantità e quelli di qualità

Gli obiettivi possono distinguersi, in funzione della successiva misurazione e valutazione della *performance*, in due tipi: oggettivi e indicati per entità misurabili in modo, per così dire, asettico e neutrale che possono definirsi di quantità; soggettivi e indicati per risultato da conseguire, non apprezzabili solo per quantità, e che possono definirsi di qualità.

Gli obiettivi di quantità sono misurabili oggettivamente e verificabili, per cui la valutazione è strettamente consequenziale, privando la valutazione degli apprezzamenti più propriamente soggettivi, poiché si appiattisce sulla misurazione. Quelli di qualità sono misurabili con apprezzamenti meno oggettivi e meno verificabili e sono espressione di giudizi in cui predomina l’elemento soggettivo e la valutazione discrezionale; qui avviene l’inverso: è la valutazione ad assorbire la misurazione.

È opportuno esporre esempi dell’uno e dell’altro tipo.

Un obiettivo che ricorre in alcune amministrazioni è, assegnate determinate risorse economiche e di personale alla struttura amministrativa, la conclusione dei procedimenti amministrativi in termini inferiori a quelli stabiliti normativamente, attribuendo un punteggio positivo per la chiusura in un tempo minore per ogni procedimento, e un punteggio negativo per ogni procedimento concluso oltre il termine.

Si potrebbe pensare anche ad un obiettivo più articolato con punteggio positivo proporzionale ad ogni giorno in meno rispetto al tempo fissato dalla norma e con punteggio negativo proporzionale ad ogni giorno in più rispetto al tempo prestabilito per la definizione del procedimento.

In questo esempio, nella misurazione va eseguito un calcolo obiettivo e la valutazione dovrà considerare il punteggio conseguito, senza possibilità di articolare una valutazione non in linea con il punteggio. È il tipo di obiettivo di quantità che consegna rilievo assorbente alla misurazione (oggettiva) rispetto alla valutazione.

Invece, è un’ipotesi che si può incasellare nell’obiettivo di qualità, la indicazione di perseguire, ad esempio, il fine dell’implementazione e diffusione della cultura e sensibilità ambientaliste. La struttura amministrativa deputata a tale obiettivo potrà indire

conferenze, o finanziare *tour* di interventi sull'ambiente nelle scuole, affiggere manifesti di sensibilizzazione, fare *spot* pubblicitari e così via, ma la misurazione della diffusione della cultura ambientalista non potrà avvenire se non in via di valutazione dei risultati conseguiti con l'utilizzo delle scienze sociologiche, di indagini statistiche, di constatazione e rilievi dei comportamenti assunti dai cittadini e così via.

Ebbene, qui non potrà intervenire una misurazione quantitativa dei risultati, priva di rilievo valutativo che consideri la pluralità di elementi che possano portare ad un giudizio positivo o negativo, specificandone il grado.

La differenza tra i due tipi di obiettivi rileva per gli indicatori che devono essere puntuali ed espressi in maggior numero per gli obiettivi di qualità, allo scopo di ridurre la soggettività del giudizio e la discrezionalità nella valutazione.

Invero, l'esemplificazione ha isolato tipologie di obiettivi che, nel concreto, non sono così nette perché nella realtà vengono posti più obiettivi, dell'uno e dell'altro tipo. Anzi, pure per il "tempo" di durata del procedimento amministrativo, per riprendere l'esempio, può parlarsi di obiettivo di quantità, se restano immutate tutte le risorse messe a disposizione della struttura amministrativa e dei dirigenti nonché il numero dei procedimenti da trattare. Se, infatti, il personale impiegato subisca una contrazione per malattia, mobilità, pensionamento o altro; se vi è un aumento delle istanze maggiore di quello preventivato con riferimento all'anno precedente o ricorrano comunque elementi che modifichino il dato di partenza, il valutatore ne dovrà tenere conto, modulando il giudizio in relazione alle sopravvenute circostanze che hanno mutato il quadro di base iniziale.

La misurazione e valutazione della *performance* devono, comunque, essere oggettive perché la funzione del merito esprime tutte le sue potenzialità positive in presenza di due elementi: il SMVP deve essere oggettivo ed anche apparire tale.

Gli organi (politici) dell'amministrazione che dettano gli indirizzi e pongono gli obiettivi li devono esprimere con chiarezza, con indicatori che possano convogliare la misurazione e la valutazione verso un giudizio il più possibile obiettivo.

Occorre, altresì, che i soggetti valutatori siano imparziali e indipendenti perché la valutazione della *performance*, nonostante gli accorgimenti innanzi esposti, è operazione complessa in cui intervengono varianti non sempre prevedibili che danno luogo a giudizi con un elevato tasso di discrezionalità, specie quando si debbano valutare i dirigenti. Per quest'ultimi va salvaguardata la sfera delle loro competenze dalla possibile influenza degli organi di indirizzo politico per il rispetto della distinzione dei rispettivi ruoli e responsabilità tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione e, nel solco della previsione dell'art. 97 della Costitu-

zione, "in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

5. L'organismo indipendente di valutazione (O.I.V.)

Il legislatore si è preoccupato di questo aspetto nell'individuare i soggetti che devono esprimere la valutazione, istituendo presso ogni amministrazione un organismo indipendente di valutazione cui compete, tra l'altro, la misurazione e valutazione della *performance* di ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso, nonché la proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice (art. 7 D. Lgs. n. 150/2009).

Mi occuperò di questo organismo, tralasciando gli altri soggetti che svolgono la funzione di misurazione e valutazione della *performance*, allo scopo di verificare se si è in presenza di un organismo "indipendente" che possa dare affidamento sulla imparzialità nelle valutazioni della *performance*.

L'indipendenza di un organo va considerata non in assoluto, ma in relazione all'attività che è chiamato a svolgere per cui vanno considerati: A) i compiti e le funzioni dell'organismo; B) l'indipendenza rispetto ai soggetti sui quali incide la sua azione, ove rileva il procedimento e chi li nomina; C) l'organizzazione, il personale ed i mezzi finanziari di cui l'O.I.V. dispone.

A) Compiti e funzioni.

L'art. 14 del D. Lgs. n. 150/2009 indica i compiti e le funzioni dell'O.I.V. in una serie di attività che possono compendiarsi nel:

- monitorare il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni, elaborando una relazione annuale con formulazione di proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi;
- garantire la correttezza dei processi di misurazione e valutazione nonché dell'utilizzo dei premi in base alla normativa, nel rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalità;
- proporre all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi;
- applicare correttamente le linee guida delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica, della cui attuazione è responsabile;
- verificare i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità;
- validare la Relazione sulla *performance*;
- avere obblighi di comunicazione delle criticità riscontrate agli organi interni di governo ed amministrazione nonché alla Corte dei Conti ed al Dipartimento della funzione pubblica e di pubblicità della Relazione sulla *performance*;
- esercitare le funzioni con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali nonché considerando i risultati delle indagini svolte dall'agenzie

esterne di valutazione e dalle analisi condotte dai soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche.

L'O.I.V. è nell'amministrazione in cui esercita le sue funzioni, deve operare anche per il miglioramento complessivo dell'organizzazione in una visione prospettica dell'azione amministrativa e, nel contempo, non si può identificare con l'amministrazione, da cui deve mantenere il necessario distacco ed indipendenza per il corretto svolgimento dei suoi compiti. Da altro punto di vista è la cinghia di trasmissione degli indirizzi del Dipartimento della funzione pubblica e rappresenta un punto di raccordo tra l'amministrazione in cui è inserita e il Ministero.

Per le funzioni affidategli, l'indipendenza dell'O.I.V. deve essere verificata nei confronti dei soggetti che valuta e, *in primis*, dei dirigenti, per l'evidente necessaria separazione e distacco tra controllore e controllato, e degli organi politici di governo dell'ente, per non subire possibili influenze che andrebbero ad interferire nei rapporti tra gli organi di governo, cui competono funzioni di indirizzo politico, e i dirigenti che devono svolgere funzioni di gestione, agendo con imparzialità.

B) L'indipendenza nei confronti dell'amministrazione e dei dirigenti.

L'O.I.V. è organo collegiale composto da tre membri, ma può essere costituito anche in forma monocratica, sulla base dei criteri definiti dal Dipartimento della funzione pubblica.

Ogni amministrazione istituisce l'O.I.V. ma, nei casi individuati dal Dipartimento della funzione pubblica, "sono istituiti organismi in forma associata tra più pubbliche amministrazioni" (art. 14, comma 2-ter, D. Lgs. n. 150/2009).

La nomina dell'O.I.V. è di competenza dell'organo politico-amministrativo dell'Ente presso il quale opera; il componente dura in carica tre anni e può essere rinnovato una sola volta presso la stessa amministrazione; possono essere nominati membri dell'O.I.V. gli iscritti da almeno sei mesi nell'elenco nazionale dei componenti degli organismi indipendenti di valutazione, tenuto ed aggiornato dal Dipartimento della funzione pubblica.

Non possono essere nominati componenti dell'O.I.V. perché incompatibili:

- i dipendenti dell'amministrazione interessata;
- i soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali che abbiano rivestito tali incarichi o cariche nell'amministrazione interessata nei tre anni precedenti la designazione;
- i soggetti che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con l'amministrazione interessata nei tre anni precedenti la designazione;

- i soggetti che abbiano rivestito simili incarichi o cariche nell'amministrazione interessata nei tre anni precedenti la designazione.

La nomina avviene a seguito di procedura selettiva pubblica, anche in caso di rinnovo della nomina del componente, presso la stessa amministrazione.

Il legislatore per assicurare la indipendenza dei componenti dell'O.I.V.:

- consente la nomina per esperti che hanno una particolare qualificazione tecnica risultante dall'inserimento nell'apposito elenco nazionale;
- esclude che possano essere nominati soggetti che hanno un rapporto particolare con l'amministrazione interessata e che li rendono incompatibili, incidendo sulla indipendenza e terzietà;
- limita la nomina presso la stessa amministrazione a soli due mandati triennali;
- stabilisce che la nomina dei componenti avvenga con procedura selettiva, anche in caso di rinnovo.

Il punto delicato che incrina l'indipendenza è la nomina da parte dell'organo di governo dell'Ente nei confronti del quale l'O.I.V. deve mantenere la necessaria distanza, per quanto già evidenziato.

Infatti, chi esercita il potere di nomina, da un lato, sceglie persone con cui è in sintonia quanto meno politica, dall'altro lato, il componente si sente in debito di riconoscenza e di gratitudine verso chi lo nomina.

La normativa ha cercato di smussare questa criticità, prevedendo che debba essere preventivamente esperita una procedura selettiva.

La selezione viene affidata, di solito, ad una Commissione, espressione dell'organo di governo dell'ente che la nomina, la quale, verificato l'inserimento nell'elenco nazionale da almeno sei mesi e la insussistenza delle cause impeditive della nomina (ipotesi di incompatibilità, aver espletato già due mandati presso la stessa amministrazione), formula una rosa di nomi ritenuta qualificata a ricoprire il posto, senza che debba formare necessariamente una graduatoria con punteggi differenziati.

La scelta dei componenti tra quelli qualificati idonei è rimessa alla discrezionalità degli organi di governo dell'Ente, per cui la procedura selettiva non è una effettiva garanzia per l'indipendenza, ma solo un inutile appesantimento procedurale. Infatti, basta far partecipare alla selezione il componente gradito e indirizzare la Commissione per il suo inserimento nella rosa dei "papabili".

La nomina dei componenti dell'O.I.V. da parte dell'organo di indirizzo politico amministrativo mina geneticamente la indipendenza. Si può anche ritenere che la nomina non influenzi l'indipendenza del nominato perché si è in presenza di esperti, tratti da un elenco nazionale, particolarmente qualificati, per cui la preparazione fa premio rispetto all'iniziale legame

costituito dalla nomina. Questo argomento potrebbe avere una sua rilevanza se non fosse previsto, anche se per una sola volta, il rinnovo della nomina per un altro triennio. Questa possibilità porta i componenti dell'O.I.V. ad un atteggiamento di accondiscendenza per ingraziarsi l'organo politico amministrativo allo scopo di ottenere la nomina per la seconda volta.

Nel secondo mandato, però, libera i componenti dell'O.I.V. da questo condizionamento.

A mio avviso, bisognerebbe eliminare, sul piano legislativo, il rinnovo della carica e stabilire che i componenti dell'O.I.V. possano essere nominati per un solo mandato, semmai aumentando la durata a quattro o cinque anni.

Questa soluzione *de jure condendo* aumenterebbe il tasso di indipendenza (e di imparzialità) dei componenti dell'O.I.V.

C) L'organizzazione, il personale ed i mezzi finanziari.

L'art. 14, comma 9, D. Lgs. n. 150/2009 stabilisce che "Presso l'Organismo indipendente di valutazione è costituita, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, una struttura tecnica permanente per la misurazione della *performance*, dotata delle risorse necessarie all'esercizio delle relative funzioni".

È un supporto tecnico di cui si può avvalere l'O.I.V., ma non si tratta di uffici alle sue dipendenze, né è costituito dall'O.I.V. in autonomia, né è da lui diretto, bensì da un responsabile, nominato dall'Ente tra i suoi dipendenti, anche se deve possedere una specifica professionalità ed esperienza nel campo della misurazione della *performance* nelle amministrazioni pubbliche.

L'O.I.V. non ha uffici amministrativi e personale proprio, ma si serve di una struttura tecnica costituita da dipendenti dell'Ente che individua il responsabile che risponde all'Ente.

Il potere riconosciuto all'O.I.V. di accesso generalizzato a tutti gli atti e documenti, ai sistemi informativi ed ai luoghi all'interno dell'amministrazione per svolgere le verifiche necessarie all'espletamento delle proprie funzioni non muta l'approccio di fondo: l'O.I.V. svolge le sue funzioni attraverso l'istruttoria, i dati e gli elementi formati e raccolti dall'amministrazione presso cui è costituita.

L'O.I.V. non ha uffici propri, né può svolgere istruttoria autonoma sul territorio per apprezzare i risultati e gli effetti della *performance* in maniera diretta; l'organismo "vede" quello che l'amministrazione prepara, raccoglie e confeziona.

I mezzi finanziari, poi, non sono nella disponibilità dell'O.I.V. perché l'ente deve dotare delle risorse la struttura tecnica permanente il cui responsabile, dipendente dell'amministrazione, gestisce.

Insomma, sotto questo profilo, l'O.I.V. è come un ospite importante alla Corte del Re!

6. Conclusioni

Il merito è il *fil rouge* che tiene insieme la costituzione e lo svolgimento del rapporto di pubblico impiego e impregna di sé la *performance* la cui misurazione e valutazione è affidata a diversi soggetti, tra cui assume rilevanza l'Organismo Indipendente di Valutazione, istituito presso ogni soggetto pubblico, e che, tra l'altro, misura e valuta ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso e propone la valutazione annuale dei dirigenti di vertice, con le connesse conseguenze premiali.

La misurazione e la valutazione, nonostante gli accorgimenti diretti a renderle oggettive, presentano necessariamente momenti discrezionali il cui apprezzamento richiede soggetti indipendenti in modo che possano svolgere con imparzialità la considerazione del "merito" dei dipendenti pubblici, senza infingimenti e valutazioni omogenee e generalizzate legate al livello del dipendente o alla presenza al lavoro, ma tenendo presente la effettiva *performance* raggiunta.

I giudizi devono essere espressi da soggetti indipendenti e che devono anche apparire tali.

L'analisi dell'O.I.V. ha chiarito che l'indipendenza, quanto alla nomina dei suoi componenti, ha la possibilità di assumere un tasso maggiore se, *de jure condendo*, si elimini il rinnovo per un secondo mandato presso la stessa amministrazione, semmai portando a quattro o cinque anni la durata dell'incarico.

Sotto il profilo organizzativo, del personale e dei mezzi finanziari, l'O.I.V. dipende dall'amministrazione che lo ha costituito e non ha il potere di organizzare gli uffici che gli danno supporto tecnico, non dirige tali uffici, non dispone, né gestisce le risorse che l'amministrazione destina al supporto tecnico.

L'esame di questi elementi mortificano di molto la indipendenza dell'O.I.V., specie considerando che sono essenziali per lo svolgimento delle funzioni che la normativa gli attribuisce.

BIBLIOGRAFIA

- P. ALDIGERI, *Le nuove norme in materia di valutazione della performance* in *www.pubblica.it, Personale News* n. 14/2017, 11.
- M. ALLENA - M. TRIMARCHI, *Il principio del concorso pubblico* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2021, fasc. 1, 379 ss.
- S. BATTINI, *Il personale* in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di Sabino Cassese, Giuffrè Milano 2000, tomo primo, 335 e ss.
- S. BATTINI - B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta* in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico* a cura di L. Zoppoli, Napoli 2009, 255.
- S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "Amministrazione di risultati"* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2004, 941.
- A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato* in *Principio di legalità e Amministrazione*

- di risultati a cura di M. Immordino, A. Police e F.G. Scoca, Giappichelli Torino 2004, 284.
- A. D'ADAMO, C. LOMBARDI, A. ROSA, *Manuale per la gestione della performance nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli Rimini 2019.
- J. DEIDDA GAGLIARDO - A. PORCU, *L'OIV come leva del cambiamento: l'esperienza del Comune di Selargius in Azienditalia – Il personale* 2017, 293.
- DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Linee guida per la misurazione e valutazione della performance individuale* n. 5 dicembre 2019.
- A. FABRI, *I diritti soggettivi non patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1996, 565;
- V. FANTI, *Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico* in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 817.
- V. FANTI, *Commento all'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 in AA.VV.*, a cura di G. FERRARI - G. FERRARI, *La disciplina del pubblico impiego e dei concorsi*, Nel Diritto Editore Roma 2010, vol. I, 1157.
- V. FANTI, *L'“atto politico” nel governo degli enti locali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, 433.
- E. FOLLIERI, *Il personale nel riordinamento del Servizio Sanitario Nazionale* in *Riordinamento del servizio sanitario nazionale* a cura di Fabio Roversi Monaco, Maggioli Rimini 1991, 51.
- E. FOLLIERI, *Quadro positivo dell'organizzazione amministrativa statale* in *Diritto amministrativo* a cura di L. Mazza-rolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II ed., Monduzzi Editore Bologna 1993, 617.
- E. FOLLIERI, *Politica e Amministrazione nella Costituzione in Costituzione e ordinamento giuridico, Convegno per il decennale della Facoltà di Giurisprudenza*, Foggia 24-25 novembre 2006, Giuffrè Milano 2009, 63 ss.
- M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)* in *Enc. Dir.*, XX, Giuffrè Milano 1970, 293.
- G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti* in *www.federalismi.it* 2020, 101 e ss.
- N. LONGOBARDI, *Le “amministrazioni indipendenti”. Profili introduttivi* in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano 1991, 175.
- N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, II ed., Giappichelli Torino 2009.
- N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali* Passigli Edit., Noventa Padovana 2021.
- M. LUCCA, *Il d. lgs. n. 74/2017 modifica il sistema di misurazione delle performance* in *Diritto & Diritto – Diritto.it* 2017.
- L. MATTALUCCI, *Evoluzione della cultura della formazione del personale nella P.A.* in *Dialoghi, Rivista di studi sulla formazione e sullo sviluppo organizzativo* 2011, 1.
- B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Il Mulino Bologna, 2017.
- B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito* in *Studi sui principi del diritto amministrativo* Giuffrè Milano 2012.
- R. MEDDA, *Il concorso pubblico tra eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2020, 727 e ss.
- R. MERCURIO - V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione in Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico* a cura di L. Zoppoli, Napoli 2009, 231.
- S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo* in *Principio di legalità e Amministrazione di risultati* a cura di M. Immordino, A. Police e F.G. Scoca, Giappichelli Torino 2004, 39.
- A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e Amministrazione di risultato* in *Atti convegno AIPDA*, Giuffrè Milano 2007, 233.
- A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa* in *Diritto Amministrativo* 2018, 551.
- F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, VI ediz., Giappichelli Torino 2019.
- F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* in *Enc. del Dir.*, IV, (agg.) Giuffrè Milano 2002, 75.
- A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa* in *Principio di legalità e Amministrazione di risultati* a cura di M. Immordino, A. Police e F.G. Scoca, Giappichelli Torino 2004, 93.

Camilla Della Giustina

Cultrice della materia per il settore scientifico-disciplinare IUS- 08 (Diritto Costituzionale), Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova (sede di Tv) e cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale italiano e comparato e dottrina dello Stato presso la Libera Accademia degli Studi di Bellinzona (Svizzera, UNIB – Centro Studi Superiore INDEF – Istituto di Neuroscienze Dinamiche «Erich Fromm»)

Le dinamiche del regionalismo durante l'emergenza sanitaria da Covid-19 dinnanzi alla Corte costituzionale.

Nota a Corte costituzionale 12.3.2021, n. 37.

abstract

The management of the health emergency caused by the spread of the pathogen Covid-19 has determined, as a legal problem, the overlap between the legislation adopted by the central state and the regional one. In this short contribution we will analyze the judgment n. 37/2021 of the Constitutional Court concerning the law n. 10/2020 of the Autonomous Region of Valle D'Aosta.

keywords

Health emergency – State rules – Regional regulation – Judgment n. 37/2021 Constitutional Court – Regional law n.10/2020.

abstract

La gestione dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione dell'agente patogeno Covid-19 ha determinato, quale problematica giuridica, la sovrapposizione tra la normativa adottata dallo Stato centrale con quella regionale. In questo breve contributo si analizzerà la sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale relativo alla legge n. 10/2020 della Regione Autonoma Valle D'Aosta.

parole chiave

Emergenza sanitaria – Normativa statale – Normativa regionale – Sentenza n. 37/2021 Corte costituzionale – Legge regionale n. 10/2020.

È vietato alle Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale.

Nota a Corte costituzionale n. 37/2021, 12.3.2021.

Pres. Coraggio, Redattore Barbera

Omissis

Nel caso di specie, il ricorso è esplicito nell'affermare che la materia intersecata dalla legge impugnata non è compresa tra le attribuzioni statutarie della Regione resistente, ciò che lo rende per tale profilo ammissibile.

6. – La Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste ha infine eccepito l'inammissibilità del ricorso, posto che esso non si confronterebbe con un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa impugnata.

Quest'ultima, infatti, si prefiggerebbe di «adeguare la programmazione regionale» alle misure adottate dallo Stato, sicché sarebbe comunque assicurata la conformità della prima alle seconde, mediante le ordinanze del Presidente della Giunta, di cui all'impugnato art. 4, comma 1. Ove una differenza vi fosse, essa sarebbe perciò imputabile ad un vizio di queste ultime, e non già alla legge censurata.

L'eccezione non è fondata.

La giurisprudenza di questa Corte ha più volte affermato che il ricorrente, a differenza del giudice rimettente nell'incidente di costituzionalità, non ha l'onere di esperire un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata, potendo trovare ingresso, nel giudizio in via principale, anche questioni promosse in via cautelativa ed ipotetica, purché le interpretazioni prospettate non siano implausibili e siano ragionevolmente collegabili alle disposizioni impuginate (tra le tante, sentenza n. 177 del 2020).

6.1. – In ogni caso, l'interpretazione conforme suggerita dalla difesa regionale non è compatibile con il testo delle norme impuginate.

Come si è visto, infatti, queste ultime garantiscono lo svolgimento di talune attività che, al contrario, la disciplina statale ben potrebbe precludere in assoluto, in ragione dell'andamento dell'epidemia: in tali campi, neppure le ordinanze presidenziali potrebbero risolvere l'antinomia.

Ma, prima ancora di ciò, è evidente che la legge regionale impugnata impedisce l'immediata e diretta applicabilità delle misure statali sul territorio valdostano, visto che esse per larga parte non possono trovare spazio, ove differenti dalle previsioni legislative regionali, se non a seguito di un recepimento da parte del Presidente della Giunta.

È perciò chiaro che i vizi di illegittimità costituzionale denunciati dal ricorrente sono imputabili non al volto contingente che l'ordinamento valdostano può assumere, di volta in volta, a seguito delle ordinanze del Presidente della Regione, ma alle previsioni legislative impugnate. Esse collocano tali ordinanze nel quadro di una procedura di contenimento del virus differente da quella statale, e potenzialmente idonea a impedire la immediata applicazione di quest'ultima, per di più in una materia ove, invece, la tempestività della risposta all'evoluzione della curva epidemiologica è fattore decisivo ai fini della sua efficacia.

7. – Venendo al merito del ricorso, deve ribadirsi quanto già deciso nella fase cautelare, ovvero che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla.

La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati.

Questa Corte ha già ritenuto che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale» (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004).

Del resto, è ovvio che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno.

Non a caso, fin dagli artt. 6 e 7 della citata legge n. 833 del 1978, la profilassi internazionale e la «profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie» sono state qualificate quali materie tra loro strettamente legate, affidate alla competenza dello Stato, per quanto la seconda di esse poi delegata alle Regioni. Ciò che, pertanto, non esclude un ri-accanimento dell'insieme di tali funzioni, ove la pandemia imponga politiche sanitarie comuni.

Il nuovo art. 117, secondo comma, Cost. ha perciò confermato, con la menzionata norma di cui alla lettera q), nella sfera della competenza legislativa esclusiva dello Stato la cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata «internazionale», sulla base della diffusività che la connota.

Né tale competenza ha tratti di trasversalità, come obietta la difesa regionale, per inferirne che essa si

limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente. La materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina.

7.1. – A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

Accade, infatti, che ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di disporre le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali.

Né si tratta soltanto di questo. Un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni.

Tale conclusione può dunque concernere non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via. In particolare i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso.

Ognuno di tali profili è solo in apparenza confinato ad una dimensione territoriale più limitata.

Qualora il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di

una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate.

7.2. – Il Servizio sanitario nazionale è «costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività [di Stato, Regioni ed enti locali territoriali] destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica» (art. 1, terzo comma, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante «Istituzione del Servizio sanitario nazionale»). Le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono quindi estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie «concorrenti» della tutela della salute e della protezione civile. In particolare, spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica.

Dal punto di vista storico, peraltro, la profilassi delle malattie infettive è sempre stata appannaggio dello Stato. L'art. 112, comma 3, lettera g), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59) ha da ultimo confermato, quanto alla sorveglianza e al controllo di epidemie di dimensioni nazionali e internazionali, la competenza statale, pur delegata alle Regioni dall'art. 7, comma 1, lettera a), della menzionata legge n. 833 del 1978.

Se, dunque, sono le strutture sanitarie regionali ad adoperarsi a fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coesenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica.

In definitiva, per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti.

8. – Tale distribuzione delle competenze a livello costituzionale, per i casi in cui si manifesti un'emergenza pandemica, ha trovato tradizionalmente riscontro nella legislazione, quando si tratta di intrecciare i profili attinenti alla tutela della salute con quelli innescati dalla repentinità ed imprevedibilità della crisi, tanto al suo esordio, quanto nelle successive manifestazioni di essa. La natura globale della malattia impone di rinvenire in tale normativa il riflesso della competenza esclusiva che lo Stato vi esercita.

Fin dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978, si è stabilito che il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica spetti a Regioni ed enti locali, esclusivamente laddove l'effi-

cacia di tali atti possa essere garantita da questo livello di governo, posto che compete invece al Ministro della salute provvedere quando sia necessario disciplinare l'emergenza sull'intero territorio nazionale o su parti di esso comprendenti più Regioni.

Che con tale previsione il legislatore non abbia inteso riferirsi all'ovvio limite territoriale di tutti gli atti assunti in sede decentrata, ma, piuttosto, alla natura della crisi sanitaria da risolvere, viene poi confermato dall'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998, che modula tra Comune, Regione e Stato gli interventi emergenziali nella materia qui coinvolta, a seconda «della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali». Tale disciplina ha poi trovato conferma nell'art. 50, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

8.1. – Nel vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione, infine, l'indirizzo volto ad adattare il governo dell'emergenza, anche sanitaria, al carattere locale o nazionale di essa, ha trovato ulteriore sviluppo con il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile).

L'art. 7, comma 1, lettera c), in correlazione con l'art. 24 seguente, radica nello Stato il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti di protezione civile, acquisita l'intesa con le Regioni e le Province autonome «territorialmente interessate», sicché, ancora una volta, è l'eventuale concentrazione della crisi su di una porzione specifica del territorio ad imporre il coinvolgimento delle autonomie quando, pur a fronte di simile localizzazione, l'emergenza assuma ugualmente «rilievo nazionale», a causa della inadeguata «capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali» (sentenza n. 327 del 2003; in seguito, sulla necessità di acquisizione dell'intesa in tali casi, sentenza n. 246 del 2019).

E, nell'analogo contesto normativo tracciato dalla precedente legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile), questa Corte ha avuto modo di ritenere illegittima la legislazione regionale, ove «destinata a incidere sugli effetti prodotti dalle ordinanze emanate» dall'organo statale ai fini della protezione civile, poiché «il legislatore regionale non può utilizzare [...] la potestà legislativa per paralizzare [...] gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza» (sentenza n. 284 del 2006).

Tale conclusione non può che rafforzarsi a fronte di una pandemia, i cui tratti esigono l'impiego di misure di profilassi internazionale.

9. – Infatti, il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile.

È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È

quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire.

Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Allo stato, il quadro normativo vigente si articola soprattutto sul d.l. n. 19 del 2020 e sul d.l. n. 33 del 2020, con i quali una tale sequenza ha trovato ulteriore specificazione.

L'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 reca un vasto insieme di misure precauzionali e limitative, la cui applicazione continua ad essere affidata a d.P.C.m., assunti, dopo aver acquisito il parere dei Presidenti delle Regioni interessate, o, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (art. 2 del d.l. n. 19 del 2020).

Nelle more dell'approvazione di tali decreti, per contenere un aggravamento della crisi, il Ministro della salute può intervenire mediante il citato potere di ordinanza attribuito dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978.

L'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020 ha poi reputato opportuno attribuire uno spazio di intervento d'urgenza anche ai sindaci (comma 9), e, soprattutto, alle Regioni (comma 16), alle quali, nelle more dell'adozione dei d.P.C.m., compete l'introduzione di «misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte» dal d.P.C.m., ovvero anche «ampliative», ma, per queste ultime, d'intesa con il Ministro della salute, e nei soli casi e nelle forme previsti dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

9.1. – È perciò precipuamente in tali fonti statali ad hoc, e nella successiva produzione legislativa ad esse affine (quale il decreto-legge 5 gennaio 2021, n. 1, recante: «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»), che si rende necessario rinvenire il fondamento giuridico dei poteri esercitati da Stato, Regioni ed enti locali per rispondere alla pandemia.

Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire

legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale. Difatti, «ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna [...]. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge» (sentenza n. 198 del 2004).

10. – Sulla base di queste premesse, le questioni di costituzionalità degli artt. 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3, della legge regionale impugnata sono fondate, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.

Tali disposizioni, infatti, surrogano la sequenza di regolazione disegnata dal legislatore statale appositamente per la lotta contro la malattia generata dal nuovo COVID-19, imponendone una autonoma e alternativa, che fa invece capo alle previsioni legislative regionali e alle ordinanze del Presidente della Giunta.

È perciò evidente l'invasione della sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Essa non dipende dalla manifestazione di un effettivo contrasto tra le singole misure in concreto applicabili sulla base dei d.P.C.m. e quelle imposte in forza della normativa regionale. Infatti, una simile antinomia potrebbe sorgere ad un dato tempo e venire meno in un tempo successivo, o viceversa, a seconda di come evolvano diacronicamente l'ordinamento statale e quello regionale per effetto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri da un lato, e delle ordinanze del Presidente della Regione dall'altro. Non è quindi questione di soffermarsi sulle censure che il ricorso rivolge specificamente a talune previsioni contenute nell'art. 2 impugnato, in forza della divergenza che esse avrebbero rispetto al contenuto del d.P.C.m. vigente al tempo di promulgazione della legge regionale censurata.

Ciò che rileva, prima ancora e in via assorbente, è invece la sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione sottratta all'intervento del legislatore regionale.

11. – Per tale verso, è infatti pacifico che la competenza statale esclusiva in materia di «profilassi internazionale» si imponga anche alla Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto. Il titolo per normare attivato dal legislatore statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost. corrisponde, infatti, ad una sfera di competenza che lo Stato già deteneva, nei confronti della Regione, prima ancora dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione.

Di ciò si trae conferma dall'art. 36 della legge 16 maggio 1978, n. 196 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Valle d'Aosta), che sottrae al trasferimento delle funzioni amministrative in favore della resistente quelle attinenti «ai rapporti internazionali in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera, ivi compresa la profilassi internazionale», venendo così a ribadire l'estraneità di tale materia alle competenze statutarie, e tra queste quella «di integrazione e di attuazione» in tema di «igiene sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» (art. 3, lettera l, dello statuto), peraltro meno favorevole rispetto alla «tutela della salute» ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Quest'ultima attribuzione, che pone la Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste sul medesimo piano delle Regioni a statuto ordinario (in forza dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante: «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione»), e le altre numerose competenze statutarie indicate dalla difesa regionale, possono pertanto rilevare in termini indiretti e marginali, a seconda dell'oggetto sul quale cade di volta in volta la misura restrittiva statale, ma sono recessive rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia (sulla irrilevanza degli effetti indiretti e marginali nel processo di individuazione delle materie, ex plurimis, sentenze n. 137 del 2018 e n. 125 del 2017).

In ogni caso le materie che ad avviso della difesa regionale vengono incise dalle norme statali (impianti a fune, trasporti, eccetera) non vengono in rilievo in quanto tali, ma in quanto relative a luoghi in cui può diffondersi il contagio epidemico.

Pertanto, la clausola di salvaguardia delle competenze statutarie, enunciata dall'art. 5, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 e dall'art. 3, comma 2, del d.l. n. 33 del 2020, richiamata dalla difesa regionale, non ha alcuna ragione di operare in tale ambito, atteso che la Regione resistente non può opporre alla competenza legislativa esclusiva statale alcuna attribuzione fondata sullo statuto o sulle norme di attuazione statutaria.

12. – Non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo (sentenze n. 179, n. 215 e n. 129 del 2019, n. 22 del 2014, n. 278 del 2010, n. 236 e n. 43 del 2004).

A tale proposito, si è già rammentato che l'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 ha reputato opportuno, nell'esercizio della discrezionalità propria del legislatore statale in una materia di sua competenza esclusiva (sentenza n. 7 del 2016), attivare un percorso di leale collaborazione con il sistema regionale, prevedendo che i d.P.C.m.

siano preceduti, a seconda degli interessi coinvolti, dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Si tratta di una soluzione normativa consona sia all'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche.

12.1. – Per altro verso, l'art. 1, comma 16, del d.l. n. 33 del 2020 consente alle Regioni di applicare misure più restrittive di quelle contenute nei d.P.C.m. e, a rigide condizioni, anche «ampliative», allo scopo di assicurare che, nel tempo necessario ad aggiornare le previsioni statali alla curva epidemiologica, non sorgano vuoti di tutela, quanto a circostanze sopravvenute e non ancora prese in carico dall'amministrazione statale. È il caso, ad esempio, della sospensione delle attività didattiche prescritta con ordinanze regionali, il cui fondamento riposa non su una competenza costituzionalmente tutelata delle autonomie, ma sull'attribuzione loro conferita dall'art. 1, comma 16, del d.l. n. 33 del 2020.

Ciò che la legge statale permette, pertanto, non è una politica regionale autonoma sulla pandemia, quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale, ma la sola disciplina (restrittiva o ampliativa che sia), che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi dopo l'adozione di un d.P.C.m., e prima che sia assunto quello successivo.

È però chiaro che – alla stregua del quadro normativo statale – ciò può accadere per mezzo di atti amministrativi, in ragione della loro flessibilità, e non grazie all'attività legislativa regionale.

Gli artt. 1, 2 e 4, comma 1, della legge impugnata, pertanto, non solo travalicano i limiti che in via generale sono riservati alle autonomie dal legislatore statale, ma dispongono che ciò avvenga con legge, nonostante l'impiego della fonte primaria sia precluso dalla legislazione statale a ciò titolata (sentenze n. 272 del 2020, n. 142 e n. 28 del 2019, n. 66 del 2018 e n. 20 del 2012).

12.2. – Organiche a tale disegno sono anche le previsioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 4 impugnato, sì da condividere la sorte della illegittimità costituzionale.

Quanto all'art. 4, comma 3, esso ha infatti per oggetto proprio il coordinamento, da parte del Presidente della Giunta, degli interventi contemplati dall'art. 2, del quale è già stata affermata la illegittimità costituzionale.

Quanto al precedente comma 2, è vero che con tale norma il legislatore regionale ha individuato nella Giunta il soggetto al quale spetta l'esercizio del compito assegnato alla Regione dall'art. 1, comma 14, del

d.l. n. 33 del 2020, per la definizione di protocolli di sicurezza conformi a quelli nazionali. Tuttavia, ciò è avvenuto con un riferimento alle attività di cui all'art. 2, del quale, perciò, è amplificato l'ambito di illegittimità costituzionale.

13. – Né può, pertanto, essere accolta la sollecitazione della difesa regionale ad auto-rimettere la questione di costituzionalità dei d.l. n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l'autonomia regionale (artt. 117 e 118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a "fonti dell'emergenza", ovvero i d.P.C.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost.

Entrambe le questioni di legittimità costituzionale così prospettate sono, infatti, prive di rilevanza, una volta che si sia accertato che si verte in materia affidata alla competenza legislativa esclusiva statale.

14. – Per tali ragioni, sono costituzionalmente illegittimi anzitutto l'art. 1 impugnato, che enuncia gli obiettivi programmatici della legge reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020, e vincola all'osservanza delle misure introdotte dal successivo art. 2.

Inoltre, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 2 impugnato, che in larga parte descrive e prescrive tali misure (art. 2, commi 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25), sanzionandone l'inosservanza (art. 2, comma 23), e in altra parte pretende di confinare l'esercizio della competenza esclusiva statale alla materia «di ingresso in Italia» e della «disabilità» (art. 2, comma 3), ovvero subordina l'efficacia delle «mitigazioni» statali ad una ricezione regionale (art. 2, comma 22), ovvero ancora ridefinisce le attribuzioni emergenziali dei sindaci (art. 2, comma 21). Costituzionalmente illegittimo è, infine, l'impugnato art. 4, commi 1, 2 e 3, che disciplina le ordinanze del Presidente della Giunta relative alle misure di cui al precedente art. 2, anche con riferimento all'attività di coordinamento e ai protocolli di sicurezza.

15. – Sono assorbite le ulteriori questioni di legittimità costituzionale proposte avverso gli artt. 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3, in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettera m), e terzo comma, 118 e 120 Cost. e al principio di leale collaborazione; nonché, quanto al solo art. 2, comma 23, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost.

16. – Le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge regionale impugnata, promosse in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma, 118 e 120 Cost. non sono fondate.

La competenza dello Stato a disciplinare ogni misura necessaria a contenere e debellare il contagio, nonché ad allocare la relativa funzione amministrativa, non è infatti così vasta da fraporsi all'esercizio delle attribuzioni regionali, laddove esse non abbiano alcuna capa-

cià di interferire con quanto determinato dalla legge statale e dagli atti assunti sulla base di essa.

Si è già osservato che l'impatto della pandemia è tale da coinvolgere necessariamente le strutture regionali dotate di attribuzioni sanitarie e di protezione civile. Ciò accade non solo perché il perseguimento degli obiettivi prefissi dallo Stato passa attraverso l'impiego delle energie dei sistemi sanitari regionali, ma anche perché, come si è già ricordato, è la stessa legge statale ad attribuire compiti alle autonomie.

In questo quadro, la definizione di quali organi siano competenti, nell'ambito dell'ordinamento regionale, sia a prestare la collaborazione demandata dallo Stato, sia ad esercitare le attribuzioni demandate alla Regione, non può spettare, in linea di principio, che alla Regione stessa, nell'esercizio della competenza legislativa residuale in tema di ordinamento e organizzazione degli uffici (da ultimo, sentenza n. 250 del 2020).

È a tale titolo di competenza che perciò va ascritto l'art. 3 impugnato, che dà vita ad una unità di supporto e coordinamento per l'emergenza da COVID-19, incaricata di fornire ausilio agli organi regionali nell'elaborazione di linee di condotta, purché, naturalmente compatibili con la sfera di attribuzioni proprie della Regione. Il medesimo titolo di competenza protegge l'art. 4, comma 4, impugnato, che si occupa dell'Ufficio stampa regionale chiamato ad esercitare le attività di comunicazione.

L'art. 5 impugnato, infine, demanda alla Giunta l'elaborazione di un piano di azioni per fronteggiare l'emergenza economica, «compatibilmente con le misure di contrasto alla diffusione del virus». La individuazione dell'organo competente a pianificare l'esercizio delle attribuzioni regionali in tema di attività economiche si accompagna, perciò, all'osservanza delle misure prescritte dalla disciplina statale, con la conseguenza che anche per tale aspetto non vi è interferenza con la sfera di competenza statale.

Gli artt. 6 e 7, contenendo, rispettivamente, la clausola di invarianza finanziaria e la dichiarazione di urgenza della legge impugnata, si appoggiano alle previsioni normative scampate alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, e da esse traggono copertura sul piano del riparto delle competenze.

17. – Le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge impugnata,

promosse in riferimento al mancato rispetto da parte delle Regione del principio di leale collaborazione, non sono fondate. È infatti costante affermazione di questa Corte che il principio di leale collaborazione non è applicabile alle procedure legislative, ove non imposto direttamente dalla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 233 del 2019).

18. – La questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera a), della legge impugnata, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera h)

(sicurezza e ordine pubblico), Cost., e all'art. 44 dello statuto di autonomia, è ammissibile.

La difesa regionale ha eccepito il contrario, sostenendo che sia contraddittorio porre a base del ricorso sia una competenza tratta dall'art. 117 Cost., sia una attribuzione statutaria.

L'eccezione è infondata, poiché, secondo il ricorrente, entrambi tali parametri definiscono, in modo convergente, la sfera di attribuzioni del Presidente della Giunta in tema di ordine pubblico e sicurezza, escludendo che queste ultime siano esercitabili da altri soggetti. Non vi è perciò alcuna contraddizione nel porre questi parametri a fondamento di una censura del tutto univoca.

18.1. – La questione, tuttavia, non è fondata.

La previsione censurata, come si è visto, è da ascrivere alla competenza legislativa residuale regionale in tema di ordinamento e di organizzazione degli uffici.

Ciò vale anche per la lettera della norma, oggetto della specifica censura ora in considerazione.

La norma impugnata annovera tra i compiti dell'unità di supporto e coordinamento la promozione del migliore raccordo tra «tutti i soggetti interni e esterni alla Regione, quali gli enti locali, le Forze dell'Ordine ed eventuali portatori di interessi».

Contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, una simile previsione non intacca in alcun modo la titolarità delle prerogative in materia di ordine pubblico, che l'art. 44 dello statuto di autonomia assegna al Presidente della Regione, per delegazione del Governo.

L'unità prevista dalla norma impugnata, infatti, si limita a fornire supporto per l'esercizio di tali attribuzioni, che restano interamente in capo al Presidente della Giunta.

19. – La presente pronuncia esaurisce integralmente i profili cautelari già decisi con l'ordinanza n. 4 del 2021.

Omissis

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** L'ordinanza di sospensione della l.r. n. 11/2020 della Valle D'Aosta. – **2.** La pronuncia della Corte costituzionale n. 37/2021. – **3.** Quale futuro per il regionalismo italiano? – **4.** Il problema delle fonti del diritto durante l'emergenza sanitaria da COVID-19. – **5.** Conclusioni.

Premessa

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione dell'agente patogeno SARS-COVID-19 ha interrogato la dottrina non solamente per quanto concerne il sistema delle fonti del diritto strettamente inteso ma anche in relazione ai rapporti intercorrenti fra Stato e Regioni rapportati all'adozione delle diverse normative emergenziali. L'espressione che meglio riassume queste

dinamiche è quella che ha definito il «comportamento» delle Regioni come «iperattivismo incontrollato ed ingiustificato¹».

Si tratta di un modello comportamentale che ha innervato non solamente quella che è stata definita come «prima fase dell'emergenza sanitaria» ma che si è protratto anche oltre, precisamente fino all'adozione della legge regionale della Regione Autonoma Valle D'Aosta n. 11/2020 «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza».

Si tratta di una legge che contiene previsioni contrastanti con la disciplina emergenziale adottata a livello statale e che, proprio per questo motivo, è stato oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale.

Nell'affrontare l'analisi della sentenza n. 37/2021 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, 4, co. da 1 a 3 della l.r. n. 11/2020 ci si soffermerà non solamente sulla pronuncia di merito adottata dal Giudice delle Leggi ma anche dall'ordinanza n. 4/2021 della Corte costituzionale in quanto essa rappresenta la prima ipotesi di sospensione cautelare dell'efficacia di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale. A tal proposito verrà fornita una breve disamina del potere di sospensione riconosciuto in capo alla Corte.

Successivamente l'attenzione verrà concentrata sulla sentenza n. 37/2021 provvedendo, in prima battuta, a riportare le argomentazioni e le tesi sostenute dalla Corte costituzionale per poi evidenziare, in due paragrafi separati, alcune affermazioni contenute in detta sentenza di particolare importanza.

1. L'ordinanza di sospensione della l.r. n. 11/2020 della Valle D'Aosta

La legge regionale n. 11/2020 del 9.12.2020 adottata dalla Regione Autonoma Valle D'Aosta² «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COVID-19 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza» risulta essere caratterizzata per la previsione di misure di contenimento alla diffusione del virus SARS-COVID-19 definite come più permissive rispetto a quelle delineate dalla legislazione nazionale.

L'art. 2 della l.r. n. 11/2020, precisamente, conteneva alcune misure dirette a disciplinare lo svolgimento di diverse attività perseguendo, quale obiettivo finale, quello di «contemperare la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone con la necessità di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV-2 sul territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta» prevedendo la predisposizione di una Unità di supporto e coordinamento a livello regionale avente

¹ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 580.

² B.U. n. 69 del 11.12.2020.

il compito di coadiuvare il Presidente della Regione e altri attori nelle decisioni di carattere strategico ed operativo correlate alla gestione dell'emergenza (art. 3). Al tempo stesso la legge in questione prevedeva l'attribuzione, in capo al Presidente della Regione, di un potere di ordinanza necessario per dettare le misure attuative per disciplinare nel dettaglio le attività menzionate dalla predetta legge il tutto a seguito dell'adozione del parere dell'Unità di supporto e coordinamento (art. 4).

La stessa l.r. n. 11/2020 venne definita dal Presidente della Regione Autonoma Valle D'Aosta quale «testo normativo che ci consentirà di regolamentare con ordinanze, sulla base delle indicazioni fornite dall'Unità di supporto all'emergenza, la situazione in Valle d'Aosta, adattando le misure al nostro territorio e alla nostra realtà³»; la legge, infatti, «delinea una sorta di sistema regionale di gestione dell'emergenza sanitaria, composto da una legge-quadro, ordinanze presidenziali attuative e un organo tecnico consultivo, quasi parallelo a quello nazionale, malgrado lo stesso Presidente, a seguito dell'adozione dell'ordinanza della Consulta in commento, abbia dichiarato che la legge non ha mai voluto essere una norma anti dpcm⁴».

Quasi in contemporanea all'adozione della l.r. 11/2020 veniva adottata l'ordinanza del Presidente della Regione n. 552/2020⁵ concernente l'adozione di «Misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Ordinanza ai sensi degli articoli 2, comma 24, e 4, comma 1, della legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11».

Questa ordinanza regionale venne successivamente impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite l'Avvocatura Distrettuale, dinnanzi al TAR chiedendo l'annullamento dei punti 15, 16 e 17 e avanzando domanda di istanza di misure cautelari ex art. 56 c.p.a. Il Giudice Amministrativo rigettò⁶ l'istanza di misure cautelari sostenendo che il rimedio cautelare potesse essere esperito solamente in sede di giudizio costituzionale in via principale poiché, pur sostenendo che la l.r. n. 11/2020 possieda profili «di dubbia costituzionalità», preferì non provvedere alla sospensione dell'ordinanza impugnata a causa del rischio che «la sospensione dell'ordinanza gravata ripristini la più ampia e liberale disciplina dettata dalla menzionata legge». Infine l'ultimo argomento che si rinviene e che fonda la decisione di non concedere la misura cautelare è dato da ragioni di certezza del diritto e dalle possibili ripercussioni negative che l'instabilità normativa, definita come eccessiva, può produrre nei confronti non

solo degli esercenti delle attività commerciali ma anche dell'intera cittadinanza.

A seguito della decisione del TAR Valle D'Aosta il Consiglio dei Ministri notificava e depositava in cancelleria il ricorso ex art. 127 Cost. avverso la l.r. n.11/2020⁷ deducendo i seguenti motivi di gravame.

In prima battuta il Governo ritiene che l'adozione della legge regionale abbia determinato la violazione della competenza esclusiva statale relativa alla materia di profilassi internazionale e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117 co.2 lett. m) e q) Cost., la violazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117 co. 3 Cost), la violazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118 Cost.) nonché la violazione del principio di leale collaborazione cristallizzato nell'art. 118 Cost.

Secondo la ricostruzione del ricorrente è necessario che la gestione della pandemia sia esclusiva competenza dello Stato e che questo comporti la «parziale attrazione allo Stato di funzioni amministrative, per la necessità di garantire l'unitaria gestione della situazione di emergenza epidemiologica» alla luce dell'art. 118 Cost. Per quanto concerne la competenza legislativa il ricorrente sostiene che «decreti-legge e i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che si sono succeduti dall'inizio dell'emergenza sanitaria costituiscono l'esplicazione dei principi costituzionali (...) che regolano il riparto delle competenze in materia»; alle Regioni, invece, è riconosciuto solamente un ruolo integrativo e non primario nella determinazione delle condizioni contenute dalla legge nazionale e che stesse possono intervenire «esclusivamente in via amministrativa».

La l.r. n. 11/2020 risulta essere costituzionalmente illegittima in quanto ha cristallizzato «la disciplina anche a fronte di futuri, e in ipotesi più restrittivi, interventi statali».

Infine il Governo articola una istanza di sospensione cautelare della legge in quanto ritiene sussistenti i presupposti circa l'esistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini e per l'ordinamento della Repubblica: la legge di cui si tratta, infatti, contenendo previsioni più liberali rispetto a quelle sancite a livello nazionale determina «gravi rischi per la salute pubblica» anche a causa dell'essere legge e non mero atto amministrativo e per questo «idonea a fare da argine all'applicazione di nuove misure statali» a prescindere dalla circostanza che le stesse vengano adottate con legge, con DPCM o con ordinanze ministeriali.

L'istanza cautelare avanzata dal Presidente del Consiglio dei Ministri venne discussa, con audizioni delle parti, nella camera di consiglio del 13.1.2021⁸ ad esito

³ Comunicato stampa della Giunta Regionale della Valle D'Aosta, 11.12.2020.

⁴ G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale: l'ord. n. 4/2029 della Corte costituzionale*, in *IUS in Itinere*, 12.2.2021, p. 6.

⁵ B.U.R. n. 11/2020 del 11.12.2020.

⁶ Tar Valle D'Aosta, sez. unica, decreto monocratico 18.12.2020, n. 41.

⁷ Ricorso iscritto al n. 101 del Registro Ricorsi e successivamente pubblicato nella G.U. prima serie 30.12.2020 n. 53.

⁸ Si tratta di un elemento essenziale per svolgere almeno un paio

della quale la Corte costituzionale adottò l'ordinanza n. 4/2021. Quest'ultima conferma che l'esercizio del potere di sospensione di una legge richiede la sussistenza di due requisiti propri della generalità dei giudizi cautelari ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

Il primo viene ritenuto sussistente sulla scorta della considerazione secondo cui «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost» senza richiamare gli altri parametri costituzionali invocati dal ricorrente.

L'effetto prodotto da questa interpretazione della Corte costituzionale produce tre conseguenze. In primo luogo viene precisato che la gestione di un'emergenza sanitaria richiede un approccio unitario; in secondo luogo si assiste all'esclusione dell'intersecazione di competenze statali e regionali che dovrebbe tradursi nell'attivazione degli strumenti di leale collaborazione tra Stato e Regioni. In terzo luogo indirettamente viene giustificata ed ammessa dalla Consulta la normativa statale secondaria nella gestione dell'emergenza sanitaria poiché la lettera dell'art. 117 Cost. assegna allo Stato la potestà regolamentare solamente per quanto concerne le materie di competenza esclusiva statale⁹.

In relazione al secondo requisito la Consulta lo identifica nel «rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico» nonché nel «rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini» in quanto la legge regionale oggetto del giudizio «sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità» e che questo potrebbe compromettere «in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione». Per la Corte costituzionale «il *periculum in mora* è concretizzato dal fatto stesso che la legge regionale impugnata sia intervenuta, in quanto la diversificazione legislativa delle discipline costituirebbe di per sé stessa un pericolo (anche solo potenziale) di allentamento delle misure di contenimento della pandemia, e che il valore da preservare sia comunque quello della gestione centrale delle misure di contenimento.

di considerazioni. In primo luogo la Corte ha continuato ad applicare la prassi di disporre l'audizione delle parti nonostante questo non sia obbligatorio ex art. 21 Norme Integrative. In secondo luogo si deve evidenziare come dalla notifica del ricorso alla discussione dell'istanza sono decorsi ventitré giorni: questo sembrerebbe confermare la tesi secondo cui il termine dilatorio di venti giorni fra la notifica del ricorso e l'adozione dei provvedimenti sospensivi è derogabile solamente qualora ricorrano ragioni peculiari che ne impediscono l'osservanza.

⁹ E. LAMARQUE, *La sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4)* in *Giustizia Insieme*, 26.1.2021.

Ciò non preclude del tutto discipline in parte diversificate delle Regioni, ma le rende possibili soltanto attraverso atti adottati all'esito di procedure collaborative, e che dunque non possono che assumere una forma non legislativa e devono rimanere vincolati all'osservanza dei limiti imposti dalla legislazione statale¹⁰.

La decisione concernente la sospensione dell'intera l.r. n.11/2020 dipende dal fatto che nella fase cautelare non è possibile provvedere ad una «verifica analitica delle singole disposizioni» censurate.

L'ordinanza n. 4/2021 della Corte costituzionale risulta essere fondamentale per due motivi essenzialmente: il primo concerne la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria e il secondo è dato dalla circostanza in base alla quale detta pronuncia rappresenta la prima sospensione, in assoluto, dell'efficacia di una legge in via cautelare¹¹.

Precisamente il potere di sospensione cautelare dell'efficacia di una legge risulta essere contenuto nell'art. 40 l. n. 87/1953¹² concernente solamente i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni o tra Regioni per poi essere successivamente esteso anche ai giudizi di legittimità costituzionale dall'art. 9 della legge «La Loggia¹³». La disposizione in questione, infatti, sostituendo la precedente disciplina ha sancito la possibilità per la Corte costituzionale di sospendere d'ufficio l'efficacia delle leggi impugnate tramite l'adozione di una ordinanza motivata con la quale evidenziare il rischio di un irreparabile pregiudizio per l'interesse pubblico, per l'ordinamento giuridico della Repubblica oppure l'insorgenza di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini derivanti dalla vigenza della legge stessa.

Ulteriore fonte da richiamare è l'art. 21 delle «Norme integrative per i giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale» il quale, rubricato «istanza di sospensione» enuclea l'ipotesi che qualora le parti presentino un'istanza di sospensione è compito del Presidente della Corte, dopo aver sentito il Giudice relatore, di fissare l'udienza in camera di consiglio per la trattazione di detta istanza qualora ravvisi l'urgenza di provvedere; vengono rimesse alla discrezionalità del Presidente anche l'autorizzazione per quanto riguarda l'audizione

¹⁰ P. GIANSPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto*, fasc. 1/2021, p. 12.

¹¹ In dottrina era stato osservato che «se dal 2003 sono trascorsi sette anni prima che la Corte costituzionale esaminasse nel merito un'istanza di sospensiva, si potrebbe provocatoriamente porre il quesito se occorrerà attendere altri sette anni prima che la Corte decida di sospendere una legge». P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, 2010. Solamente con le ordinanze n. 245/2006 e 107/2010 la Corte costituzionale aveva ammesso il proprio potere di sospensione cautelare in relazione ad atti legislativi ma non l'aveva esercitato concretamente poiché non ricorrevano i requisiti prescritti dalla l. n. 87/1953.

¹² Legge 11.3.1953 n. 87.

¹³ Legge 5.6.2003 n. 131.

dei rappresentanti delle parti e per lo svolgimento di eventuali indagini.

A seguito dell'entrata in vigore della l.n. 131/2003 erano sorti in dottrina dei dubbi circa la necessaria sussistenza del *fumus boni iuris* poiché l'art. 135 l. n. 131/2003 conteneva una «tipizzazione del *periculum*¹⁴» da rinvenire nella presenza di un danno all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini, non vi era nessun riferimento al *fumus boni iuris*. La soluzione venne offerta da una ordinanza della stessa Corte con la quale precisò che l'esercizio del proprio potere cautelare deve rispettare i «principi generali che disciplinano la tutela in via d'urgenza¹⁵»: il potere di sospensione cautelare di una legge, di conseguenza, può essere esercitato in modo legittimo solamente qualora ricorrano congiuntamente il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* poiché il difetto di uno dei due determina il rigetto dell'istanza cautelare.

L'art. 35 della l. n. 131/2003 aveva fatto sorgere un ulteriore interrogativo: posto che lo stesso tratta del potere di adozione dell'ordinanza di sospensione della legge impugnata «d'ufficio» era sorto il dubbio circa la possibile ammissibilità dell'istanza di parte. La giurisprudenza costituzionale¹⁶, antecedente alla definizione delle modalità di presentazione e di valutazione dell'istanza cautelare (art. 21 Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹⁷), non dichiarò mai inammissibile una istanza di parte nel caso in cui aveva preso in analisi una determinata domanda cautelare¹⁸.

L'art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale evidenzia come l'istanza di parte non determini un obbligo per la Corte di provvedere ma deve essere interpretata quale «mera sollecitazione dell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale¹⁹» relativo alla rimessione al Presidente della Corte la decisione circa «l'urgenza del provvedere».

Nonostante il potere di sospensione cautelare sia previsto solamente dalla legislazione ordinaria lo stesso deve essere inserito all'interno del perimetro contrassegnato dagli art. 123 e 127 Cost: questi articoli, infatti, posto che giustificano l'annullamento della legge al termine del giudizio, allo stesso tempo legittimano «la

Corte ad esercitare anche il potere cautelare di sospendere la legge in ricorrenza (*fumus*) delle gravi ragioni che costituiscono il *periculum in mora*, evidentemente apprezzate in termini tali da non generare contraddizioni nel percorso argomentativo che definirà il giudizio principale²⁰». Si tratta di un potere eccezionale il cui esercizio risulta essere strettamente circoscritto alle disposizioni che lo prevedono²¹. Una conferma di questa interpretazione restrittiva deriverebbe anche dalla considerazione in base alla quale il potere di sospensione cautelare è stato enucleato quale conseguenza diretta della modifica apportata dall'art. 127 Cost. ad opera della l. cost. n. 3/2001.

Alla luce di questo il potere di sospensione cautelare non deve essere interpretato come condizione di svantaggio²² per le Regioni qualora resistenti in sede di giudizio principale poiché, rispetto ad esse, è necessario valutare le esigenze di garanzia sancite dalla n. 87/1953. Solamente al ricorrere dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* la Corte può anticipare la tutela derivante dalla propria pronuncia di merito e limitatamente all'esistenza e ricorrenza di detti presupposti può sospendere l'efficacia degli atti impugnati fino alla propria pronuncia. Qualora il Giudizio non dovesse accogliere la sospensione questa si esaurirebbe a partire dalla data del deposito che la disponeva e perderebbe efficacia *ex nunc* fino al momento della pubblicazione della «nuova» sentenza sul ricorso principale. Nell'ipotesi di accoglimento questo farebbe propri gli effetti dell'eventuale ordinanza di sospensione²³.

2. La pronuncia della Corte costituzionale

In via preliminare la Corte costituzionale, prima di esaminare il merito, affronta la problematica dell'ammissibilità del ricorso proposto: la Regione Autonoma Valle D'Aosta, infatti, aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso sostenendo che il vizio fosse, eventualmente, da riferire alle diverse ordinanze adottate dal Presi-

¹⁴ M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n.3/2010, p. 31.

¹⁵ Corte cost. ord. n. 107/2010.

¹⁶ Per un approfondimento vedasi P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni*, 2007, pp. 153-160. A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 2444-2445. A. VUOLO, *Il crollo di un altro antico feticcio*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010.

¹⁷ G.U. 7.11.2008, n. 261.

¹⁸ Corte cost. ord. nn. 116, 117, 118, 119 del 2004 e l'ordinanza n. 245/2006.

¹⁹ A. RAUTI, *Le nuove "Norme integrative" della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, p. 16-

²⁰ R. DICKMAN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n.4)* in *Federalismi.it.*, fasc. 4/2021, p. 122.

²¹ Orientamento dottrinario contrapposto ritiene legittima l'estensione del potere di sospensione anche ai giudizi di legittimità instaurati in via incidentale, anche all'ipotesi in cui oggetto siano leggi-provvedimento. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi* Cedam, Padova, 2008, pp. 49-53

²² Parte della dottrina aveva avanzato i propri timori in tal senso, C. PINELLI, Art. 9, in *Legge "La Loggia", Commento alla legge 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Rimini, 2003, p. 180 ss. P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale (Commento all'art. 9)*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131* Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 183-194. F. DRAGO, *I ricorsi in via d'azione tra attuazione del Titolo V e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4815.

²³ J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra i poteri dello Stato. Verso un'estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, pp. 217-219.

dente della Giunta e non alla legge in questione dato che quest'ultima avrebbe avuto solamente lo scopo di «adeguare la programmazione regionale» alle disposizioni adottate a livello centrale.

Per la Consulta si tratta di un'eccezione infondata in quanto l'interpretazione offerta dalla Regione non può essere seguita dato che appare «evidente che la legge regionale impugnata impedisce l'immediata e diretta applicabilità delle misure statali sul territorio valdostano, visto che esse per larga parte non possono trovare spazio, ove differenti dalle previsioni legislative regionali, se non a seguito di un recepimento da parte del Presidente della Giunta». Di conseguenza i vizi di illegittimità costituzionale denunciati dal ricorrente devono essere riferiti alle disposizioni legislative e non all'assetto che l'ordinamento della Valle D'Aosta può assumere a seguito delle ordinanze del Presidente della Regione. Le disposizioni della l.r. n. 11/2020, secondo il giudizio del Giudice delle Leggi, «collocano tali ordinanze nel quadro di una procedura di contenimento del virus differente da quella statale, e potenzialmente idonea a impedire la immediata applicazione di quest'ultima, per di più in una materia ove, invece, la tempestività della risposta all'evoluzione della curva epidemiologica è fattore decisivo ai fini della sua efficacia».

Per quanto attiene alla disamina del merito la Corte costituzionale articola la propria pronuncia su due aspetti essenziali.

Il primo concerne la competenza relativa alla gestione dell'emergenza: riprendendo quanto sostenuto nell'ordinanza n. 4/2021 ricorda che la materia appartiene alla competenza esclusiva dello Stato rientrando nella materia «profilassi internazionale» (art. 117 co.2 lett. q) Cost.) la quale, a sua volta, comprende ogni misura diretta a contrastare o prevenire una pandemia sanitaria. A tal proposito vengono richiamati gli artt. 6 e 7 della l. n. 833/1978 i quali precisano che la profilassi internazionale e la «profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie» sono state definite come materie strettamente correlate, affidate alla competenza dello Stato nonostante la seconda di queste sia stata oggetto di delega, in un momento successivo, alle Regioni. A questo la Corte aggiunge che la materia «profilassi internazionale» non è qualificabile quale materia trasversale²⁴ poiché essa, per le sue peculiari caratteristiche, invade ogni profilo della disciplina. A tal proposito nella sentenza in esame viene richiamata la precedente giurisprudenza costituzionale secondo la quale «ragioni logiche, prima che giuridiche»²⁵ richiedono l'esistenza nell'ordinamento costituzionale di adottare una disciplina unitaria avente carattere nazionale e che sia idonea a tutelare l'uguaglianza delle persone per quanto concerne l'esercizio del diritto

fondamentale alla salute nonché di tutelare, allo stesso tempo, l'interesse della collettività²⁶.

L'azione e il coordinamento unitario durante un'emergenza sanitaria è espressione anche della distribuzione di competenze costituzionali alla sezione del livello di governo adeguato per ogni ambito della gestione di una crisi, il tutto in ottemperanza di quanto sancito dall'art. 118 Cost. Viene sottolineato che «qualora il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate». Nonostante l'art. 32 l. n. 833/1978 riconosca alle Regioni e agli Enti locali il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di igiene e di sanità pubblica è necessario ricordare che detto potere è subordinato all'efficacia di tali misure poste in essere da quel determinato livello di governo; di conseguenza è compito del Ministro della Salute provvedere nell'ipotesi in cui sia necessario disciplinare l'emergenza sull'intero territorio nazionale o su parti di esso comprendenti più Regioni²⁷. Detta previsione viene recepita altresì dall'art. 117 d.lgs. n. 112/1998 il quale precisa che a seconda «della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali» e dall'art. 50 co.5 d.lgs. n. 267/2000.

Si tratta di una previsione ripresa anche dagli artt. 7 co.1 lett. c) e 24 del d.lgs. n. 1/2018: dalla lettura combinata di dette disposizioni emerge che è solamente la concentrazione della crisi su una determinata porzione di territorio ad imporre necessariamente il coinvolgimento delle autonomie locali. A contrario, nell'ipotesi in cui l'emergenza assuma rilievo nazionale, anche per una inadeguata «capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali»²⁸ lo Stato ha il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti di protezione civile a seguito dell'acquisizione dell'intesa con le Regioni e le Province autonome «territorialmente interessate».

Il secondo aspetto affrontato dalla Corte costituzionale concerne il modello concretamente utilizzato dal legislatore, definito come conforme al disegno costituzionale poiché il modello adottato è stato caratterizzato da «una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pande-

²⁴ Si trattava della tesi sostenuta dalla difesa regionale.

²⁵ Corte cost. n. 5/2018.

²⁶ Corte cost. n. 169/2017, 338/2003 e 282/2012.

²⁷ «Per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti».

²⁸ Corte cost. n. 237/2003, n. 246/2019.

mia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri». Per la Corte costituzionale, infatti, nei diversi decreti-legge è possibile rinvenire il fondamento giuridico dei poteri esercitati da Stato, Regioni ed enti locali nella gestione della pandemia. A seguito di questa riflessione viene precisato che oggetto del giudizio non sia la legittimità dei diversi DPCM ma il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire con la disciplina posta da parte del legislatore statale²⁹.

A conclusione delle riflessioni appena esposte la Corte costituzionale ritiene sussiste «l'invasione della sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato» determinata dalla «sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione sottratta all'intervento del legislatore regionale».

3. Quale futuro per il regionalismo italiano?

L'emergenza sanitaria da Covid-19 è stata caratterizzata da una «frammentazione di interventi regolatori che in caso di emergenza non determina solo sperequazioni fra cittadini in ragione della loro residenza, ma riduce notevolmente la portata dell'azione di governo» causata da un «precario assetto dell'assetto delle fonti, che ha cercato inutilmente di coprire l'impotenza di fronte a iniziative e pretese di parte regionale eccedenti il costituzionalmente disponibile, proprie più di repubblicette che di autonomie vissute nel quadro dell'unità repubblicana³⁰».

La problematica principale nei rapporti Stato-Regioni è rinvenibile da una parte nella mancata differenziazione territoriale³¹ e dall'altra nelle conseguenze negative che decisioni assunte da una determinata Re-

gione hanno prodotto nei confronti di un'altra Regione³².

La sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale, riprendendo la precedente ordinanza n. 4/2021, purtroppo non risulta essere sufficientemente significativa nel dirimere e nel porre fine alla eccessiva sovrapposizione di atti legislativi, provvedimenti amministrativi adottati non solo a livello regionale ma anche centrale. Il Giudice delle Leggi, infatti, nonostante qualifici di esclusiva competenza statale la materia «profilassi internazionale» allo stesso tempo ammette interventi regionali per quanto concerne le materie di competenza delle Regioni. In questo modo «Palazzo della Consulta pare non considerare adeguatamente come l'ammissione di interventi da parte delle Regioni, nelle materie di loro competenza e secondo la logica del principio di leale collaborazione, pone le premesse, anche a livello legislativo e non solo amministrativo, per l'adozione di misure di prevenzione "parcellizzate", variabili cioè a seconda delle scelte discrezionali non solo dei Presidenti delle Giunte, ma anche dei Consigli regionali, aumentando così il già confuso decentramento cui stiamo assistendo³³».

Alla luce di queste considerazioni la possibile soluzione per la gestione dell'emergenza può rinvenirsi sicuramente in una differenziazione, non solo regionale ma anche provinciale e comunale ma a condizione che il coordinamento avvenga a livello centrale. È richiesto che la differenziazione venga disciplinata interamente dalla legislazione nazionale poiché solamente questa può essere definita come rispettosa della «ratio garantita della riserva di legge: è la fonte primaria statale che deve chiarire subito chi fa che cosa e quali sono i limiti e il perimetro dei poteri regionali³⁴».

4. Il problema delle fonti del diritto durante l'emergenza sanitaria da COVID-19

Sebbene la sentenza n. 37/2021 possieda quale contenuto principale le dinamiche dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria è doveroso soffermarsi su due affermazioni, apparentemente incompatibili tra di loro, e sul loro significato.

Il riferimento è al considerato in diritto n. 9 dove si legge «il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di

²⁹ «Ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna [...]. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste di disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge». Corte cost. n. 198/2004.

³⁰ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2020, pp. 52-53. Si segnala come dottrina contrapposta abbia sostenuto che la gestione da parte delle Regioni sia stata connotata da aspetti positivi al punto da realizzare concretamente una «differenziazione virtuosa che sembrava così ostica da capire per chi ragionava sulla falsariga di un assioma sbagliato, in base al quale la differenziazione tra Regioni produrrebbe di per sé disequaglianza». E. BALBONI, *Autonomie o centralismo contro il coronavirus*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020, pp. 373-375.

³¹ G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimento della forma dello Stato?* In *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 933. M. BETZU - P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BiolaJournal, Special Issue*, n. 1/2020.

³² E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato Regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 578-594.

³³ D. TRABUCCO, *I «sovranisti» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2021, p. 369.

³⁴ G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimento della forma dello Stato?*, op. cit., p. 933.

introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire (...) perciò precipuamente in tali fonti statali ad hoc, e nella successiva produzione legislativa ad esse affine (quale il decreto-legge 5 gennaio 2021, n. 1, recante: «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»), che si rende necessario rinvenire il fondamento giuridico dei poteri esercitati da Stato, Regioni ed enti locali per rispondere alla pandemia. Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo».

In altri termini la Corte, pur precisando che oggetto del giudizio non è la legittimità dei diversi DPCM, sostiene che sebbene il modello concretamente utilizzato dal legislatore statale possa definirsi come compatibile rispetto al disegno costituzionale lo stesso non rappresenta l'unica modalità per affrontare la gestione di un'emergenza sanitaria. L'interpretazione che, nell'opinione di chi scrive, è possibile fornire a dette affermazioni deve necessariamente essere condotta su due piani.

In primo luogo il riferimento è a precedenti pronunce della Consulta con le quali erano state ammesse le ordinanze contingibili ed urgenti ma alla condizione che le stesse fossero rispettose dei principi generali dell'ordinamento giuridico³⁵ nonché della riserva di legge, sia essa assoluta o relativa³⁶. Nel momento in cui la stessa Corte costituzionale precisa l'estraneità dal presente giudizio probabilmente le legittimità dei diversi DPCM, probabilmente, vuole ricordare che la tecnica composta da fonte primaria recante i contenuti e le modalità dell'azione amministrativa la quale affida la concreta attuazione di dette misure alla disciplina delle fonti secondarie non risulta essere in contrasto con la Costituzione. In altri termini sembra che la Corte invii un monito al Legislatore ricordando che la combinazione fonte primaria e fonte secondaria è costituzionalmente conforme a condizione che siano rispettati determinati requisiti di forma.

In secondo luogo l'allusione ad altre modalità di gestione dell'emergenza potrebbe alludere alla necessità di utilizzare non solo il binomio decreto-legge e successivo DPCM ma anche e soprattutto all'adozione di una legge organica necessaria per disciplinare lo stato di emergenza sanitaria. Se a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza l'unico strumento da utilizzare era il decreto-legge attualmente risulta essere più che

necessario che lo stato emergenziale venga recepito e disciplinato da una legge organica adottata dal Parlamento. Sempre questo riferimento a diverse strategie di gestione potrebbe essere altresì un segnale che la Corte invia al legislatore sulla necessità di riflettere per quanto concerne la costituzionalizzazione dello stato di emergenza.

5. Conclusioni

La sentenza oggetto della presente trattazione risulta essere sicuramente importante per due elementi di novità: la prima pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha affrontato una delle problematiche giuridiche determinata dalla gestione dell'emergenza sanitaria ma anche in quanto successiva alla prima ordinanza di sospensione dell'efficacia di una legge in via cautelare.

Nonostante questi due aspetti si tratta di una sentenza definibile come sibillina: nelle proprie statuizioni il Giudice delle Leggi pone concetti suscettibili di essere contrastanti tra di loro. L'esempio è stato fornito nei precedenti paragrafi ed è riferibile sia all'oggetto del giudizio costituzionale sia alla problematica delle fonti del diritto.

L'interpretazione finale che potrebbe essere fornita alla sentenza n. 37/2021 è quella di una sentenza contenente apparentemente una massima di diritto ben definita accompagnata da diversi moniti rivolti non solamente al legislatore statale ma anche a quello regionale. Precisamente in base a quest'ultimo monito implicito viene richiesto ai due legislatori di essere rispettosi nel principio di leale collaborazione «prevedendo che i d.P.C.m. siano preceduti, a seconda degli interessi coinvolti, dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (...) Si tratta di una soluzione normativa consona sia all'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche».

³⁵ Corte cost. n. 26/1961.

³⁶ Corte cost. n. 115/2011.

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii.)

Avvalimento "premile" – Finalità – E' in contrasto con la ratio dell'istituto

La funzione dell'avvalimento si specifica in relazione alla sua attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara". Sta in ciò (al di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire una migliore valutazione dell'offerta. E' dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi – potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, propter tenorem rationis, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Cons. di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, Pres. F. Caringella, Est. G. Grasso

Avvalimento - Requisiti di partecipazione – È consentita la sostituzione dell'ausiliaria ancorché successivamente all'aggiudicazione purchè nella fase precedente l'esecuzione del contratto

Ai sensi dell'art. 89, comma 3, D.lgs. 50/2016 la verifica dei requisiti di partecipazione deve essere eseguita dalla Stazione appaltante in via diretta e d'ufficio. Qualora venga accertata la sussistenza di cause di esclusione in capo alla ausiliaria, la stessa stazione appaltante deve assegnare un termine al concorrente al fine di consentirne la sostituzione dell'ausiliaria ancorché successivamente all'aggiudicazione ma comunque nella fase precedente l'esecuzione del contratto, in conformità al canone del favor participationis.

Cons. di Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n.2580, Pres. F. Frattini, Est. R. Sestini

Cauzione provvisoria – Termine di efficacia – Soccorso istruttorio

L'indirizzo giurisprudenziale estensivo in ordine al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici formatosi nei confronti di irregolarità formali della cauzione provvisoria (cfr. Cons. Stato, III, 6 novembre 2019, n. 7580, 13 giugno 2018, n. 3635; V, 10 aprile 2020, n. 2359, 22 luglio 2019, n. 5138) può in linea generale essere applicato anche al termine di efficacia della cauzione, il cui prolungamento consentito dal garante per renderlo conforme alla normativa di gara dimostra a posteriori che il merito di credito del concorrente era esistente sin dall'inizio, e che dunque non vi è stata alcuna lesione della par condicio competitorum.

Cons. di Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n.3166, Pres. F. Caringella, Est. F. Franconiero

Gara telematica – Modalità di espletamento – Non è obbligatoria la seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche

In generale sussiste l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, onde assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti. La modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente peraltro di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è ritenuta idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di

seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre.

Cons. di Stato, sez. V, 01 marzo 2021, n.1700, Pres. F. Franconiero, Est. F. Di Matteo

Garanzia provvisoria – Adempimento doveroso – La clausola del disciplinare che stabilisca l'esclusione in caso di mancanza della garanzia provvisoria non può essere taciata di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – È peraltro ammesso il soccorso istruttorio

L'art. 93 del Codice dei contratti pubblici in tema di garanzia provvisoria non contiene una esplicita comminatoria di esclusione e tuttavia, detta una prescrizione la quale, sebbene il suo inadempimento non sia testualmente presidiato dalla sanzione espulsiva, rientra tra le norme che contemplano cause di esclusione; e ciò alla luce dell'orientamento espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21) secondo cui fra le cause di esclusione rientrano non solo le ipotesi espressamente previste dal Codice dei contratti pubblici o da altre leggi, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In questa prospettiva, considerata l'essenziale funzione svolta dalla garanzia provvisoria in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario, la clausola del disciplinare di gara che ha testualmente stabilito l'esclusione non può essere taciata di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Non si tratta, tuttavia, di esclusione immediata essendo ammesso il soccorso istruttorio, ammissibile qualora l'atto oggetto della regolarizzazione o della integrazione successiva sia stato perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione.

Cons. di Stato sez. V, 23 marzo 2021, n.2483, Pres. L. B. Caracciolo, Est. G. Manca

Offerta economica – Obbligo di indicazione separata dei costi di manodopera – Omessa indicazione dei costi – Ipotesi nelle quali è consentito il soccorso istruttorio

La portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione separata e distinta dei costi della manodopera quale componente essenziale dell'offerta economica -e la conseguente sottrazione alla postuma sanatoria- non opera secondo quanto ritenuto dalla sentenza della Corte di Giustizia, sez. IX, 2 maggio 2019 in causa C-309/18 -confermato dall'Adunanza plenaria nelle sentenze del 2 aprile 2020, n. 7 e n. 8- nel caso in cui "le disposizioni della gara d'appalto non consent[ano] agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche", nel qual caso, sulla scorta dei principi di trasparenza e di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante attivazione del soccorso istruttorio. Non ricorrono le condizioni di "materiale impossibilità" di separata evidenziazione quando: a) l'omessa indicazione dell'obbligo nel corpo della lex specialis appare priva di rilievo affidante, in ragione della ribadita attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa del Codice, che deve senz'altro postularsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico; b) sussista la non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante (redatti in formato .pdf), che non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, della integrazione ad opera dell'offerente. Invero, la scusabilità della omessa indicazione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti dalla stazione appaltante, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile.

Cons. di Stato, sez. V, 08 aprile 2021, n.2839, Pres. C. Saltelli, Est. G. Grasso

Consorzio stabile – Consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori – È equiparabile all'impresa ausiliaria

La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione.

Cons. di Stato, Ad.Pl., 18 marzo 2021, n. 5, Pres. F. Patroni Griffi, Est. G. Veltri

Subappalto e Contratti continuativi di cooperazione – Differenze – La disciplina in tema di subappalto non è estensibile al contratto di cooperazione

La distinzione tra la figura del subappalto e quella dei contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura si fonda non solo sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle

obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un'alterità, anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale. Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile al contratto di cooperazione, se non si dimostri che quest'ultimo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto. Pertanto, non è giustificabile l'applicazione della norma che impone all'operatore economico di dichiarare all'atto dell'offerta le parti dei lavori, dei servizi o delle forniture che intende subappaltare (art. 105, comma 4). Per un verso l'operazione ermeneutica si tradurrebbe in un'inammissibile estensione analogica della norma sul subappalto; per altro verso, finirebbe per l'integrare una causa di esclusione dalla procedura di gara non prevista dalla legge e quindi in contrasto col principio di tassatività.

Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n.2962, Pres. C. Saltelli, Est. G. Manca

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 350
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli

INTERNAZIONALE



a cura di

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Michele Corleto

Ricercatore di Diritto Internazionale

Francesco Romanelli

Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea

Espulsione dal territorio dello Stato dello straniero – Rifugiato – Divieto di trattamenti inumani e degradanti – Art. 3 CEDU

La Corte si pronuncia sull'espulsione del rifugiato dal territorio dello Stato senza previa verifica di effettiva cessazione delle ragioni di attribuzione dello status.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. V, caso K.I. c. Francia, ricorso n. 5560/19, sentenza del 15 aprile 2021.

Viola l'art. 3 CEDU l'autorità nazionale che espella taluno, revocandone il precedente status di rifugiato, senza verificare che, al momento della decisione, siano realmente cessate le ragioni che avevano consentito di attribuirgli quella qualifica e senza valutare i rischi che l'interessato corre nell'eventuale ritorno al Paese d'origine. Nel caso di specie, un rifugiato ceceno che viveva in Francia e lì era stato condannato per terrorismo, veniva espulso previa revoca del suo status; alla decisione del giudice d'oltralpe seguiva quella di rimpatriarlo in Russia. La Corte di Strasburgo censura l'autorità nazionale per non avere valutato se permanessero o meno le condizioni per attribuire al ricorrente la qualifica di rifugiato e per non avere apprezzato i rischi concreti legati ad un suo ritorno in Russia.

Violenza sessuale – Diritto alla vita privata – Divieto di trattamenti inumani – Art. 3 CEDU – Art. 8 CEDU

La Corte si pronuncia su una questione concernente la violazione del diritto al rispetto della vita privata e del divieto di trattamenti inumani.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II, caso E.G. c. Repubblica di Moldova, ricorso n. 37882/13, sentenza del 13 aprile 2021.

Vittima di un episodio di violenza sessuale era una donna, violentata da tre uomini, identificati dalla stessa e giudicati dalle autorità giudiziarie moldave. Due di essi erano stati condannati a pene severe e nei loro confronti era stata posta in esecuzione la pena detentiva. Un terzo aggressore, colpevole di violenza sessuale semplice ai danni della donna, era stato condannato ad una pena di cinque anni di reclusione, ma gli era stata riconosciuta l'amnistia, grazie alla quale si allontanava dal suo Paese. La decisione con cui era stata concessa l'amnistia veniva annullata. La polizia cercava di rintracciarlo mediante l'inserimento nel data base Interpol di un mandato di ricerca e, successivamente, di un mandato di ricerca internazionale, rimasti senza esito.

La Corte di Strasburgo afferma due importanti principi: il primo, secondo cui l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate nei casi di tortura o maltrattamenti posti in essere da parte di funzionari statali, principio che secondo la Corte trova applicazione anche agli atti di violenza commessi da privati; il secondo è che la concessione della grazia o dell'amnistia riguardano questioni di diritto interno di ciascuno Stato membro non incompatibili con il diritto internazionale, salvo quando riguardano atti che costituiscono gravi violazioni di diritti umani fondamentali.

Secondo la Corte di Strasburgo, la violenza sessuale costituisce una grave violazione del diritto della vittima

ad essere protetta da atti di aggressione all'incolumità fisica e psichica, e, dunque, concedere l'amnistia all'autore di una violenza sessuale è in contrasto con gli obblighi positivi incombenti allo Stato, ai sensi degli articoli 3 e 8 della Convenzione EDU.

Diritto alla vita privata – Art. 8 CEDU – Vaccinazione obbligatoria – Società democratica – Principio di non ingerenza nella vita privata del singolo

La Corte riconosce come “necessaria in una società democratica” la vaccinazione obbligatoria e con la sua pronuncia indica i criteri che la legislazione nazionale deve rispettare per essere conforme al principio di non ingerenza nella vita privata del singolo.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso Vavricka e altri c. Repubblica Ceca, ricorso n. 47621/13, sentenza del 8 aprile 2021.

Secondo i giudici di Strasburgo non vi è alcuna violazione dell'art. 8 della CEDU sul ricorso dei genitori di alcuni minori di nazionalità Ceca contro le leggi di quello Stato che precludono l'iscrizione alla scuola d'infanzia ai bambini non vaccinati. Nella costante giurisprudenza della Corte EDU, la vaccinazione obbligatoria costituisce indiscutibilmente un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata, tutelata dall'articolo 8 della Convenzione. Non fa eccezione il caso esaminato dalla Corte, nel quale i minori non vaccinati erano stati esclusi dalla scuola d'infanzia.

Nella motivazione, la Corte EDU esamina se e quando la vaccinazione obbligatoria sia conforme ai parametri previsti dal secondo paragrafo dell'art. 8 della Convenzione. La limitazione alla libertà di autodeterminazione e l'ingerenza nella vita privata del singolo causata da una norma che impone l'obbligo di vaccinazione è consentita quando esistano le seguenti condizioni: la previsione di legge; gli obiettivi di protezione della salute e dei diritti e libertà altrui; la necessità di tale opzione in una società democratica.

La Corte ribadisce che un'ingerenza alla vita privata deve trovare fondamento in una legge dell'ordinamento interno; legge che deve essere adeguatamente accessibile e formulata con sufficiente precisione per consentire, a coloro ai quali si applica, di regolare la propria condotta e, se necessario con un consiglio appropriato, di prevedere, le conseguenze che una determinata azione possa comportare

Nel caso esaminato ricorrevano entrambe le condizioni di accessibilità e di prevedibilità delle norme di diritto interno. Ciò che veniva contestato dai ricorrenti era invece il rango della fonte normativa che non era quella della legge parlamentare. Su questo punto la Corte non ha accolto la contestazione e ha affermato che il termine “legge” negli artt. 8 e 11 della CEDU deve essere inteso in senso “sostanziale” e non “formale”. La vaccinazione obbligatoria può dunque essere prevista non solo dalla legge primaria ma anche da atti giuridici di rango inferiore.

Per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti dal dovere di vaccinazione, l'obiettivo della legislazione è quello di proteggere dalle malattie che possono rappresentare un grave rischio per la salute. Ciò si riferisce sia a coloro che ricevono le vaccinazioni in questione, sia a coloro che non possono essere vaccinati e si trovano quindi in uno stato di vulnerabilità, contando sul raggiungimento di un alto livello di vaccinazione all'interno della società in generale per la protezione contro le malattie contagiose in questione. Questo obiettivo corrisponde alle finalità della tutela della salute e della tutela dei diritti altrui, riconosciute dall'articolo 8.

Entrando quindi nel merito delle scelte del legislatore della Repubblica Ceca, i giudici di Strasburgo condividono la necessità in quel Paese di imporre il dovere di vaccinazione, in risposta ad una pressante esigenza sociale di tutela della salute individuale e pubblica e soprattutto come difesa dalla tendenza alla diminuzione del tasso di vaccinazione tra i bambini.

Diritto alla privacy – Tutela dei dati personali sensibili – Transazione di divorzio – Trasferimento di proprietà

La Corte si pronuncia sul diritto del ricorrente a vedersi garantita dal Tribunale la tutela della privacy sui propri dati personali sensibili, a seguito della richiesta di iscrizione nel registro fondiario della sua quota di proprietà comune alla moglie divorziata.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, caso Liebscher v. Austria, ricorso n. 5434/17, sentenza del 6 aprile 2021.

Il ricorrente e sua moglie, cittadini austriaci, in occasione di un divorzio consensuale, concludevano dinanzi al tribunale della famiglia un accordo contenente una panoramica dei beni e del reddito del richiedente e regolando la divisione dei beni matrimoniali, l'affidamento e la residenza dei due figli minori e la convenzione sugli alimenti.

Nel dicembre 2015 il ricorrente chiedeva al tribunale del registro fondiario, di iscrivere nel registro fondiario il trasferimento della sua quota di proprietà comune alla moglie divorziata e a tal fine presentava un “*estratto dalla transazione del divorzio*” che riproduceva solo il testo del capitolo relativa al “bene immobile”. L’estratto conteneva anche una nota del tribunale di famiglia che il documento “(conteneva) ... *tutti gli accordi relativi alla proprietà immobiliare*”. Secondo la legge sul registro fondiario del 1955, il registro fondiario è aperto al pubblico e può quindi essere consultato da chiunque senza restrizioni. Il tribunale del registro fondiario ha respinto la domanda del ricorrente, affermando che un estratto non soddisfaceva i criteri richiesti dalla legge perché occorre esaminare in dettaglio gli allegati di una richiesta per l’accertamento della proprietà. Il ricorrente ha sostenuto che, a parte l’accordo sulla separazione dei beni immobili, la transazione per il divorzio in questione conteneva anche dati personali sensibili, come informazioni riguardanti il pagamento degli alimenti, accordi di custodia dei genitori, accordi sulla separazione dei beni diversi dai beni immobili, e un elenco delle sue entrate e dei suoi beni.

La Corte accoglie la doglianza del ricorrente riguardante le accuse secondo cui, nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto interno, i tribunali austriaci non hanno tenuto debitamente conto né assicurato il pieno godimento del suo diritto alla protezione dei suoi dati personali. La Corte rileva, a tale riguardo, che il ricorrente non si è lamentato principalmente del fatto che il tribunale del registro fondiario sarebbe stato in grado di prendere visione del contenuto della transazione di divorzio, ma piuttosto della sua pubblicazione nell’archivio dei documenti pubblici, dove terzi hanno accesso illimitato al suo contenuto. La Corte ribadisce inoltre che l’articolo 8 della Convenzione richiede non solo che lo Stato si astenga da azioni che interferirebbero ingiustificatamente con il diritto alla privacy di un individuo, ma anche che dovrebbe istituire un sistema per la sua protezione e attuazione efficaci nei casi di interferenza illecita che rientri nel suo campo di applicazione. Ciò potrebbe richiedere l’adozione di misure volte a garantire il rispetto della vita privata, compresa sia la fornitura di un quadro normativo di meccanismi giudiziari ed esecutivi che proteggano i diritti delle persone sia l’attuazione, ove appropriato, di misure specifiche. Un tale sistema dovrebbe offrire la possibilità di un’efficace valutazione della proporzionalità dei casi di restrizione dei diritti di un individuo.

Rinnovazione della prova in appello – Art. 6 CEDU – Violazione del principio del giusto processo

La Corte si pronuncia in tema di rinnovazione in appello della prova decisiva in caso di assoluzione in primo grado.

Corte Europea dei diritti dell’uomo, sez. I, Di Martino e Molinari c. Italia, ricorsi nn. 15931/15 e 16459/15, sentenza del 25 marzo 2021.

Il tema oggetto della sentenza ha già riguardato numerose pronunce della Corte di Strasburgo con le quali si è stabilito il principio secondo cui, nel caso di assoluzione in primo grado, il Giudice di appello non può condannare l’imputato senza violare il principio del giusto processo, a meno di disporre la rinnovazione delle prove dichiarative ritenute decisive per l’overturning.

Questo principio era stato recepito in Italia attraverso le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione Dasgupta (n. 27620/16), Patalano (n. 18260/17) e Troise (n. 14800/18).

In particolare, la sentenza Patalano aveva reso applicabile l’obbligo del Giudice di seconde cure di rinnovare la prova anche in caso di rito abbreviato, nel quale di regola non vi è attività istruttoria in alcun grado di giudizio (fanno evidentemente eccezione le ipotesi di abbreviato condizionato, ex art. 438 comma 5, o quelle in cui il Giudice disponga l’esame di un teste, ex art. 441, comma 5).

Nel caso di specie, la vicenda ha visto i ricorrenti, che erano stati assolti in primo grado nell’ambito di un giudizio abbreviato, condannati nel grado successivo senza che il Giudice d’appello avesse rinnovato le prove ritenute decisive per la condanna.

Sul punto la Corte ha ritenuto che non vi sia stata alcuna violazione dell’art. 6 della Convenzione. La mancata rinnovazione della prova in appello, infatti, costituiva in questo caso una naturale conseguenza della libera scelta degli imputati di rinunciare all’oralità del processo.

Diritto al giusto processo – Ragionevole durata – Art. 6 CEDU – Violazione del diritto di accesso alla giustizia – Art. 13 CEDU – Violazione del diritto ad un ricordo effettivo

La Corte si pronuncia sulla titolarità, da parte della persona offesa, del diritto all’equo processo che si concluda in tempi ragionevoli.

Corte Europea dei diritti dell’uomo, sez. I, caso Petrella c. Italia, ricorso n. 24340/07, sentenza del 18 marzo 2021.

La sentenza della Corte condanna l’Italia, ritenendo sussistenti una violazione del diritto ad un giusto pro-

cesso entro un tempo ragionevole ai sensi dell'art. 6 CEDU, una violazione del diritto di accesso alla giustizia ai sensi dell'art. 6 CEDU, ed una violazione al diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU nel caso in cui le indagini preliminari si siano chiuse dopo cinque anni e mezzo con un provvedimento di archiviazione per prescrizione del reato, così privando la persona offesa della possibilità di agire per ottenere il risarcimento del danno da reato.

In primo luogo, la Corte osserva che sono trascorsi 5 anni e mezzo solo per la fase delle indagini preliminari in un caso di non particolare complessità e senza che fossero compiuti atti istruttori. Pertanto, riscontrata l'inerzia dell'autorità giudiziaria e vista la lunghezza della fase dedicata alle investigazioni, la Corte vi ha ravvisato una violazione del principio della durata ragionevole del procedimento. In questo modo i giudici di Strasburgo collocano anche in capo all'offeso la titolarità del diritto ad un giusto processo ai sensi dell'art. 6.

In secondo luogo, posto che l'inerzia investigativa ed il passaggio del tempo hanno determinato l'archiviazione per prescrizione del reato, la condotta delle autorità ha privato il denunciante della possibilità di costituirsi parte civile, non consentendogli di esercitare l'azione civile nel tipo di procedimento che egli aveva scelto di avviare. In proposito la Corte ribadisce che il denunciante non deve essere tenuto ad esercitare l'azione davanti al giudice civile a causa dell'inerzia delle autorità del procedimento penale, perché questo imporrebbe una nuova raccolta di prove che potrebbe essere estremamente difficile a causa del tempo trascorso dal fatto. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ritiene che sia violato l'art. 6 comma 1 nella parte in cui fonda il diritto di accesso alla giustizia, che deve essere riconosciuto in capo alla persona danneggiata che intenda esercitare l'azione civile nel processo penale.

Da ultimo, la Corte rileva che la c.d. legge Pinto (l. n. 89/2001), in materia di rimedi per violazione del principio della ragionevole durata del procedimento penale, non attribuisce il diritto all'equa riparazione alla vittima che non si sia costituita parte civile, così violando l'art. 13 CEDU.

Diritto al giusto processo – Equità del processo – Esame dei testimoni – Fattori di compensazione

La Corte si pronuncia sul diritto all'equità del processo e sui fattori di compensazione dello svantaggio patito dall'imputato per l'impossibilità di confrontarsi con i propri accusatori.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II, caso Fikret Karahan c. Turchia, ricorso n. 53848/07, sentenza del 16 marzo 2021.

È violato l'art. 6 della CEDU se alla difesa non è data la possibilità di esaminare i testimoni di parte avversa e non sussistono circostanze processuali capaci di compensare lo svantaggio patito dall'imputato per l'impossibilità di confrontarsi con i propri accusatori, caso nel quale la Corte non ha ritenuto di pronunciarsi sulle ulteriori doglianze del ricorrente, che lamentava di non avere ricevuto la notificazione della sentenza di primo grado e di non avere potuto discutere oralmente il proprio ricorso alla Suprema Corte turca, nonostante lo avesse richiesto; i giudici di Strasburgo, infatti, hanno considerato assorbente il difetto di equità rappresentato dall'infrazione del diritto dell'imputato al confronto con i testimoni dell'accusa.

Libertà personale – Immigrazione clandestina – Provvedimento di espulsione – Condizioni detentive

La Corte si pronuncia sulla tutela dei diritti dell'immigrato clandestino in attesa di espulsione, qualora sia sottoposto a misure che esorbitano dall'ordinaria severità dell'esperienza detentiva.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, caso Feilazoo c. Malta, ricorso n. 6865/19, sentenza del 11 marzo 2021.

Sono violati gli artt. 3 e 5 CEDU nel caso in cui un immigrato clandestino sia collocato in vinculis in attesa dell'espulsione e trattenuto per un periodo irragionevole, in condizioni che esorbitano l'ordinaria severità dell'esperienza detentiva e senza la possibilità di accedere alle risorse necessarie per la difesa dei propri diritti individuali. Nel caso di specie la Corte accoglieva il ricorso di un cittadino nigeriano, trattenuto per quattordici mesi in un centro per immigrati a Malta, in condizioni precarie e con lunghi periodi di isolamento non giustificato; all'interessato era, infine, impedito contattare la Corte europea a causa dell'azione ostativa dell'autorità penitenziaria.

«Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari – Regolamento (CE) n. 4/2009 – Ambito di applicazione ratione temporis – Articolo 75 – Decisioni emesse da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro prima dell'adesione all'Unione europea»

L'articolo 75, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, dev'essere interpretato nel senso che esso si applica soltanto alle decisioni emesse dalle autorità giurisdizionali nazionali in quegli Stati che erano già membri dell'Unione europea alla data di adozione di tali decisioni.

Il regolamento n. 4/2009 dev'essere interpretato nel senso che nessuna disposizione di tale regolamento consente che decisioni in materia di obbligazioni alimentari, emesse in uno Stato prima della sua adesione all'Unione europea e prima della data di applicazione di detto regolamento, siano riconosciute ed eseguite, dopo l'adesione di tale Stato all'Unione, in un altro Stato membro.

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Terza Sezione) del 15 aprile 2021, causa C-729/19, TKF contro Department of Justice for Northern Ireland

La Corte si pronuncia su un rinvio pregiudiziale della Court of Appeal in Northern Ireland (Corte d'appello dell'Irlanda del Nord, Regno Unito) la quale era stata investita del gravame proposto da un cittadino polacco, trasferitosi in Nord Irlanda nel 2006, dopo aver divorziato dalla moglie, anche lei cittadina polacca, nel 2004. Con decisioni del 24 ottobre 2013 e del 15 agosto 2014 un cancelliere della Magistrates' Court for Petty Sessions, District of Belfast and Newtownabbey ha registrato e dichiarato esecutive due decisioni in materia di alimenti emesse dall'autorità giurisdizionale polacca in data 14 febbraio 2003. Le decisioni di procedere alla registrazione sono state prese in applicazione dell'articolo 75 del regolamento n. 4/2009 ed ai sensi di tale norma i provvedimenti dell'autorità polacca sono divenuti esecutivi.

Il sig. TKF ha quindi proposto ricorso avverso le decisioni di registrare i provvedimenti polacchi dinanzi alla High Court of Justice in Northern Ireland, Queen's Bench Division sulla base del fatto che all'epoca in cui essi sono stati presi dall'autorità polacca, la Repubblica di Polonia non facesse ancora parte dell'Unione Europea.

La High Court of Justice in Northern Ireland, Queen's Bench Division ha respinto tale ricorso per il motivo che il regolamento n. 4/2009 non contiene alcuna disposizione che limiti il suo ambito di applicazione *ratione temporis* alle sole decisioni in materia di alimenti emesse da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dopo la data della sua adesione all'Unione.

TKF ha interposto ulteriore gravame avverso tale sentenza dinanzi alla Court of Appeal in Northern Ireland, la quale nutre dubbi in merito all'applicabilità del regolamento n. 4/2009 alle decisioni in materia di obbligazioni alimentari emesse in Polonia prima dell'adesione di tale Stato membro all'Unione, nonché in ordine alla competenza del Magistrates' Court for the Petty Sessions District of Belfast and Newtownabbey (Tribunale della circoscrizione territoriale di Belfast e Newtownabbey) a registrare le decisioni di cui trattasi ai sensi dell'articolo 75 di tale regolamento.

Ha quindi sottoposto alla Corte di Giustizia UE i seguenti quesiti: «1) Se l'articolo 75, paragrafo 2, del regolamento n. 4/2009 debba essere interpretato nel senso che si applica solo alle "decisioni" emesse in Stati che erano Stati membri dell'Unione al momento dell'adozione di tali decisioni. 2) Tenendo presente che la Polonia è attualmente uno Stato membro dell'Unione vincolato dal protocollo dell'Aia, se le decisioni in materia di obbligazioni alimentari emesse da un tribunale polacco nel 1999 e nel 2003, vale a dire prima che la Polonia diventasse uno Stato membro dell'Unione, possano essere ora registrate ed eseguite in un altro Stato membro dell'Unione in forza di una qualsiasi disposizione del regolamento n. 4/2009, e in particolare: a) in forza dell'articolo 75, paragrafo 3, e dell'articolo 56 del regolamento n. 4/2009; b) in forza dell'articolo 75, paragrafo 2, e della sezione 2 del capo IV del regolamento n. 4/2009; c) in forza dell'articolo 75, paragrafo 2, lettera a), e della sezione 3 del capo IV del regolamento n. 4/2009; d) in forza di qualsiasi altro articolo del regolamento n. 4/2009».

La Corte ha ricordato che il regolamento 4/2009 costituisca una *lex specialis* per quanto riguarda, in particolare, le questioni di competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali nel settore specifico delle obbligazioni alimentari¹ e che esso sia entrato in vigore a decorrere dal 18 giugno 2011.

La Corte ha anche ricordato che la Polonia è divenuta uno Stato Membro dell'UE il 1° maggio 2004 e che le decisioni di cui si è chiesta la registrazione nel 2013 furono adottate nel 2003.

Condividendo una difesa della Commissione, la Corte ha dichiarato di non ritenere che una decisione, ai sensi dell'articolo 75, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 4/2009, debba essere stata emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato che, alla data di adozione di tale decisione, era già membro dell'Unione². Infatti, sebbene dal tenore letterale di tali disposizioni discenda che è indispensabile che, nel momento in cui si chiede il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione, sia possibile constatare che una siffatta decisione promana da

¹ CGUE 4 giugno 2020, FX (Opposizione all'esecuzione di un credito di alimenti), C-41/19, EU:C:2020:425, punto 33.

² ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 1, prima frase, del Reg. 4/2009.

uno Stato che ha in quel momento la qualità di Stato membro dell'Unione, esso non implica, per contro, che tale qualità debba necessariamente essere esistita alla data di adozione della decisione di cui trattasi.

La Corte ha ricordato che l'articolo 75, paragrafo 2, primo comma, del regolamento n. 4/2009 discende che l'articolo 75, paragrafo 2, lettera a), di tale regolamento si applica solo a condizione che le decisioni che esso contempla rientrino, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, disciplinante la materia fino all'entrata in vigore del regolamento n. 4/2009.

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi richiamato la propria giurisprudenza secondo cui per fondare l'applicabilità del regolamento n. 44/2001 ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione di una decisione giurisdizionale, è necessario che alla data della pronuncia di tale decisione detto regolamento fosse in vigore tanto nello Stato membro d'origine, ossia nello Stato nel quale la decisione giurisdizionale è stata emessa, quanto nello Stato membro richiesto, ossia in quello nel quale il riconoscimento e l'esecuzione di tale decisione sono richiesti³.

La Corte ha quindi concluso, rispondendo così al primo quesito postole, che le decisioni emesse in Stati che non erano membri dell'Unione non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, e non si estende loro il beneficio delle disposizioni transitorie dell'articolo 75 del regolamento n. 4/2009, diretto, come ricordato al punto 45 della presente sentenza, a garantire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali pronunciate in vigenza di tale primo regolamento.

Sulla seconda questione, se, cioè, il regolamento n. 4/2009 debba essere interpretato nel senso che l'articolo 75 dello stesso o qualsiasi altra disposizione di tale regolamento consenta che decisioni in materia di obbligazioni alimentari, emesse in uno Stato prima della sua adesione all'Unione e prima della data di applicazione di detto regolamento, siano riconosciute ed eseguite, dopo l'adesione di tale Stato all'Unione, in un altro Stato membro, la Corte ha risposto negativamente ritenendo, anche sotto tale diverso profilo, che decisioni in materia di obbligazioni alimentari, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, emesse in uno Stato prima della sua adesione all'Unione e prima della data di applicazione del regolamento n. 4/2009 non possono essere riconosciute ed eseguite, dopo l'adesione di tale Stato all'Unione, in un altro Stato membro, ai sensi dell'articolo 75, paragrafo 3, di tale regolamento.

«Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2008/909/GAI – Articolo 8, paragrafi da 2 a 4 – Articolo 17, paragrafi 1 e 2 – Articolo 19 – Considerazione, ai fini di una sentenza cumulativa, di una condanna pronunciata in un altro Stato membro e che deve essere eseguita nello Stato membro in cui tale sentenza è emessa – Presupposti – Decisione quadro 2008/675/GAI – Articolo 3, paragrafo 3 – Nozione di "interferenza con una decisione di condanna o la sua esecuzione" che deve essere presa in considerazione in occasione dell'apertura di un nuovo procedimento penale avviato in uno Stato membro diverso da quello in cui tale decisione è stata pronunciata»

1) *Il combinato disposto dell'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, dell'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e dell'articolo 19 della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che consente l'emissione di una sentenza cumulativa che ricomprenda non soltanto una o più pene irrogate in precedenza a carico dell'interessato nello Stato membro in cui tale sentenza cumulativa è resa, ma anche una o più pene irrogate a suo carico in un altro Stato membro e che sono eseguite, in forza di suddetta decisione quadro, nel primo Stato membro. Una siffatta sentenza cumulativa non può tuttavia condurre ad un adattamento della durata o della natura di queste ultime pene che ecceda i rigorosi limiti previsti all'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, di detta decisione quadro, a una violazione dell'obbligo, imposto dall'articolo 17, paragrafo 2, di quest'ultima, di dedurre integralmente il periodo di privazione della libertà già eventualmente scontato dalla persona condannata nello Stato di emissione dalla durata totale della privazione della libertà personale da eseguire nello Stato di esecuzione, o ad una revisione delle pene irrogate a suo carico in un altro Stato membro, in violazione dell'articolo 19, paragrafo 2, della decisione quadro in parola.*

2) *L'articolo 3, paragrafo 3, della decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, letto alla luce del considerando 14 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che consente l'emissione di una sentenza cumulativa che ricomprenda non soltanto una o più condanne pronunciate in precedenza a carico dell'interessato nello Stato membro in cui tale sentenza cumulativa è resa, ma anche una o più condanne pronunciate a suo carico in un altro Stato membro e che sono eseguite, in forza della decisione quadro 2008/909, come modificata dalla decisione quadro 2009/299, nel primo Stato membro, purché la sentenza cumulativa in parola*

³ CGUE 21 giugno 2012, Wolf Naturprodukte, C-514/10, EU:C:2012:367, punto 34.

rispetti, relativamente a queste ultime condanne, i requisiti e i limiti derivanti dall'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, dall'articolo 17, paragrafo 2, e dall'articolo 19, paragrafo 2, della summenzionata decisione quadro 2008/909, come modificata.

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione) del 15 aprile 2021, causa C-221/19, AV con l'intervento di Pomorski Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przemoczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej

La questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la pronuncia di una sentenza cumulativa nei confronti di AV e che comprende, in particolare, una pena privativa della libertà inflitta da un giudice di un altro Stato membro e riconosciuta ai fini della sua esecuzione in Polonia.

AV, cittadino polacco, ha adito il Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunale regionale di Danzica, Polonia), giudice del rinvio, chiedendo la pronuncia di una sentenza cumulativa comprendente due pene detentive nei suoi confronti, vale a dire, da un lato, quella pronunciata dal Landgericht Lüneburg (Tribunale del Land, Lüneburg, Germania), con sentenza del 15 febbraio 2017, riconosciuta ai fini della sua esecuzione in Polonia con ordinanza del giudice del rinvio del 12 gennaio 2018, che AV deve scontare dal 1° settembre 2016 al 29 novembre 2021, e, dall'altro, quella pronunciata dal giudice del rinvio, con sentenza del 24 febbraio 2010, che AV dovrà scontare dal 29 novembre 2021 al 30 marzo 2030.

Il giudice a quo precisa che la qualificazione giuridica degli atti che hanno condotto alla sentenza del Landgericht Lüneburg corrisponde a quella operata dal diritto polacco e che la durata della pena privativa della libertà da scontare in Polonia, in conseguenza del riconoscimento di tale sentenza, è identica a quella della pena inflitta dal giudice tedesco, ossia cinque anni e tre mesi.

Nella sua domanda diretta alla pronuncia di una sentenza cumulativa, il ricorrente ha rilevato che, poiché la sentenza emessa dal Landgericht Lüneburg (Tribunale del Land, Lüneburg) è stata riconosciuta ai fini della sua esecuzione in Polonia, ricorrerebbero le condizioni per la pronuncia di una sentenza cumulativa che ricomprensca tale condanna.

La sentenza cumulativa, nell'ordinamento polacco, si trova al confine fra una sentenza di merito e l'esecuzione di una condanna e ricomprensca condanne divenute definitive, allo scopo di «correggere la reazione giuridica» ai reati commessi, che avrebbero potuto costituire oggetto di un procedimento unico e, quindi, di «razionalizzare le pene».

La sentenza cumulativa non costituisce un'ingerenza nelle singole sentenze interessate, dal momento che non pregiudica gli elementi essenziali di queste ultime, in particolare la determinazione della colpevolezza dell'autore di un dato reato, ma consente di valutare il complesso dell'attività illecita della persona oggetto di più condanne, e che solo la durata di queste ultime può essere modificata. Il giudice a quo ha indicato inoltre che, quando ricorrono le condizioni, emettere una sentenza cumulativa è obbligatorio, rilevando al contempo che l'articolo 85, paragrafo 4, del codice penale polacco, in combinato disposto con l'articolo 114a del medesimo codice, vieta la pronuncia di una sentenza cumulativa che ricomprensca condanne pronunciate in Polonia e condanne pronunciate negli altri Stati membri riconosciute ai fini della loro esecuzione in Polonia. Ha quindi sottoposto alla Corte i seguenti quesiti: 1) Se l'articolo 3, paragrafo 3, della decisione quadro 2008/675 debba essere interpretato nel senso che, agli effetti di tale disposizione, per interferenza si intende non solo l'inclusione in una sentenza cumulativa di una pena inflitta con sentenza emessa in uno Stato membro, ma anche l'inclusione in una tale sentenza di una pena che sia stata riconosciuta in un altro Stato membro per esservi eseguita unitamente a una sentenza pronunciata in tale Stato, nell'ambito della sentenza cumulativa. 2) Se, alla luce delle disposizioni della decisione quadro 2008/909, definite al suo articolo 8, paragrafi da 2 a 4, all'articolo 19, paragrafi 1 e 2, , nonché al suo articolo 17, paragrafo 1, prima frase, sia consentito emettere una sentenza cumulativa che ricomprensca le pene irrogate in uno Stato membro, riconosciute in un altro Stato membro per esservi eseguite unitamente ad una sentenza pronunciata in tale Stato, nell'ambito della sentenza cumulativa.

La Corte ha innanzitutto osservato che seppure la legislazione penale e le norme di diritto processuale penale nazionale a disciplina della sentenza cumulativa rientrano nell'ambito della competenza degli Stati membri, essi sono tenuti ad esercitare suddetta competenza nel rispetto del diritto dell'Unione⁴.

La Corte ha rilevato che una sentenza cumulativa non incide sulla dichiarazione di colpevolezza contenuta nelle sentenze di condanna, la quale è definitivamente acquisita, ma modifica il quantum della o delle pene inflitte; consiste cioè, nel convertire in una nuova pena unica una o più pene inflitte precedentemente a carico dell'interessato e conduce necessariamente ad un risultato più favorevole per l'interessato. Difatti, a seguito di più condanne, l'interessato può essere oggetto di una pena cumulativa il cui quantum è inferiore rispetto a quello risultante dall'addizione delle diverse pene derivanti dalle precedenti condanne distinte. In un'ipotesi del

⁴ CGUE 26 febbraio 2019, Rimšēvičs e BCE/Lettonia, C202/18 e C238/18, EU:C:2019:139, punto 57.

genere, il giudice dispone di un margine di discrezionalità per la determinazione dell'entità della pena, prendendo in considerazione la situazione o la personalità dell'interessato oppure circostanze attenuanti o aggravanti.

La Corte ha quindi esaminato per prima la seconda questione pregiudiziale se cioè l'emissione di una sentenza cumulativa che ricomprende non soltanto una o più pene irrogate in precedenza a carico dell'interessato nello Stato membro in cui tale sentenza cumulativa è resa, ma anche una o più pene irrogate a suo carico in un altro Stato membro e che sono eseguite, in forza della decisione quadro 2008/909, nel primo Stato membro.

Secondo tale normativa, l'autorità competente dello Stato di esecuzione, ai sensi dell'articolo 1, lettera d), della decisione quadro in esame, può adattare la pena pronunciata nello Stato di emissione, ai sensi del medesimo articolo, lettera c), soltanto se la sua durata è incompatibile con la legislazione dello Stato di esecuzione e quando essa è superiore alla pena massima prevista dalla legislazione di detto Stato per reati simili. La durata della pena in tal modo adattata non può essere inferiore a quella della pena massima prevista per reati simili dalla legislazione dello Stato di esecuzione⁵. Nell'ipotesi in cui sia la natura della pena pronunciata nello Stato di emissione ad essere incompatibile con la legislazione dello Stato di esecuzione, parimenti l'articolo 8, paragrafo 3, della decisione quadro 2008/909 consente all'autorità competente di quest'ultimo di adattare tale pena alla pena o alla misura prevista dalla propria legislazione per reati simili, purché la pena adattata corrisponda, il più possibile, alla pena irrogata nello Stato di emissione. In ogni caso, quest'ultima non potrà essere convertita in una sanzione pecuniaria. Ed in ogni caso la pena adattata non può essere più grave della pena imposta nello Stato di emissione in termini di natura o di durata.

La decisione quadro 2008/909 prevede quindi, come rilevato dai Giudici dell'Unione, requisiti rigorosi per l'adattamento, da parte dell'autorità competente dello Stato membro di esecuzione, della pena irrogata nello Stato membro di emissione.

Traendo una prima conclusione, la Corte afferma che l'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, della decisione quadro 2008/909 deve essere interpretato nel senso che esso consente che una sentenza cumulativa ricomprenda una o più pene irrogate in altri Stati membri e che sono eseguite, in forza di tale decisione quadro, nello Stato membro in cui suddetta sentenza cumulativa è emessa, purché quest'ultima non conduca ad un adattamento della durata o della natura delle pene in parola che ecceda i limiti rigorosi previsti dalle disposizioni summenzionate, giacché diversamente soggetti condannati in diversi Stati membri avrebbero un trattamento diverso da quelli condannati in un unico Stato con la violazione dei principi generali di eguaglianza, equità e ragionevolezza.

Ha proseguito la Corte riaffermando che l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, della decisione quadro 2008/909 deve essere interpretato nel senso che esso consente che una sentenza cumulativa ricomprenda una o più pene irrogate in altri Stati membri e che sono eseguite, in forza di suddetta decisione quadro, nello Stato membro in cui tale sentenza cumulativa è emessa, purché quest'ultima rispetti l'obbligo, previsto al paragrafo 2, di dedurre integralmente il periodo di privazione della libertà eventualmente già scontato dalla persona condannata nello Stato di emissione dalla durata totale della privazione della libertà personale da scontare nello Stato di esecuzione.

Poiché, prosegue il ragionamento della Corte, la sentenza cumulativa non può avere né per oggetto né per effetto di procedere alla revisione delle pene irrogate in altri Stati membri e che sono eseguite nello Stato membro in cui tale sentenza cumulativa è emessa, ne consegue che l'articolo 19 della decisione quadro 2008/909 deve essere interpretato nel senso che esso consente che una sentenza cumulativa ricomprenda una o più pene irrogate in altri Stati membri e che siano eseguite, in forza di tale decisione quadro, nello Stato membro in cui suddetta sentenza cumulativa è emessa, purché quest'ultima non porti ad una revisione delle pene.

La Corte ha quindi posto la sua attenzione sul primo quesito postole dal Giudice polacco se, cioè, se l'articolo 3, paragrafo 3, della decisione quadro 2008/675 debba essere interpretato nel senso che esso consente l'emissione di una sentenza cumulativa che ricomprende non soltanto una o più condanne pronunciate precedentemente a carico dell'interessato nello Stato membro in cui tale sentenza è emessa, ma anche una o più condanne pronunciate a suo carico in un altro Stato membro e che sono eseguite, in forza della decisione quadro 2008/909, nel primo Stato membro, purché suddetta decisione globale non comporti interferenze con la decisione di condanna pronunciata in tale secondo Stato membro né con qualsiasi altra decisione relativa all'esecuzione della stessa, né la sua revoca o il suo riesame.

La Corte ha rammentato che la decisione quadro 2008/675 è intesa a stabilire le condizioni secondo le quali le decisioni di condanna, precedentemente pronunciate in uno Stato membro a carico di una persona, devono essere prese in considerazione nel corso di un nuovo procedimento penale avviato in un altro Stato membro a carico della stessa persona per fatti diversi⁶. Essa mira a far sì che ciascuno Stato membro garantisca che alle condanne penali precedenti pronunciate in un altro Stato membro vengano attribuiti effetti giuridici equivalenti a

⁵ CGUE 11 marzo 2020, SF (Mandato d'arresto europeo – Garanzia di rinvio nello Stato membro di esecuzione), C-314/18, EU:C:2020:191, punto 64.

⁶ CGUE 21 settembre 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, punto 25; CGUE 5 luglio 2018, Lada, C-390/16, EU:C:2018:532, punto 27.

quelli attribuiti alle precedenti condanne nazionali conformemente al proprio diritto nazionale.

La Corte precisa che la decisione quadro in parola impone agli Stati membri di far sì che, in occasione dell'apertura di un nuovo procedimento penale nei confronti di una persona, le precedenti decisioni di condanna pronunciate in un altro Stato membro a carico della stessa persona per fatti diversi, riguardo alle quali sono state ottenute informazioni in virtù degli strumenti applicabili all'assistenza giudiziaria reciproca o allo scambio di informazioni estratte dai casellari giudiziari siano prese in considerazione al pari di quelle nazionali.

La Corte ha quindi ricordato di aver già affermato che la decisione quadro 2008/675 è applicabile a un procedimento nazionale volto a imporre, ai fini dell'esecuzione, una pena detentiva cumulativa che tiene conto della pena inflitta a una persona dal giudice nazionale e altresì di quella imposta nell'ambito di una precedente condanna pronunciata da un giudice di un altro Stato membro a carico della medesima persona per fatti diversi⁷.

In conclusione, afferma la Corte di Lussemburgo, risulta che, al fine di assicurarsi che alle precedenti decisioni di condanna pronunciate in un altro Stato membro vengano riconosciuti effetti equivalenti a quelli attribuiti a precedenti condanne nazionali, il giudice adito nell'ambito di un nuovo procedimento penale, quale il procedimento di sentenza cumulativa di cui trattasi nel procedimento principale, è tenuto, in linea di principio, a prendere in considerazione la precedente condanna pronunciata da un giudice di un altro Stato membro allo stesso modo in cui prenderebbe in considerazione una precedente decisione di condanna pronunciata da un giudice dello Stato membro al quale appartiene; ciò in applicazione del principio di evitare, per quanto possibile, che la persona interessata sia trattata in modo meno favorevole rispetto al caso in cui la condanna penale precedente fosse stata una condanna nazionale.

⁷ CGUE 21 settembre 2017, Beshkov, C171/16, EU:C:2017:710, punto 29.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sull'applicazione dell'istituto dell'*art bonus* per la manutenzione del verde pubblico. 360
di Elia Scafuri

DIRITTO PENALE

Il falso in autocertificazione costituisce reato? Il Tribunale di Reggio Emilia "piccona" la normativa
emergenziale. 365
di Biagio Arnone

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Causa del contratto, rinuncia abdicativa e sindacato del Giudice Amministrativo. È davvero (ancora)
possibile per il privato rinunciare unilateralmente alla proprietà di beni immobili nei rapporti
amministrativi? 370
di Daniele Vitale



Diritto civile

Sull'applicazione dell'istituto dell'*art bonus* per la manutenzione del verde pubblico.

abstract

Following an expression of interest to obtain collaboration proposals between citizens and public administration to care of urban greenery, is it legal to entrust to a third private company the conservation of green spaces availing itself of art bonus?

keywords

Art bonus – Public-private partnership – Conservation of historic gardens.

abstract

*A seguito di una manifestazione d'interesse per l'acquisizione di proposte di collaborazione fra cittadini e Amministrazione per la cura del verde urbano, è lecito affidare ad una società privata terza la manutenzione del verde pubblico avvalendosi del sostegno dell'*art bonus*?*

parole chiave

Art bonus – Partnership pubblico-privata – Manutenzione Giardini storici.

Il presente *focus* trae origine da un recente caso di cronaca che offre interessanti spunti sull'applicabilità dell'istituto dell'*art bonus*.

Invero, ha generato non poche polemiche l'affidamento, da parte del Comune di Napoli, della manutenzione della Villa comunale ad una nota associazione ambientalista (X), che a sua volta avrebbe incaricato una società privata (Y) – un'azienda di manutenzione del verde operante a livello nazionale con comprovata professionalità ed esperienza in materia di giardini storici – di effettuare i lavori previsti nell'arco di un triennio per un'ingente somma.

Diverse sono le perplessità sorte per l'assegnazione alla predetta associazione della cura del giardino monumentale: in molti si sono schierati apertamente contro quella che sembrerebbe, *prima facie*, una gestione della villa comunale da parte dei privati con soldi pubblici. A destare maggiore preoccupazione è la remunerazione della società Y (terza) attraverso i fon-

di dell'*art bonus*, ossia quelli provenienti da donazioni private in cambio delle quali è possibile ottenere un credito d'imposta.

Ma occorre fare un passo indietro.

A giugno 2019 compariva sul sito istituzionale del Comune di Napoli un avviso avente ad oggetto la manifestazione d'interesse per l'acquisizione di proposte di collaborazione fra cittadini e Amministrazione per la cura del verde urbano.

L'avviso esplicitava la volontà dell'Amministrazione di garantire la partecipazione e corresponsabilizzazione dei cittadini alla cura e tutela del verde – quale indispensabile valore per la salvaguardia dell'ecosistema urbano – sul presupposto della complessità della gestione e promozione del verde pubblico da parte del Comune, stante la difficile situazione economica dell'Amministrazione, in uno all'esiguo numero di risorse umane disponibili da impiegare nella pianificazione, progettazione, realizzazione e manutenzione del patrimonio verde.

Il bando era indirizzato a soggetti pubblici e privati organizzati in comitati e associazioni operanti nel settore ambientale, senza fine di lucro, qualificabili come Enti del terzo settore ai sensi del D.lgs. 117/2017¹.

Le manifestazioni di interesse avrebbero potuto riguardare, a titolo esemplificativo, proposte progettuali e operative di pronta realizzabilità per la manutenzione ordinaria o straordinaria, anche *una tantum*, delle aree verdi, degli alberi, degli elementi di arredo e dei manufatti all'interno dei tredici parchi cittadini (tra cui, evidentemente, figurava la Villa comunale), a sostegno della gestione dei suddetti parchi cittadini e della manutenzione ordinaria di alberature cittadine.

Le proposte progettuali sarebbero state esaminate, sotto il profilo della fattibilità tecnico-amministrativa, da parte del Servizio Verde della città, con il coinvolgimento di altri servizi comunali eventualmente interessati. In caso di valutazione positiva della fattibilità tecnica ed amministrativa, l'*iter* si sarebbe concluso con la sottoscrizione di una Convenzione. Diversamente, come nel caso di specie, le proposte aventi ad oggetto forme di collaborazione alla gestione dei parchi o in-

¹ Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in G.U. Serie Generale n. 179 del 02-08-2017 - Suppl. Ordinario n. 43.

terventi di manutenzione straordinaria o riqualificazione sarebbero state sottoposte al vaglio della Giunta comunale.

In risposta a tale bando, con specifico riferimento alla Villa comunale partenopea, vi aderiva un unico soggetto, l'associazione X, proponendo di realizzare, senza oneri per l'Amministrazione e la cittadinanza, un piano di interventi volto a mantenere e conservare il bene comune della Villa attraverso un'attività manutentiva ordinaria.

La proposta consisteva nella realizzazione di un «Piano triennale di manutenzione e cura della Villa Comunale di Napoli» per mantenere e conservare il bene culturale attraverso un'ideale attività manutentiva ordinaria posta in essere da un'apposita società (Y), che sarebbe stata realizzata grazie ad una cospicua somma elargita da mecenati privati.

Pertanto, a seguito di una lunga interlocuzione tra i funzionari tecnici dell'Amministrazione e i vertici dell'associazione (X) e della società terza (Y), veniva messo a punto il piano degli interventi che avrebbe contribuito, nell'arco di tre anni, ad accompagnare il patrimonio arboreo della Villa Comunale fino all'espletamento di tutte le procedure del bando di gara per il complessivo *restyling* della stessa.

Su tali presupposti, il Comune partenopeo approvava, con delibera di Giunta, il predetto Piano triennale di manutenzione e cura della Villa, accingendosi a firmare il protocollo d'intesa con l'Associazione (X), in un'ottica di sinergica collaborazione tra la P.a. e la cittadinanza.

Si profilava, a questo punto, uno scenario variegato: da un lato, infatti, l'associazione X manifestava grande entusiasmo, definendo la vicenda come un dono della stessa alla città di Napoli e specificando che i mecenati privati con i loro contributi avrebbero consentito di mettere in campo una squadra di competenze di straordinario valore per garantire alla Villa l'originaria veste di gioiello botanico e di parco storico pubblico di grandissimo valore paesaggistico e culturale; dall'altro, impazzavano le critiche tra quanti lamentavano asseriti profili di irregolarità per l'affidamento a privati del più antico e prestigioso parco pubblico della città chiedendo, in sostanza, alla P.a. di revocare l'affidamento all'associazione X.

Vale la pena, a questo punto, soffermarsi su un duplice aspetto: in cosa consiste l'*art bonus* e se l'istituto sia applicabile al caso di specie.

L'istituto dell'*art bonus*, quale sostegno del mecenatismo privato a favore del patrimonio culturale italiano, è stato introdotto nel nostro ordinamento dal D.l. n. 83/2014, «Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo», convertito in Legge n. 106/2014 e ss.mm.ii.²

² Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 mag-

Finalmente, nel 2014 il legislatore ha previsto che i soggetti privati che effettuino erogazioni liberali in denaro a sostegno della cultura, secondo le modalità e i criteri stabiliti per legge, possano godere di importanti benefici fiscali sotto forma di credito di imposta.

Nello specifico, le erogazioni liberali che danno diritto al credito di imposta si riferiscono agli anni di imposta a partire dal 2014³ e hanno ad oggetto i seguenti interventi:

- a) manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici;
- b) sostegno degli Istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica (musei, biblioteche, archivi, aree e parchi archeologici, complessi monumentali, *etc.*, sì come definiti dall'articolo 101 del Codice dei beni culturali e del paesaggio⁴) delle Fondazioni lirico-sinfoniche, dei Teatri di tradizione, delle Istituzioni concertistico-orchestrali, dei Teatri nazionali, dei Teatri di rilevante interesse culturale, dei festival, delle imprese e dei centri di produzione teatrale e di danza, nonché dei circuiti di distribuzione, dei complessi strumentali, delle società concertistiche e corali, dei circhi e degli spettacoli viaggianti;
- c) realizzazione di nuove strutture, restauro e potenziamento di quelle esistenti, di enti o istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo.

Inoltre, siffatte erogazioni possono essere elargite esclusivamente in favore del patrimonio di proprietà pubblica. Sono quindi esclusi dall'*art bonus* e dal credito di imposta agevolato le erogazioni liberali effettuate in favore di un bene culturale, se questo è di proprietà privata anche senza fini di lucro, compresi gli Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

In sede di conversione del citato D.l. n. 83, la misura agevolativa è stata estesa anche alle erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici, laddove destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi.

Con successiva legge n. 208/2015⁵ (c.d. legge di stabilità 2016) l'istituto dell'agevolazione fiscale al

gio 2014, n. 83, recante disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo, in G.U. Serie Generale n. 175 del 30.07.2014.

³ Le agevolazioni fiscali per erogazioni liberali destinate al sostegno dei Teatri di tradizioni sono entrate in vigore con la legge 23 dicembre n. 190 del 2014, e in tal caso le agevolazioni fiscali previste dall'*art bonus*, si applicano per le erogazioni effettuate a partire dal 2015.

⁴ Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 - Supplemento Ordinario, n. 28.

⁵ Legge 28 dicembre 2015, n. 208, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge di stabilità 2016), in G.U. Serie Generale n. 302 del 30.12.2015, Suppl. Ordinario n. 70.

65% per le erogazioni liberali a sostegno della cultura è stato stabilizzato e reso permanente.

Ancora, la legge 22 novembre 2017, n. 175 («*Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia*»), meglio conosciuta come *Codice dello Spettacolo*, in vigore dal 27 novembre 2017, all'art. 5, comma 1, ha allargato ad altri soggetti finanziati dal Fondo Unico per lo Spettacolo (F.U.S.) – quali le Istituzioni concertistico-orchestrali, i Teatri nazionali, i Teatri di rilevante interesse culturale, i Festival, le imprese e centri di produzione teatrale e di danza ed i circuiti di distribuzione – la possibilità di ricevere il sostegno di privati attraverso erogazioni liberali che danno diritto al mecenate di usufruire del credito di imposta *art bonus*.

Infine, il Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34⁶ ha ulteriormente esteso il beneficio ad altre categorie di soggetti finanziati dal Fondo Unico per lo Spettacolo (F.U.S.) quali: complessi strumentali, società concertistiche e corali, circhi e spettacoli viaggianti.

Con riguardo ai soggetti beneficiari, il credito d'imposta è riconosciuto a tutti i soggetti che effettuino le erogazioni liberali a sostegno della cultura e dello spettacolo previste dalla normativa in commento, indipendentemente dalla natura e dalla forma giuridica.

E, segnatamente: persone fisiche che non svolgono attività d'impresa; Enti che non svolgono attività d'impresa quali Enti non commerciali e società semplici; titolari di reddito d'impresa ossia imprenditori individuali, società ed enti che svolgono attività commerciale e stabili organizzazioni.

Vale la pena precisare che analogamente a quanto previsto per altre erogazioni liberali in denaro, l'Agenzia delle Entrate ha stabilito che anche tali erogazioni debbano essere effettuate avvalendosi esclusivamente di determinati sistemi di pagamento: in pratica, non possono beneficiare del credito d'imposta le erogazioni liberali effettuate in contanti, in quanto non offrono sufficienti garanzie di tracciabilità.

Infine, con riguardo al credito d'imposta detraibile, la normativa in parola specifica che esso è riconosciuto:

- a) alle persone fisiche e agli Enti non commerciali nei limiti del 15 per cento del reddito imponibile;
- b) ai soggetti titolari di reddito d'impresa nei limiti del 5 per mille dei ricavi annui⁷;

⁶ Convertito con modifiche in Legge 17 luglio 2020, n. 77, in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18/07/2020, n. 180.

⁷ A titolo di esempio: se il mecenate è costituito da una società di capitali, e quindi soggetta all'imposta IRES, che nel 2014 abbia presentato ricavi d'impresa pari a venti milioni di euro il credito d'imposta massimo che potrà detrarre è pari a centomila euro (il cinque per mille dei ricavi), quindi la società potrà sostenere erogazioni liberali agevolabili fino ad una spesa massima di euro 153.846,00; se il mecenate è una persona fisica, quindi soggetta ad imposta IRPEF, che nel 2014 presenti un reddito imponibile pari a centomila euro, il credito d'imposta massimo maturato nel 2014 sarà pari a $100.000,00 \cdot 15\% = 15.000,00$ euro e, quin-

ed è ripartito in tre quote annuali di pari importo.

Tale credito d'imposta è altresì riconosciuto qualora le erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici siano destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi, come nel caso in esame.

Tanto brevemente premesso in materia di *art bonus*, vale la pena chiedersi se l'istituto fosse applicabile al caso di specie.

Innanzitutto, è necessario sgombrare il campo da ogni dubbio in merito alla natura di bene culturale della villa partenopea che è un giardino storico e, dunque, rientra nei luoghi menzionati dalla normativa in materia di *art bonus*.

Invero la villa, con i suoi 110.000 mq risale al 1780, per volere del re Ferdinando IV di Borbone il quale, ispirandosi al giardino delle *Tuileries* parigine, volle per sé e per la nobiltà napoletana un luogo di passeggio, ritrovo e tranquillità, tanto che nel 1778 il sovrano affidò all'architetto Carlo Vanvitelli l'incarico di realizzare la Villa Reale. Se originariamente l'accesso al popolo era vietato e i viali alberati vennero abbelliti da statue neoclassiche, tempietti, fontane e da una splendida cassa armonica in ghisa e vetro, con l'Unità d'Italia la villa divenne fruibile da parte della cittadinanza ed assunse anche funzione di luogo commemorativo dei personaggi che hanno caratterizzato la storia della città.

Ad oggi vi si possono apprezzare numerosi monumenti e varietà botaniche di pregio⁸: con i suoi alberi storici, la Villa è stata definita come un vero e proprio «museo vegetale».

Concludendo, trattasi di un giardino storico che rientra, a pieno titolo, tra i beni culturali e paesaggistici del patrimonio culturale italiano oggetto di tutela e valorizzazione ai sensi della vigente normativa in materia.

Con specifico riferimento, poi, all'intervento che dovrà essere posto in essere sul bene culturale villa, trattasi di un intervento di manutenzione del verde, pure incluso tra quelli contemplati dalla normativa in materia.

Invero, come si diceva poco sopra, gli interventi che si possono sostenere con l'erogazione liberale dell'*art bonus* sono di tre tipologie: manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici (inclusi i giardini storici); sostegno ad Istituti e luoghi della cultura pubblici, Fondazioni lirico-sinfoniche, Teatri di tradizione ed altri Enti dello Spettacolo; realizzazione, restauro e

di, le erogazioni liberali agevolabili saranno al massimo pari a $15.000,00/65\% = 23.077,00$ euro.

⁸ All'interno della villa si trovano alberi storici (con oltre 200 anni) - al gusto esotico dell'800 risale anche la presenza di piante non autoctone, come ad esempio le sterlie giganti - ed edifici di grande pregio, come il Circolo della Stampa e la stazione zoologica Anton Dohrn, che ospita l'Acquario più antico d'Europa.

potenziamento di strutture di Enti e Istituzioni pubbliche dello spettacolo.

Non vi è alcun dubbio, dunque, che negli interventi della prima categoria, rubricati dalla legge «Interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici», siano ricompresi quelli di manutenzione dei giardini storici, come quello in esame.

Tant'è che anche sul sito istituzionale del Ministero della cultura (MiC)⁹ dedicato all'*art bonus* figurano, a mero titolo esemplificativo: il Giardino della Kolimbethra, la Villa e Giardino Bardini, Giardini Reali di Venezia, Parco del Castello dell'Aquila, i Giardini della Passeggiata, Villa Ghirlanda Silva, *etc.*

Ne deriva che la Villa Comunale di Napoli, con il proprio impianto vegetale storico, rientra a pieno titolo nella categoria dei giardini storici: pertanto, i mecenati privati che ne contribuiranno alla cura, conservazione, tutela e valorizzazione, potranno godere delle agevolazioni fiscali di cui all'istituto dell'*art bonus*.

Ferme tali premesse, tornando al caso di specie è facile osservare che la stessa Amministrazione comunale in passato abbia aderito a tale iniziativa attivando la raccolta fondi per interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, e restauro di una serie di beni culturali pubblici¹⁰.

Tuttavia, stavolta il giardino storico partenopeo è entrato nell'apposito elenco ministeriale di beni culturali tutelati e valorizzati grazie all'*art bonus* a seguito della domanda avanzata dall'Associazione (X), risultata affidataria dei lavori in risposta al bando del 2019, che dipoi ha incaricato la società (Y) per l'esecuzione dei lavori.

Così come previsto dalla predetta normativa, infatti, il beneficio del credito d'imposta viene riconosciuto dal legislatore qualora le erogazioni in denaro effettuate per i predetti interventi sui beni culturali siano destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi.

Tornando ora al caso in esame, le perplessità, dunque, sorgono dal fatto che la somma garantita dall'associazione X possa essere raccolta grazie allo strumento dell'*art bonus* e che quest'ultima abbia potuto iscriversi alla piattaforma del MiC per l'ottenimento di tale beneficio esclusivamente in quanto Ente affidatario. Chi polemizza con la scelta dell'Amministrazione comunale sostiene infatti che: se nell'avviso pubblico fosse stata garantita a tutti i soggetti interessati l'opportunità di partecipare, pur non disponendo *illo tempore* della somma necessaria, molti altri Enti del terzo settore vi avrebbero aderito; inoltre, se vi fosse stata una proce-

dura ordinaria, vi sarebbe stato anche un ribasso d'asta, con un enorme risparmio di fondi pubblici.

Senza voler entrare nel merito della discrezionalità dell'Amministrazione e delle previsioni del bando del 2019 – al quale, in ogni caso, ha dato una pronta risposta un unico soggetto, approntando un piano di manutenzione condiviso e senza oneri per l'Amministrazione – la vicenda in esame non sembra configurare una gestione pubblica «in mano privata».

Come si diceva poco sopra, infatti, trattasi di un intervento manutentivo inserito in un Piano di manutenzione e cura della Villa Comunale di Napoli passato per l'approvazione del competente organo comunale e scaturito da una proposta di un privato a seguito di bando pubblico: pertanto, l'intervento in questione pare aver fatto il proprio corso in termini di *iter* amministrativo.

Quanto al sostegno dell'*art bonus*, in ossequio alla vigente normativa in materia, il soggetto affidatario dei lavori potrà usufruirne proprio in quanto tale. Diversa, invece, è la questione della somma ritenuta idonea a porre in essere tali lavori, che non è stata quantificata dall'Amministrazione comunale e che, in ogni caso, non andrà ad incidere negativamente sulle casse comunali.

Concludendo, in disparte gli aspetti di discrezionalità amministrativa, l'intervento oggetto di *art bonus* appare in linea con analoghi interventi, posti in essere negli ultimi anni, sui parchi e giardini storici, ed anzi si auspica un utilizzo più massiccio e proficuo dell'istituto *de quo* ai fini di una migliore tutela e valorizzazione del patrimonio pubblico del BelPaese.

Sul punto, non può essere sottaciuto che lo strumento dell'*art bonus*, seppur dotato di straordinarie potenzialità, rappresenti un'opportunità ancora troppo poco nota e sottoutilizzata.

Trattasi, infatti, di uno strumento di partecipazione che si pone nel solco del processo di apertura alle forze e risorse private, da parte della Pubblica amministrazione, del mondo della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale italiano.

Sono recenti, in tal senso, le dichiarazioni del Ministro Franceschini, che ha affermato che il Paese ha «(...) superato il mezzo miliardo di euro di donazioni con l'*art bonus*, un incentivo fiscale importante, il più forte che ci sia in Europa per favorire il mecenatismo culturale (...)». «Per molto tempo in Italia – ha aggiunto Franceschini – non esisteva una misura fiscale in grado di incentivare e facilitare le donazioni a favore della tutela del patrimonio culturale. Abbiamo per questo introdotto l'*Art Bonus* e con il tempo i risultati sono arrivati con fondi significativi che hanno prodotto interventi per cifre molto superiori. È importante – ha concluso il ministro – che, anno dopo anno, cresca questa volontà di contribuire alla salvaguardia del patrimonio culturale sia da parte di privati cittadini ma soprattutto da parte delle grandi imprese che per

⁹ Con l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del decreto di riordino delle attribuzioni dei ministeri, il 26 febbraio 2021 è nato il Ministero della Cultura, che ha per acronimo MiC.

¹⁰ Tra gli interventi più rilevanti: il Campanile dell'Annunziata per la somma di € 500.000,00; la Guglia di piazza del Gesù, per la somma di € 1.500.000,00; il Real Albergo dei Poveri, per la somma di € 1.500.000,00; Villa Ebe, per la somma di € 5.500.000,00.

la loro competitività hanno il vantaggio nel mondo di avere l'Italia alle spalle e che in questo modo restituiscono al Paese»¹¹.

Se l'agevolazione fiscale del 65%, introdotta nel 2014, ha finora favorito donazioni per oltre mezzo milione di euro, ciò non basta.

Invero, le parole del Ministro Franceschini in merito ai risultati ottenuti con l'incentivo fiscale dell'*art bonus* portano ad una riflessione critica: sebbene si tratti di uno strumento dotato di sconfinato potenziale – pensato dal legislatore per una migliore tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale italiano – ad oggi stenta ancora a decollare in quanto poco noto a più, soprattutto con riferimento alle modalità attuative dello stesso.

Si auspica, pertanto, un migliore e più proficuo utilizzo del *bonus*, che potrebbe avere straordinarie ripercussioni sulla gestione del patrimonio culturale pubblico che, com'è noto, rappresenta i due terzi di quello mondiale.

¹¹ Trattasi del video-messaggio trasmesso nel corso della premiazione del "*Progetto art bonus dell'anno*", giunto alla sua quinta edizione, che ha proclamato come migliore progetto di recupero e valorizzazione quello curato dal Comune di Perugia alla Fonte di San Francesco.

Biagio Arnone
Dottore in giurisprudenza

Diritto penale

Il falso in autocertificazione costituisce reato? Il Tribunale di Reggio Emilia "piccona" la normativa emergenziale.

abstract

The article focuses on the question relating to the personal freedom of the subjects by the D.P.C.M., with consequent evaluation of compatibility and legitimacy of the same with art. 13 of the Constitution. The issue is addressed in the light of the recent sentence no. 54/2021 of the Court of Reggio Emilia, with which the request of the Public Prosecutor for the issue of a criminal decree of conviction for false ideology was rejected.

keywords

DPCM – Measures to counter and contain the spread of the Covid-19 virus – Freedom of movement and circulation – Self-certification – Jurisdiction of the ordinary judge – False harmless.

abstract

Si analizza la questione relativa alla compressione della libertà personale dei soggetti ad opera dei D.P.C.M., con conseguente valutazione di compatibilità e legittimità degli stessi con l'art. 13 della Costituzione. Si affronta la tematica alla luce della recente sentenza n. 54/2021 del Tribunale di Reggio Emilia, con la quale è stata rigettata la richiesta del PM di emissione di un decreto penale di condanna per falso ideologico.

parole chiave

DPCM - Misure per contrastare e contenere la diffusione del virus Covid-19 - Libertà di movimento e circolazione – Autocertificazione – Giurisdizione del Giudice ordinario – Falso innocuo.

Con il presente *focus* si offre un commento alla recente sentenza n. 54/2021, emessa in data 27.01.2021 dalla sezione GIP/GUP del Tribunale di Reggio Emilia, nella quale il Giudice ha preso una posizione innovativa sulla tematica della presunta illegittimità per violazione dell'art. 13 Cost. e del principio di legalità penale ad opera di una "norma penale" contenuta in uno degli ormai noti D.P.C.M., recanti misure urgenti

in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19¹.

Lo spunto d'interesse del focus è rinvenibile in alcune statuizioni del Tribunale emiliano che era stato adito dalla Procura della Repubblica, incardinata presso il medesimo Tribunale, che chiedeva al G.I.P. l'adozione di un decreto penale di condanna nei confronti di due soggetti accusati del delitto di falso ideologico di cui art. 483 c.p.².

Più specificamente, i due soggetti erano ritenuti colpevoli dal P.M. di aver attestato il falso nell'autocertificazione presentata ai Carabinieri durante un controllo, non ottemperando al disposto del primo D.P.C.M. avente data 8 Marzo 2020 ai sensi del cui art. 1 "sono da evitarsi ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute [...]". A seguito di controlli postumi risultava difatti non veritiero quanto autocertificato dai due che avevano dichiarato di essersi spostati dal proprio domicilio al fine di recarsi presso un vicino Presidio Ospedaliero per alcuni esami clinici.

Presentata dal P.M. la richiesta di emissione di un decreto penale di condanna per il delitto di falso ideologico, il G.I.P., nel decidere in favore della reiezione, ha emesso una interessante e problematica sentenza che interseca molteplici ambiti del diritto italiano, toccando alcuni temi caldi riguardanti la cd. Amministrazione dell'Emergenza, cioè di quel complesso di rigide e controverse misure volte a contrastare il diffondersi della pandemia da Coronavirus³.

¹ Si precisa sin d'ora che l'accostamento terminologico tra Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e norma penale, seppur improprio e contrastante già *ictu oculi* con i principi fondamentali del diritto penale, costituisce uno dei profili di maggior problematicità sottesi alla sentenza *de qua*.

² Ove è disposto che "Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni. Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile, la reclusione non può essere inferiore a tre mesi".

³ Sui caratteri generali di tale concetto si rinvia ex plurimis a R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'Amministrazione Pubblica*, in *Dir. Amm.*, n. 4 del 2005.

Più in particolare, il Giudice ha statuito che: “Non è configurabile il delitto di cui all’art. 483 c.p. nei confronti chi abbia dichiarato falsamente di trovarsi in una delle condizioni che consentivano gli spostamenti anche all’interno del Comune di residenza in base al DPCM 8.3.2020, in quanto la norma di cui all’art. 1 del predetto DPCM deve ritenersi contrastante con il principio di riserva di legge e giurisdizione di cui all’art. 13 Cost. in forza del quale le limitazioni alla libertà personale possono avvenire solo in base ad atto motivato della Autorità giudiziaria (e non già in base ad un atto amministrativo) e “nei casi e nei modi previsti dalla legge” e dunque con provvedimento di natura singolare, essendo invece precluse limitazioni generalizzate e assolute della libertà personale come sarebbe l’obbligo della permanenza domiciliare disposto nei confronti di una pluralità indeterminata di cittadini [...] da questo punto di vista il divieto di ogni spostamento dalla abitazione, salvo in determinati casi consentiti, si risolverebbe non già in una mera limitazione della libertà di circolazione di cui all’art. 16 Cost., ma in una conculcazione – preclusa alla Autorità Amministrativa, financo al Presidente del Consiglio dei Ministri – dell’inviolabile diritto di libertà personale; conseguentemente, disapplicata in parte qua la norma secondaria contrastante con il dettato costituzionale, la falsa rappresentazione delle condizioni di liceità del comportamento comunque consentito risulta priva di rilevanza offensiva, siccome riconducibile alla categoria del “falso inutile”.

Nella sua trasversalità, la pronuncia si presta a molteplici livelli di analisi.

In primis, dal tenore letterale di quanto riportato, nonché da una attenta lettura della motivazione della sentenza, si evince che il Giudice ha anzitutto preso una posizione peculiare sulla funzione svolta dal citato D.P.C.M. del Marzo 2020, attribuendo al medesimo natura normativa.

Questa interpretazione inerisce soprattutto alla disposizione letterale del decreto nella parte in cui viene sancito l’obbligo generale di munirsi e di presentare una autodichiarazione ex artt. 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000: ciò, secondo la norma, sarebbe indispensabile al fine attestare le tassative e residuali circostanze legittimanti lo spostamento, in deroga al divieto generale ed assoluto di recarsi al di fuori della propria abitazione, specificazione di un ancor ulteriore ed ancor più generale divieto di circolazione.

Proseguendo in questo percorso logico-deduttivo, il G.I.P. ha rimarcato l’illegittimità di questa misura del Governo, ribadendo che nell’Ordinamento costituzionale la libertà personale di cui all’art. 13 Cost. è un diritto inviolabile costituzionalmente garantito, comprimibile ai sensi del medesimo articolo della Carta solo in tassative e specificamente limitate circostanze,

secondo precise e tipiche modalità⁴.

Più segnatamente, ponendo in essere una lettura combinata della predetta disposizione costituzionale e dell’art. 1, comma 1, lettera a) del D.P.C.M. dell’8 marzo, il Giudice ha dedotto che il decisore politico (governativo) abbia inteso configurare “un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare”, obbligo che tuttavia sembrerebbe assumere il carattere di una vera e propria sanzione penale, dunque massimamente restrittiva della libertà personale, violando dunque il fondamentale principio di legalità penale⁵. Perseguendo ulteriormente tale iter logico, il G.I.P. ritiene dunque che ciò sia incompatibile con i principi fondamentali, contrastando tale fattispecie normativa in particolar modo con quanto disposto dall’art. 13 Cost. ove è previsto che la sanzione penale possa irrogata unicamente dal Giudice penale, all’esito di un giudizio retto dal principio costituzionale del contraddittorio, in presenza della commissione di alcuni reati e solo in presenza di specifiche esigenze di tipo special-preventivo.

Sul punto, come posto in evidenza dalla motivazione della sentenza de qua, la giurisprudenza costituzionale, anche in ipotesi più lievi dell’obbligo di permanenza domiciliare, ha preso una posizione garantista, salvaguardando la libertà personale del soggetto attraverso un rigido controllo di legittimità costituzionale di alcune misure di carattere penale, meno afflittive della domiciliazione forzata, contenute peraltro in atti aventi forza di legge⁶.

⁴ Ai sensi dell’art. 13 Cost. “non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”. Sul punto si segnali che il concetto di libertà personale è da sempre foriero di rilevanti questioni giuridiche circa la portata applicativa di tale diritto. Secondo la dottrina costituzionalistica e penalistica maggioritaria la libertà va interpretata in senso restrittivo, intendendo questo diritto non come l’insieme e la totalità delle libertà riconosciute alla persona – per le quali vi sarebbero altre espressioni costituzionali – quanto piuttosto come la vera e propria libertà fisica, da intendersi come libertà negativa nel non subire ingerenze altrui o coercizioni sulla propria persona o sul proprio corpo secondo il famoso concetto dell’*Habeas Corpus*. Per questa interpretazione di tipo chiuso si veda A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni, parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992, pp. 170 ss. In senso contrario, favorevole invece ad una interpretazione estensiva del concetto di libertà personale, in cui far rientrare anche la cd. libertà morale, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, UTET, Torino, 1960, pp. 1629 ss.

⁵ Principio esemplificabile nella massima *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Sulla portata costituzionale del principio *de quo*, si rinvia *Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra le Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, a cura di V. MANES, in www.cortecostituzionale.it

⁶ Più segnatamente, le ipotesi cui si fa riferimento, sono:
- la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 4441 del 2006, la quale ha chiarito che il mancato rispetto dei due termini (48 ore + 48 ore), stabiliti dalla disciplina relativa al Daspo nel caso in cui vi sia la prescrizione accessoria

Approfondendo l'asserita violazione dell'art. 13 della Carta Fondamentale, in primo luogo nella locuzione della norma costituzionale "se non nei casi previsti dalla legge", il Giudice ritiene che – ciò costituisce il vero punto nodale della questione come evidenziato in premessa – lo status giuridico del D.P.C.M., pur inquadrabile come fonte normativa, non consente al medesimo «di disporre alcuna limitazione della libertà personale, trattandosi di fonte meramente regolamentare di rango secondario e non già di un atto normativo avente forza di legge».

Proprio a causa di questa natura normativa ma non di rango legislativo, secondo la motivazione della sentenza, il D.P.C.M. è da considerarsi assolutamente e radicalmente invalido laddove sancisca l'obbligo di motivare, a mezzo di autocertificazioni o dichiarazioni da rendere alle autorità preposte, ogni sorta di spostamento, con conseguente insussistenza del reato imputabile di falso ideologico nel caso di inesatte o fasulle attestazioni.

In caso contrario, i.e. nella ipotesi in cui il "precetto penale" fosse contenuto nel decreto del Presidente del Consiglio, si invererebbe una rottura del principio di riserva assoluta di legge nella materia penale, il quale, com'è noto, impone che solo un atto legislativo del Parlamento possa sacrificare parzialmente gli interessi e diritti dei consociati, con pregnanti ed invasive⁷.

Si segnala che tale posizione fortemente stigmatizzante seguita dal Giudice, già fatta propria da parte di quella dottrina più critica sulle misure di contenimento della pandemia⁸, è stata parzialmente sconfessata da altra autorevole dottrina che ha invece ritenuto superabile questa censura di illegittimità dei decreti governativi sulla scorta di una interpretazione sistematica del sistema normativo emergenziale, correlando il contenuto dei decreti con quanto disposto dai diversi decreti-legge, emanati dal governo e poi convertiti dal Parlamento⁹.

dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, comporta l'inefficacia del provvedimento. Si è, pertanto, giunti ad una convalida della misura in tempi ristrettissimi proprio per tutelare la libertà del soggetto sottoposto a misura;

- la sentenza della Corte che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 del c.p.p., per violazione del principio di libertà personale ex art. 13 della Carta, nella parte in cui ha previsto la possibilità per il G.I.P. di disporre coattivamente il prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato, quanto di terzi, per fini di natura istruttoria C. Cost., sent. n. 238 de 1996 in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 2150 ss. con commento di A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, *ibidem*.

⁷ Sul punto si veda G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, p. 1263 ove si afferma che "la sanzione penale [...] è un'arma a doppio taglio che, se da un lato protegge beni giuridici meritevoli di tutela, dall'altra impone limiti ai diritti della persona".

⁸ Sul punto, D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, n. 2 del 2020.

⁹ Sul punto S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del*

Secondo questa argomentazione, attraverso il d.l. n. 19/2020 il Governo avrebbe in parte sanato gli iniziali dubbi di legittimità per contrasto con il principio di legalità da parte dei D.P.C.M., attribuendo – *rectius*, confermando – a questi ultimi lo status di atti amministrativi, attribuendo invece alle disposizioni del decreto-legge la forza normativa di criminalizzazione generale dell'illecito spostamento senza giusta motivazione.

Tuttavia, a parere di scrive, la tesi supportante la de-quotazione del contenuto del D.P.C.M., considerato di carattere meramente amministrativo, seppur valida in astratto e per le ipotesi concrete nelle vigenze del d.l. n. 19/2020, non è applicabile nella controversia de qua, sorta difatti sotto la vigenza di altro decreto, d.l. n. 6/2020, le cui disposizioni sono stato oggetto della predetta e durissima una critica della dottrina proprio perché in esso veniva de facto attribuita ai D.P.C.M. una funzione di carattere normativa, anche di tipo penale¹⁰.

Il d.l. 6/2020 è stato difatti ritenuto, come sostenuto dal Giudice nel caso controverso, una illegittima norma penale in bianco laddove era attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri un illegittimo ed incostituzionale potere di disporre, attraverso i propri decreti, ulteriori misure restrittive di carattere sostanzialmente penale per risolvere l'emergenza sanitaria in atto.

Oltre a questa dirimente censura, il Giudice ritiene sussistente una seconda violazione della inviolabilità della libertà personale e del principio costituzionale di legalità penale, sub specie di sviamento della funzione normativa per indebita invasione della sfera di competenza dell'Autorità giurisdizionale.

Difatti, il rigido obbligo di permanenza domiciliare, come in precedenza esposto, viene ritenuto dal G.I.P. una forma estrema privazione della libertà personale che, avendo una natura sostanzialmente penale in analogia alla più rigida pena degli arresti domiciliari, dovrebbe essere irrogata ad un reo dal solo Giudice all'esito di un processo in piena regola o nelle ipotesi in cui ricorrano determinati presupposti, come nel caso di applicazione di misure cautelari.

Si segnala al riguardo che questo richiamo alla principio della doppia riserva di legge e di giurisdizione ex art. 13 Cost., in occasioni di critiche dottrinarie sulla funzione sanzionatoria dei D.P.C.M., è stato contestato da una parte della dottrina e anche da parte della giurisprudenza¹¹ che hanno obiettato la

diritto al cospetto della pandemia, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2020.

¹⁰ Sul punto, M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio A.I.C.*, n. 3/2020.

¹¹ In particolare, il TAR-Napoli ha assunto nella prima fase dell'emergenza una posizione morbida sulle discusse domiciliazioni forzate, disposte da alcune ordinanze del Presidente della Regione Campania, per coloro che, pur non essendo positivi al coronavirus, le avessero violato. Per una analisi di questa giurisprudenza si rinvia a D. VITALE, *La giustizia amministrativa al*

paventata illegittimità costituzionale, asserendo che l'imposizione ad un indeterminato numero di soggetti dell'obbligo di permanenza domiciliare, sarebbe consentita dall'art. 16 Cost. che salvaguarda la libertà di circolazione "salvo limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza"¹².

Sulla base di tale considerazione, è stato ritenuto che il D.P.C.M., emesso sotto la vigenza del d.l. 2020 e che in questo atto troverebbero copertura normativa, sarebbe conforme alla Costituzione in quanto foriero di limitazioni alla sola libertà di circolazione ex art. 16 Cost. e non già alla libertà personale. Di conseguenza, secondo questa interpretazione, la limitazione alla libertà di circolazione anche per mezzo del decreto del Presidente del Consiglio non solo sarebbe assolutamente legittima, ma legittimo sarebbe anche l'eventuale obbligo di certificare il vero nelle autodichiarazioni, obbligo che graverebbe su ogni cittadino, pena la possibilità di vedersi imputare il reato di falso ideologico.

Orbene, a parere di chi scrive, rispetto a queste ricostruzioni dogmatica, sembra preferibile e più convincente la distinzione operata dal Tribunale di Reggio Emilia che, sulla scorta della più autorevole dottrina, ha ribadito la netta distinzione tra libertà di circolazione e la libertà personale.

Invero, con la previsione di limitazioni alla prima, si intenderebbero quei limiti attinenti a luoghi specifici, il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi. Al contrario, con riguardo alla seconda tipologia di libertà, il divieto di spostamento non riguarderebbe i luoghi, ma le persone fisiche; proprio in ciò la limitazione si configurerebbe come vero e proprio ostacolo (illegittimo) alla persona ed altresì un netto impedimento al godimento di tutti i suoi diritti. Tutto questo risulterebbe ancor più vero e pregnante, quando un provvedimento disponga divieti di carattere generale ed assoluto.

Sulla scorta di queste analizzate motivazioni che si concentrano sotto un profilo dogmatico di legalità penale e teoria delle fonti, il G.I.P. ha ritenuto dunque di dover disapplicare le disposizioni del citato decreto dell'8 marzo 2020, qualificando come non anti-giuridici-

tempo del Covid-19. Brevi note 'a caldo' sulla giurisprudenza del TAR-Napoli in materia di provvedimenti di pubblica sicurezza e libertà fondamentali, in AA.VV., *Il Diritto e l'Economia al tempo del Covid*, a cura di R.D. COGLIANDO – F. FIMMANÒ, Giapeto Editore, Napoli, 2020, pp. 266-270

¹² Al riguardo si evidenzia che, secondo una autorevole dottrina, la riserva di cui all'art. 16 Cost., a differenza del citato art. 13, sarebbe di natura relativa, consentendo dunque anche alle fonti secondarie, attuative od esecutive della previa fonte primaria, di disporre una generica limitazione della libertà. In tal caso potrebbe di fatti operare anche un meccanismo di delega al Governo che, attraverso il regolamento o anche strumenti atipici come il D.P.C.M., sarebbe legittimato ad imporre limitazione alla circolazione. Sul punto si veda U. DE U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XVII, UTET, Torino, 1970, pp. 820 ss.

ca la condotta di compilare una falsa autocertificazione e la più generale condotta di falsa attestazione fatta alle forze dell'ordine. Difatti, dalla illegittima imposizione ai cittadini di tali obblighi, discende che i medesimi, nel caso in cui abbiano fornito attestazioni non veritiere, hanno dichiarato in maniera totalmente inutile il falso poiché finalizzato a superare un obbligo di permanenza domiciliare che, nella realtà ordinamentale, non avrebbe ragione di esistere.

Concordando con questa ricostruzione, chi scrive ritiene che, una volta eliminato dal mondo del diritto correttamente – *rectius*, accertata l'inesistenza radicale – l'obbligo di giustificare l'inosservanza dell'obbligo di permanenza domiciliare con motivazioni specifiche, la falsa dichiarazione mediante autocertificazione non possa essere oggetto di provvedimento sanzionatorio di alcun giudice, atteso che nessuno può accampare la lesività di una dichiarazione al cospetto di un obbligo incostituzionalmente imposto.

Perciò, nel rigettare la richiesta del P.M., il G.I.P. non nega che la condotta posta in essere dai due cittadini, posta in essere nel corso di uno dei momenti più duri e difficili della storia del nostro Paese, integri alcuni degli elementi costituenti del reato di cui all'art. 483 c.p., ma statuisce che tale dichiarazione non veritiera nella certificazione personale ex art. 47 D.P.R. 445/2000 altro non sia che un cd. falso innocuo.

Tale peculiare ipotesi si realizzerebbe in quelle fattispecie nelle quali, pur configurandosi in astratto il delitto di falso ideologico, esso non risulta punibile per mancanza di offensività in concreto in quanto la dichiarazione o attestazione non vera non è idonea a ledere il bene tutelato dalla norma, ovvero sia la fede pubblica.

Più specificamente, secondo la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione, il falso innocuo sussisterebbe nelle ipotesi in cui l'infedele attestazione nel documento, ovvero anche l'alterazione materiale dello stesso, sia del tutto irrilevante ai fini del significato dell'atto documentale e del suo valore probatorio, non esplicandosi cioè alcun effetto sulla sua esercitata funzione documentale¹³.

Tale ipotesi sembra inverarsi nella fattispecie di cui alla sentenza de qua: l'inesistenza dell'obbligo di di-

¹³ La stretta dipendenza tra la non punibilità del falso innocuo e l'applicazione del principio di offensività, *sub specie* di inoffensività nel concreto, determina che l'eventuale pronuncia di assoluzione debba essere emessa al termine di un processo logico di sussunzione tra il fatto storico ed il combinato disposto degli artt. 49 e 483 c.p. alla stregua dei quali andrà qualificata e valutata integralmente la condotta posta in essere dall'imputato. Sul punto, *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. V, sentt. nn. 28599 del 07.04.2017, 11498 del 05.07.1990, 5414 del 20.03.1984. Più di recente, Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 26511 del 21.09.2020 ove si afferma che "il falso innocuo si configura solo in caso di inesistenza dell'oggetto tipico della falsità, di modo che questa riguardi un atto assolutamente privo di valenza probatoria, quale un documento inesistente o assolutamente nullo".

chiarare la verità sulle motivazioni dei propri spostamenti – sotto la vigenza del d.l. 6/2020 e del D.P.C.M. del medesimo anno, per le motivazioni ampiamente esposte e valide almeno in tale tempus delicti commisi – renderebbe del tutto inutile e di per sé nullo il documento attestante determinate circostanze.

Quest'ultima motivazione pone la sentenza in questione in linea di continuità con quel filone giurisprudenziale, fatto proprio da alcuni Tribunali di primo grado, nel quale si manifesta una certa diffidenza e quasi insofferenza nei confronti della Amministrazione dell'emergenza. Questa "sfiducia istituzionale" emerge in diverse ipotesi nelle quali i diversi decisori politici abbiano emesso determinati atti, atipici nella funzione, che vadano a comminare sanzioni di natura penale.

Esempio di questa atteggiamento decostruttivo della normazione emergenziale traspare nella sentenza del Tribunale di Milano, anch'essa proveniente da un Ufficio G.I.P., recante n. 1940 del 16 novembre 2020. Nella pronuncia, posta all'attenzione del Tribunale lombardo una analoga problematica della possibile falsità in autocertificazione e dei suoi effetti, il Giudice aveva affermato che la dichiarazione sostitutiva resa dal soggetto interessato può avere ad oggetto esclusivamente "stati, qualità personali e fatti" secondo quanto disposto dal predetto D.P.R. 445/2000, derivandone che l'obbligo penalmente sanzionato di dichiarare il vero possa concernere unicamente i "fatti passati o tuttalpiù presenti", non potendo invece riguardare "fatti futuri" e, *a fortiori*, le mere intenzioni di spostamento.

Con tale affermazione il G.I.P. manifestava il rafforzamento della tutela della libertà personale ex art. 13 Cost., salvaguardando tale diritto inviolabile nella sua dimensione globale ed integrale, facendovi rientrare anche la facoltà personale di movimento e di spostamento da un luogo all'altro, facendo applicazione della richiamata dottrina fondante la distinzione ontologica tra la libertà personale e quella di circolazione, applicata anche nella sentenza de qua.

Tuttavia, l'imprescindibile rispetto della legalità penale che fonda le richiamate pronunce¹⁴, sembra scontrarsi a livello contenutistico e di politica criminale con la difficile e necessaria gestione della perdurante emergenza pandemica.

¹⁴ Sul punto si evidenzia un nuovo recente intervento del Tribunale di Milano, sezione G.I.P., che con la sentenza n. 839 del 21 marzo 2021, ha statuito sulla non sussistenza del reato ex art. 483 c.p. in tutte le ipotesi connesse alla normativa emergenziale, stante il diritto de cittadino-imputato, di rendere dichiarazioni di non vere al pubblico ufficiale al fine di non incorrere in sanzioni secondo il principio del *nemo tenetur se detegere*. Questa sentenza sembra dotata di una *vis* decostruttiva molto più incisiva rispetto ad altre pronunce in quanto estende in senso generale, e non solo limitato al caso, la non punibilità del falso, a prescindere dal *tempus commissi delicti*. Non è possibile stabilire in questo momento se essa sarà un caso isolato o aprirà un nuovo filone giurisprudenziale molto critico con le misure emergenziali

Pur vero che nel caso di cui alla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia si giudicava di una fattispecie storicamente posizione nella primissima (ed illegittima) gestione dell'emergenza sanitaria, tuttavia non può non considerarsi le successive misure sanzionatorie sono funzionali alla tutela di interesse di supremo rilievo quale la salute e l'incolumità pubblica.

In tal ottica, pur dovendosi stigmatizzare l'atteggiamento del Governo che con le proprie misure abbia creato fattispecie penali radicalmente illegittime, dinnanzi a prese di posizioni del Parlamento, pur se attraverso leggi di conversioni di decreti-legge, sembrerebbe necessario anche un atteggiamento da parte dei Giudici ispirato da logiche di leale collaborazione, rendendosi altresì contingente bilanciare le esigenze garantistiche con la necessaria lotta alla pandemia.

Diritto amministrativo

Causa del contratto, rinuncia abdicativa e sindacato del Giudice Amministrativo. È davvero (ancora) possibile per il privato rinunciare unilateralmente alla proprietà di beni immobili nei rapporti amministrativi?

abstract

The article focuses on the question of the admissibility and configurability of the institution of abdicative renunciation on which the TAR-Milan has recently pronounced with the judgment n. 2553 of 2020. The Judge offered a halfway position between the divergent voices of civil doctrine, admitting the institution of abdicative renunciation of property in relations governed by administrative law. However, its effectiveness is subordinated to the existence of a legitimate and worthy negotiating cause.

keywords

Jurisdiction of the G.A. – Cause of agreement – Abdicative renunciation – Private property – Ordinance of necessity and urgency.

abstract

Si analizza la questione della ammissibilità e configurabilità dell'istituto della rinuncia abdicativa, tema su cui si è pronunciato di recente il TAR-Milano con la sentenza n. 2553 del 2020. Nella pronuncia il Giudice ha offerto una posizione mediana tra le voci divergenti della dottrina civilistica, ammettendo l'istituto della rinuncia abdicativa della proprietà nei rapporti regolati dal diritto amministrativo, subordinandone però l'efficacia alla sussistenza di una causa negoziale lecita e meritevole.

parole chiave

Giurisdizione del G.A. – Causa del contratto – Rinuncia abdicativa – Proprietà privata – Ordinanza di necessità e urgenza.

Con il presente *focus* si offre un commento alla recente sentenza n. 2553 del 18 dicembre 2020 con la quale il TAR per la Lombardia, sezione di Milano, ha statuito sulla ammissibilità nell'Ordinamento costituzionale e sulla disciplina generale del controverso istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà,

offrendo al riguardo alcune interessanti precisazioni sulla funzione svolta dalla causa del negozio giuridico nei rapporti regolati dal diritto amministrativo.

Come si evince dal tenore letterale delle tematiche, nel caso specifico il G.A. ha statuito, seppur solo *incidenter tantum*, su questioni inerenti a due temi tradizionali del diritto civile, essendo dunque d'uopo specificarne la portata e la consistenza, anche al fine di inquadrare eventuali profili di specificità emergenti dalla circostanza che istituti propri del diritto civili siano posti all'attenzione del «Giudice naturale della funzione pubblica e degli interessi legittimi»¹.

È *in primis* necessario inquadrare l'evoluzione giuridica che ha avuto la nozione di causa del contratto e del negozio giuridico².

Sotto un primo profilo di teoria generale, tralasciando le opinioni sulla indiscutibile genesi romanistica di tale nozione³ e l'inquadramento giuridico ad essa date dai primi commentatori del diritto civile moderno⁴, può attualmente e quasi del tutto pacifica-

¹ Espressione adoperata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 12/2007. Per l'approfondimento delle caratteristiche essenziali del giudizio amministrativo e del potere del G.A. di conoscere incidentalmente questioni preliminari vertenti su profili proprio del diritto civile o riguardanti diritti soggettivi, si rinvia *ex multis* a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019.

² Si specifica che, secondo la tesi seguita da chi scrive, la nozione di negozio giuridico e di contratto *ex art.* 1321 c.c. siano da usarsi in senso sinonimico – *rectius*, interscambiabile – sulla scorta di quanto disposto dall'art. 1324 c.c. ove è previsto che «Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». Secondo tale prospettazione, ritenuto logicamente valido l'assunto generale che il contratto sia una *species* del più ampio *genus* di negozio giuridico, i concetti essenziali propri della teoria generale del contratto di cui al libro IV del codice civile possono essere adoperati per descrivere anche tipologie di atti negoziali diversi da quelle di cui all'art. 1321 c.c. a patto che essi si configurino come manifestazioni di volontà volte a modificare la realtà giuridica e disporre delle proprie posizioni giuridiche soggettive. Sulla portata del concetto di negozio giuridico nell'Ordinamento italiano si rinvia all'autorevole E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, pp. 58 ss.

³ V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1921, pp. 176 ss.

⁴ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Napoli, 1842, in part. I, p. 29 ss. e III, p. 107 ss. Al riguardo si osserva che, sulla scorta delle disposizioni del codice napoleonico, la dottrina civilistica più risalente, sia in Francia che in Italia, intendeva la

mente affermarsi che con il concetto di causa si indichi la «funzione economico individuale» perseguita da un determinato contratto, cioè la sintesi degli interessi che risultano concretamente perseguiti dalle parti e che si sono oggettivizzati nel regolamento contrattuale⁵.

Questa attuale definizione di causa, avallata con ritardo rispetto alla dottrina anche dalla autorevole giurisprudenza della Cassazione⁶, è frutto di un lento *iter* interpretativo, indotto in particolare da una lettura costituzionalmente orientata delle norme civilistiche che si occupano del contratto in generale.

Sul punto è da osservarsi che la predetta nozione di causa in senso individuale ha soppiantato la prima interpretazione data a tale concetto, interpretazione che, guardando con maggior fedeltà alle intenzioni del legislatore storico del codice civile del 1942, si fondava su una definizione di causa quale «funzione socio-economica del contratto».

La causa del contratto, secondo tale visione maggiormente affine all'ideologia corporativista e stato-centrica dell'Ordinamento fascista⁷, indicava la sintesi degli effetti astratti ed oggettivi del contratto, analizzati sotto una prospettiva ordinamentale ed utilitaristica, intravedendo perciò nel giudizio causale lo strumento di controllo degli strumenti dell'autonomia negoziale privata al fine di vagliarne la corrispondenza con i fini generali, perseguiti dallo Stato fascista.

In altri termini, la causa oggettiva [ed astratta] la si poteva e doveva rinvenire non tanto nel singolo contratto concretamente concluso dalle parti private, ma attraverso un procedimento di astrazione di tutti i contratti appartenenti allo stesso tipo sociale, prescin-

causa in un senso propriamente "soggettivo". Secondo tale tesi, la causa negoziale veniva a coincidere essenzialmente con lo scopo individuale del contratto, ovvero la motivazione del consenso della parte ad obbligarsi.

⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pp. 808 ss.

⁶ Prima e definitiva conferma della tesi della causa in concreto è C. Cass, sez. III, sent. n. 10490 del 2006. Più di recente, Cass. Civ., SS. UU., sent. n. 4628 del 2015.

⁷ Al riguardo si evidenzia che nella *Relazione di accompagnamento al codice civile del Ministro Guardasigilli Dino Grandi*, in armonia al clima ideologico in cui è avvenuta la stesura del codice, la tesi per una interpretazione oggettiva ed astratta della causa era espressamente preferita. Può difatti leggersi al paragrafo 613 della relazione al codice civile che «[...] bisogna tener fermo contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (che allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione, pertanto, che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322 del c.c., secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica». Sul punto, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 118 ss.

dendo cioè dalle caratteristiche concrete che potevano connotare la singola contrattazione; ciò al fine di valutare se quella tipologia contrattuale potesse risultare socialmente utile, anche sotto un profilo economico.

Da ciò originava la stretta correlazione tra causa negoziale, tipo contrattuale e giudizio di utilità sociale di cui all'art. 1322 c.c. per i contratti che non avevano una disciplina tipica⁸.

Se difatti la causa era da considerarsi quale la sintesi astratta ed oggettiva degli effetti del contratto, allora ogni accordo bilaterale tipico e nominato era da considerarsi causalmente giustificato e lecito in quanto il giudizio sulla utilità sociale era stato effettuato a monte dal legislatore stesso, sulla scorta ovviamente di archetipi contrattuali quali ad esempio la compravendita.

Per ovviare a questa aporia per cui ogni contratto tipico fosse sempre lecito sotto il profilo causale e dunque tendenzialmente valido, il legislatore storico aveva creato ben tre diverse norme di cui agli artt. 1343-1345 che disciplinano, sotto diverse prospettive, l'invalidità *sub specie* di nullità del negozio tipico per illiquidità della causa, per frode alla legge e motivo illecito.

Come in precedenza affermato, questa visione di causa negoziale, fondata su un giudizio utilitaristico con riguardo agli interessi della società, è stata superata attraverso una lettura costituzionale delle norme del codice civile, essendo approdate definitivamente sia la dottrina che la giurisprudenza ad un concetto di causa [oggettiva] in concreto, maggiormente aderente ai profili costituzionali di autonomia negoziale.

In particolare, ai sensi dell'art. 41 Cost., l'utilità sociale perseguita dal singolo contratto non costituisce un elemento essenziale dell'autonomia negoziale, in particolare per i negozi atipici, quanto piuttosto opera come fattore di delimitazione.

Difatti, se secondo la tesi oggettivo-astratta il contratto era in funzione dell'interesse pubblico al quale il singolo negozio, specialmente se atipico, deve assolutamente conformarsi per essere lecito, secondo la tesi oggettivo-concreto, l'autonomia contrattuale è libera da vincoli di natura sociale, purché essa, manifestata nel singolo e specifico contratto, persegua interessi non illeciti, *rectius*, non immeritevoli di tutela giuridica.

Una seconda considerazione preliminare, necessaria per una più esaustiva valutazione del tema sottoposto all'attenzione del TAR, riguarda la configurabilità dell'istituto della rinuncia abdicativa della proprietà privata⁹.

⁸ Secondo la tesi astratta, per questa tipologia di contratti non appartenenti cioè ai tipi aventi una disciplina particolare, la causa perseguita dalle parti sarebbe stata lecita solo se il contratto fosse stato diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, al contrario dei contratti tipici nei quali la meritevolezza sarebbe *in re ipsa*.

⁹ Al riguardo si rappresenta che il codice civile contiene numerosi riferimenti alla generale facoltà di un soggetto giuridico di rinunciare ad un proprio diritto, disciplinando diversamente, a

Più specificamente, la questione verte sulla ammissibilità di un atto giuridico attraverso il quale un soggetto, espressa la volontà di rinunciare al diritto di proprietà, possa dismettere *sic et simpliciter* il proprio diritto dominicale, liberandosi cioè da qualsivoglia rapporto giuridico sul bene, mentre ulteriori effetti – estintivi o modificativi del rapporto anche nei riguardi di soggetti terzi – sarebbero riflessi, sostanziandosi cioè in conseguenze indirette della rinuncia e non ricollegabili causalmente al negozio compiuto.

È proprio quest'ultima caratteristica a rendere controversa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa con effetti *ipso iure* negativi o positivi per eventuali terzi.

In assenza di una giurisprudenza di legittimità chiara e pacifica¹⁰, la dottrina civilistica maggioritaria

seconda delle singole situazioni fattuali, gli effetti della rinuncia e gli strumenti necessari per attuarla. Un primo esempio di manifestazione della facoltà di rinuncia cd. liberatoria è la remissione del debito, istituto disciplinato *ex art.* 1236 c.c.; ove è disposto che «La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne approfittare». Secondo la ricostruzione prevalente della dottrina e della giurisprudenza, tale fattispecie costituirebbe non un atto giuridico in senso stretto – *i.e.* una manifestazione di volontà libera i cui effetti sono però tipici e predeterminati sono disciplinati dalla legge – bensì un negozio unilaterale rifiutabile, attraverso il quale il creditore può dismettere il proprio diritto relativo di credito a condizione però che il debitore accetti tale atto ovvero non vi si opponga. Analogamente, sarebbe un negozio dismissivo di un previo diritto e non mero atto giuridico, la remissione del debito contenuta in una disposizione testamentaria ai sensi dell'art. 658 c.c. attraverso cui il testatore, con il cd. legato di liberazione dal debito, realizza una remissione, arricchendo il patrimonio del legatario. Oltre a questi esempi inerenti a diritti relativi, la dottrina civilistica ha variamente analizzato anche le forme in cui la rinuncia possa manifestarsi con riferimento a diritti reali. Nell'ipotesi, ad esempio, di diritti di servitù, la rinuncia avrebbe come effetto quello di dismettere la situazione giuridica soggettiva di vantaggio sul bene altrui con la conseguenza di far ri-espandere, in tutta la sua pienezza di godimento (cd. consolidazione del diritto di proprietà), l'originario diritto dominicale del proprietario del fondo gravato da servitù. Analogamente, in relazione alla comunione di un diritto reale, l'art. 1104 c.c., ove è previsto «Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza a norma delle disposizioni seguenti, salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto» dispone esplicitamente la facoltà per un soggetto che si trovi in uno stato di comunione di rinunciare al proprio diritto sul bene oggetto di comproprietà con la conseguenza di una espansione della quota attribuita a ciascun comunista. Per una analisi di queste ipotesi e sulle classificazioni tipiche dei negozi di rinuncia si rinvia a L. Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008.

¹⁰ Per quanto concerne la casistica giurisprudenziale si osserva difatti che la Corte di Cassazione non si è mai occupata *ex professo* della questione specifica, abbondando al contrario le pronunce sugli effetti della rinuncia a diritti dominicali minori o rinuncia nel caso di comproprietà. *Ex plurimis*, Cass. Civ., SS.UU., sent. n. 5759 del 1989 ove i Giudici di legittimità, in ordine alla servitù prediale costituita per contratto secondo l'art. 1058 c.c., hanno statuito che «la rinuncia da parte del titolare del relativo diritto è pienamente operativa quale fattispecie estintiva della servitù indipendentemente dal consenso della controparte del

ha difatti riconosciuto la possibilità per il proprietario di rinunciare al proprio diritto su beni mobili attraverso la cd. *derelictio*, ovvero sia la manifestazione unilaterale della volontà di dismettere il diritto, ricavando tale facoltà, oltre che nella teoria generale del diritto di proprietà, anche dalla lettera dell'art. 922 c.c. ove si menziona, tra i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, l'occupazione di una *res nullius*¹¹.

Tale dottrina ritiene inoltre che l'atto di rinuncia abdicativa sia sempre un atto unilaterale non recettizio, che prescinde cioè dalla volontà degli eventuali che terzi che possano subire gli effetti riflessi della dismissione del diritto.

Valorizzando la posizione del terzo che subisca eventuali effetti nocivi dall'acquisto *ex lege* del bene nel proprio patrimonio, una parte minoritaria della dottrina, supportata di recente dalla giurisprudenza amministrativa¹², ritiene che la tesi sull'effetto acquisitivo a titolo originario a seguito della rinuncia abdicativa, quale ipotesi generale contemplata dal codice civile, non sia sostenibile, residuando invece, solo in ipotesi tassativamente indicate dal legislatore, la possibilità per il titolare del diritto di proprietà di rinunciare con un effetto pieno di dismissione e produzione di effetti riflessi sul terzo¹³.

contratto costitutivo della stessa, con il conseguente venir meno di ogni obbligo del proprietario del fondo dominante attinente alla conservazione e all'esercizio della servitù ed alle relative successive spese». Si segnala inoltre che, tra i giudici di merito, si registra un precedente, costituito dalla sentenza del Tribunale di Genova del 23 marzo 1991 n. 946 nella quale controversa era proprio l'ipotesi di rinuncia del diritto di proprietà. In tale pronuncia, il Tribunale, nell'affermare l'irrinunciabilità del diritto dominicale, ha ricordato che in materia di proprietà immobiliare i modi di acquisto della proprietà, così come i fatti estintivi, sono soltanto quelli stabiliti dalla legge, e non altri, e ciò per la particolare funzione sociale che la stessa Costituzione attribuisce alla proprietà privata, per cui, in base ai principi informativi del nostro ordinamento giuridico, la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che, però, ne determina i modi di acquisto, di godimento, i limiti ed anche i modi di estinzione o perdita, con la conseguenza che soltanto nella legge devono ricercarsi i diritti e gli obblighi del proprietario, mentre, tutto ciò che non è esplicitamente previsto dalla legge non deve ritenersi neanche consentito al titolare del diritto.

¹¹ Sul punto, F. MAIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1989, pp. 924 ss. Secondo questa opinione, una delle cause di genesi di *res nullius* sarebbe l'abbandono volontario da parte del titolare del diritto di proprietà: una fattispecie tipica di abbandono sarebbe rinvenibile, secondo un procedimento logico di induzione, all'art. 933 c.c., ove è previsto che «I diritti sopra le cose gettate in mare o sopra quelle che il mare rigetta e sopra le piante e le erbe che crescono lungo le rive del mare sono regolati dalle leggi speciali».

¹² In ultimo, con riferimento ai procedimenti di espropriazione, Cons. St., A.P., sentt. nn. 2 e 3 del 2020.

¹³ Sul punto, si è espressa di recente anche l'Avvocatura Generale dello Stato che ha ritenuto, con un parere di massima dell'Agosto 2017, inammissibile per violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 2 della Carta l'istituto della rinuncia abdicativa, in particolare nelle ipotesi in cui sia lo Stato, secondo il disposto dell'art. 827 c.c., a divenire proprietario a titolo originario di beni

Fatta questa breve disamina degli istituti sottesi alla questione giuridica *de qua* e sulle posizioni critiche della dottrina, è ora necessario inquadrare gli elementi fattuali portati all'attenzione del TAR-Milano allo scopo di comprendere la portata della sentenza n. 2553/2020 ed inquadrarne eventuali profili di criticità o condivisione.

Con ricorso al TAR-Milano, l'Agenzia del Demanio impugnava una ordinanza contingibile e urgente del Sindaco del Comune di Ballabio con la quale le si ingiungeva di mettere in sicurezza un edificio situato nel centro abitato comunale, previa constatazione da parte della P.A. dello stato fatiscente e pericolante dell'immobile.

L'Agenzia premetteva che l'Amministrazione resistente aveva in precedenza emanato una ordinanza *ex art.* 54 T.U.E.L. con la quale era stato ordinato ai precedenti proprietari del medesimo edificio di realizzare gli interventi necessari per la sua messa in sicurezza. Tuttavia, facendo seguito a tale provvedimento, tutti i proprietari dell'edificio con plurimi atti ricevuti da un notaio dichiaravano di rinunciare ai propri diritti di proprietà sull'immobile, alcuni dei quali recavano espressamente, quale motivazione della dismissione del diritto dominicale, la volontà di liberarsi delle spese derivanti dalla proprietà del bene.

Il pubblico ufficiale trasmetteva dunque gli atti di rinuncia all'Agenzia del Demanio e chiedeva l'autorizzazione a procedere alle rituali volture catastali a nome del Demanio dello Stato, asserendo che lo Stato, sulla scorta dell'art. 827 c.c., fosse divenuto a titolo originario, quale effetto riflesso della rinuncia, l'ente proprietario dell'immobile,

Nonostante l'Agenzia del Demanio avesse contestato *ab origine* la nullità degli atti di rinuncia alla proprietà, il Sindaco provvedeva ad emanare l'ordinanza oggetto della controversia, ordinando sia ai proprietari rinuncianti che all'Agenzia del Demanio di provvedere ai lavori di messa in sicurezza dell'edificio, obbligo ottemperato da quest'ultima attraverso alcuni lavori di riqualificazione dell'immobile, nonostante la discussa legittimità del provvedimento.

Nel ricorso introduttivo l'Agenzia chiedeva dunque l'annullamento dell'ordinanza sindacale al fine di ripetere quanto speso per i lavori in assenza di una giusta causa, fondando la propria azione su alcuni presupposti di diritto, connessi alla mancata constatazione da parte della P.A. che l'immobile pericolante non fosse mai effettivamente entrato nel patrimonio dello Stato, nella persona dell'Agenzia del Demanio.

Più specificamente, l'Amministrazione ricorrente asseriva che, sotto un primo profilo astratto, l'istituto

dismessi poiché produttivi solo di spese. Sul versante della dottrina notarile esprime dubbi sulla ammissibilità *tout court* della rinuncia abdicativa attraverso un atto unilaterale non ricettizio M. BELLAVIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, in www.notariato.it

della rinuncia abdicativa fosse, nonostante l'opinione positiva della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, da considerarsi inammissibile nell'Ordinamento costituzionale, stante la sussistenza di un generale obbligo di solidarietà in capo al titolare del diritto di proprietà nei confronti degli altri consociati, obbligo che si sostanzierebbe nella illegittimità di un atto di dismissione del diritto dominicale con produzione di effetti negativi nei riguardi del terzo.

L'Agenzia asseriva difatti che se lo Stato fosse divenuto proprietario senza alcuna manifestazione di volontà di un bene il cui possesso aveva prodotto costi di gestione non voluti, quest'ultimi avrebbero avuto un impatto sulla collettività in quanto l'Agenzia del Demanio è l'ente amministrativo deputato a curare gli interessi della società civile sulla gestione del territorio e dei beni immobiliari dello Stato.

Oltre ciò, sotto un profilo concreto e maggiormente aderente al caso controverso, la ricorrente contestava la validità del negozio di rinuncia, reputato nullo per illiceità della causa negoziale che si sarebbe sostanziata in un mero trasferimento in capo alla collettività degli oneri discendenti dalla proprietà di un bene pericoloso, nonché nullo anche per la radicale assenza della causa in concreto in quanto il negozio con cui la proprietà sarebbe stata trasferita non avrebbe avuto una giustificazione meritevole.

Il Comune si costituiva nel giudizio, eccependo il difetto di giurisdizione del TAR adito in quanto il *petitum* sostanziale del ricorso si sarebbe materializzato in una mera azione dichiarativa della nullità negoziale degli atti di rinuncia e contestando nel merito le asserzioni dell'Agenzia del Demanio, ribadendo l'ammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa.

In prima battuta il TAR ha preso posizione sull'eccezione di difetto di giurisdizione, ritenendo invece rientrare nella propria competenza il ricorso, qualificando l'azione in esso contenuta non come mero accertamento di nullità degli atti di rinuncia abdicativa, ma come generale azione di annullamento – con relativa richiesta di condanna – dell'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000¹⁴.

Il Giudice ha difatti ritenuto che le censure dell'Agenzia del Demanio sulla nullità degli atti negoziali di dismissione della proprietà abbiano avuto ad oggetto non direttamente la validità degli atti di rinuncia, ma l'individuazione del soggetto asseritamente titolare dell'obbligo di mettere in sicurezza il bene pericolante, inverandosi dunque nel ricorso una azione di annulla-

¹⁴ Provvedimento, si specifica, su cui il giudice amministrativo ha anche giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. q, c.p.a., concernente «le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili e urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilità e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato».

mento del provvedimento amministrativo per eccesso di potere *sub specie* di sviamento dei fatti.

Questa parte della motivazione, pur inserendosi in un filone giurisprudenziale trasversale ed ormai pacifica sui poteri del Giudice Amministrativo¹⁵, conferma il ruolo centrale del G.A. nel circuito giurisdizionale, potendo quest'ultimo, nell'esercizio della propria funzione, «conoscere i profili di validità attinenti a rapporti civili con efficacia limitata al giudizio in corso, senza che ciò possa porsi in relazione alla stessa un problema di giurisdizione¹⁶».

Il TAR legittimamente, dunque, ha considerato sé stesso Giudice (anche) della causa del contratto e dei profili civili del diritto di proprietà, i quali ben possono inerire anche ai rapporti regolati dal diritto amministrativo, non ostando a ciò la possibilità di orientamenti diversi da quelli del Giudice ordinario e della Corte di Cassazione nella funzione di nomofilachia.

Operata questa precisazione sulla giurisdizione e rigettata l'eccezione preliminare della P.A., il TAR è passato al giudizio nel merito il ricorso, operando una prima disamina sull'ammissibilità del predetto istituto della rinuncia abdicativa.

Sul primo motivo di ricorso il Giudice, riconosciuta l'esistenza del predetto contrasto dottrina, ha rilevato che «l'orientamento più aderente al sistema è quello – prevalente nella dottrina civilistica che, argomentando da una serie di indici normativi – tratti, in particolare, dagli artt. 827, 1118, comma 2, 1350 n. 5 e 2643 n. 5 c.c. – propende per l'ammissibilità in generale dell'istituto, arrivando a concludere che si tratta di un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, con il quale un soggetto, il rinunciante, nell'esercizio di una facoltà, dismette, abdica, perde una situazione giuridica di cui è titolare, *rectius* esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti trasferimento del diritto in capo ad altro soggetto, né automatica estinzione dello stesso¹⁷».

¹⁵ Al riguardo, *ex multis*, TAR-Napoli, IV Sez., sent. n. 51 del 2020, nella quale il Giudice partenopeo ha sindacato la causa di un contratto di avvalimento, precisando che, con riferimento a tale fattispecie contrattuale, «la causa in concreto, individuata come funzione economico-individuale perseguita dalle parti, deve avere riguardo alle specifiche finalità della concreta operazione negoziale, non potendo prescindere dal concreto assetto di interessi voluto. La mancanza della corrispondente previsione in una specifica clausola contrattuale rende pertanto il contratto nullo per mancanza di causa in concreto, dal momento che il contratto tipico adoperato dalle parti non si presenta idoneo a soddisfare la funzione individuale dell'operazione posta in essere, così come diretta alla tutela di interessi ulteriori e superindividuali».

¹⁶ Punto 2.1 della motivazione in diritto.

¹⁷ Punto 3.1.3 della motivazione. Sul punto il TAR prosegue al punto 3.1.5. dichiarando che «[...] gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono anche incidere sui terzi, sono solo conseguenze riflesse del negozio di rinuncia, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto».

Seguendo la tesi maggioritaria della dottrina che il TAR ha dunque ritenuto ammissibile la rinuncia abdicativa immobiliare che è dunque si configura come un «negozio unilaterale, a contenuto patrimoniale, che produce in via diretta e immediata, come effetto negoziale correlato alla dichiarazione, soltanto l'effetto abdicativo [...] e in via indiretta e mediata, come effetto automatico *ex lege* in virtù del disposto di cui all'art. 827 c.c., l'acquisto a titolo originario dell'immobile in capo allo Stato, senza che quest'ultimo possa rifiutare l'acquisto¹⁸».

Passando all'analisi della censura sull'assenza e/o illiceità della causa negoziale degli atti di rinuncia, il TAR ha preso una posizione maggiormente aderente a quanto esposto dall'Agenzia del Demanio, condividendone i profili di doglianza.

Riconosciuta l'ammissibilità in astratto della rinuncia abdicativa immobiliare il Giudice ha osservato che proprio per la natura negoziale della dichiarazione, essa, per essere considerata valida, necessitava di essere sorretta da una giustificazione causale, ossia da una causa in concreto lecita. E proprio sotto il profilo della liceità, i negozi concreti posti in essere dai «precedenti» proprietari del bene fatiscente sono stati valutati invalidi con conseguente inefficacia dell'acquisizione a titolo originario dell'immobile in capo allo Stato e relativa invalidità del provvedimento sindacale per travisamento dei fatti.

Andando più nel dettaglio della pronuncia, secondo il Giudice la circostanza che gli atti di rinuncia siano stati posti in essere dai proprietari dell'edificio pericolante soltanto dopo che il Comune aveva notificato loro un'ordinanza contingibile e urgente, costituisce «un elemento grave, preciso e concordante *ex se* sufficiente a desumere che i negozi abdicativi in questione hanno una causa concreta illecita, consistente nell'elusione degli obblighi di ripristino dell'immobile in condizioni di sicurezza, già gravanti sui proprietari, con il contestuale acquisto (equivalente ad un sostanziale trasferimento) degli stessi in capo allo Stato – e dunque in capo alla collettività intera – in virtù dell'effetto acquisitivo automatico di cui all'art. 827 c.c., che necessariamente consegue alle rinunce¹⁹».

Ne deriverebbe che i negozi di rinuncia abdicativa sarebbero stati dunque posti in essere dai proprietari dell'immobile «in contrasto con le esigenze solidaristiche connesse alla funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost. e con l'obbligo del rispetto della sicurezza dei consociati, costituenti altrettanti limiti alle prerogative dominicali ai sensi dell'art. 832 c.c.», discendendo cioè profili di illiceità della causa negoziale, a prescindere dalla natura ricettizia o meno della rinuncia.

La sentenza mette in evidenza, dunque, il ruolo

¹⁸ Ivi Punto 3.1.7

¹⁹ Punto 3.3 della motivazione in diritto.

preponderante e decisivo della causa del negozio abdicativo, spostando – divergendo in ciò dalle asserzioni del ricorrente e più in generale dell'Avvocatura dello Stato sulla tematica²⁰ – l'attenzione dall'ammissibilità in astratto all'analisi della causa concreta perseguita dal negozio, cioè dallo scopo che la rinuncia vuol perseguire sotto un profilo oggettivo.

Secondo il TAR, è sotto il profilo causale che il negozio abdicativo, in concreto e non in astratto, manca di una giustificazione oggettiva, *rectius* persegue un interesse non meritevole di tutela poiché volto esclusivamente a trasferire in capo ad un soggetto terzo tutti gli oneri derivanti dal diritto di proprietà su un bene, discendendo dunque dall'illiceità della causa in concreto la nullità del negozio.

Tuttavia, a parere di chi scrive, questo *iter* logico non è condivisibile nella parte in cui il Giudice valuta come ammissibile in astratto del negozio di abdicazione della proprietà, ritenendolo invece nullo per la non meritevolezza dell'interesse concretamente perseguito.

Sul punto si evidenzia difatti che il TAR sembra quasi sovrapporre il ruolo e la dimensione giuridica del giudizio causale con la sfera di delimitazione del giudizio di meritevolezza sugli interessi perseguiti dalle parti, commistione questa che, secondo autorevole dottrina²¹, rischierebbe di comportare un possibile ed indebito sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale.

Mentre il giudizio causale, come in premessa esposto, si sostanzia nella valutazione di ciò che il singolo e concreto contratto (o negozio) persegue, con il giudizio di meritevolezza l'interprete verifica che gli interessi perseguiti dalle parti – oggettivatisi nel regolamento contrattuale – siano meritevoli di tutela da parte dell'Ordinamento sotto un profilo astratto e di utilità sociale²².

Quest'ultimo giudizio è da effettuarsi, secondo l'art. 1322 c.c., solo su contratti atipici poiché per i negozi tipici è il legislatore stesso, nel verificare l'aderenza dei tipi contrattuali alle richieste economico-sociali, a valutare l'aderenza del singolo modello agli interessi socialmente rivelanti, potendo il Giudice, in altri termini, solo valutare che la causa perseguita dal singolo regolamento contrattuale non sia illecita.

La necessità di operare il giudizio di meritevolezza in astratto, prima ancora della valutazione sulla sussistenza della causa in concreto, sembra obbligata alla luce della natura stessa del negozio di rinuncia abdicativa in quanto quest'ultimo manca di una regolazione

tipica da parte del legislatore, circostanza quest'altra peraltro evincibile *prima facie* dal contrasto dottrinario sulla sua ammissibilità.

Operando tale giudizio di meritevolezza soprattutto in una ottica costituzionalmente orientata²³, risulta acclarato, come nel caso della controversia sottesa al *focus*, che l'interesse del titolare del diritto dominicale rinunciante non apporta alcuna utilità sociale, anzi, risulta in contrasto con quanto affermato dall'art. 41 Cost. sulla funzione sociale della proprietà privata in quanto il suo interesse soggettivo è proprio quello di liberarsi degli oneri economici, trasferendo gli svantaggi economici della proprietà di un bene non fruttifero alla persona dello Stato.

Nel caso della rinuncia abdicativa risulta dunque inquadrabile a monte un problema tipologico, ovvero di effetto in astratto del negozio, che renderebbe questo modello negoziale inammissibile perché non conforme al catalogo degli interessi socialmente perseguibili²⁴. Seguendo questa asserzione, la rinuncia abdicativa sarebbe immeritevole di tutela poiché vi sarebbe il *prius* logico rispetto all'illiceità della causa contrattuale del contrasto del tipo astratto con l'utilità sociale.

Se invece si seguisse la contraria tesi dell'ammissibilità in astratto ed illiceità della causa in concreto, si invererebbero delle illegittime torsioni dell'Ordinamento giuridico che, ad esempio, tollererebbe in astratto negozi di rinuncia abdicativa da parte di privati solo su porzioni di immobili fatiscenti che sarebbero trasferite allo Stato, mantenendo il privato invece la piena proprietà su porzioni economicamente produttive. Tali negozi sarebbero dunque ammissibili e ricevibili astrattamente dal notaio, residuando poi allo Stato la possibilità di far valere in via giudiziale o extragiudiziale la nullità dell'atto per illiceità della causa in concreto.

Pur tenuto in conto che la nullità non è sottoposta ai termini brevi di prescrizione dell'azione di annullamento, possono comunque realizzarsi condizioni giuridiche che determinerebbero l'impossibilità materiale per lo Stato di promuovere un giudizio onde ottenere la dichiarazione di nullità del negozio abdicativo.

Questa circostanza si realizzerebbe, ad esempio, in quelle ipotesi fattuali in cui la nullità del negozio di rinuncia sia un elemento di un rapporto amministrativo che risulta sottoposto a termini di decadenza più stringenti per il ricorrente.

Per risolvere tale aporia, in assenza di un chiaro intervento pacificatore delle Sezioni Unite o del legi-

²⁰ Vedi nota 13 del *focus*.

²¹ *Ex plurimis*, R. GIOVAGNOLI, *Il contratto*, II ed., Torino, 2020, pp. 295 ss.

²² Sul punto, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 98 ss. L'Autore, a proposito del limite dell'ordine pubblico, esclude che possa trovare applicazione in riferimento ai soli contratti tipici un giudizio di meritevolezza in senso stretto come quello che invece dovrebbe caratterizzare i contratti atipici.

²³ Al riguardo, R. MANFRELOTTO, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019.

²⁴ Sull'esistenza di un catalogo chiuso degli interessi sociali ritenuti meritevoli di tutela da parte della Carta Costituzionale F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, pp. 7 ss.

slatore, una soluzione potrebbe provenire dall'applicazione da parte degli uffici notarili delle disposizioni normative esistenti in materia di rinuncia liberatoria di diritti di credito a cui si è fatto accenno in precedenza, norme che, una parte minoritaria della dottrina²⁵, ritiene applicabili anche alle ipotesi di rinuncia a diritti reali su cosa altrui.

Secondo questa tesi i negozi di rinuncia a diritti assoluti o relativi possiedono sempre natura bilaterale e ricettizia in quanto l'effetto di arricchimento [in astratto] può realizzarsi solo quando anche la parte in favore di cui, in via diretta o anche in via riflessa, si realizza l'arricchimento è concorde o quantomeno non manifesta la propria opposizione.

A parere di scrive questa tesi, se estesa a tutti i negozi di rinuncia, sembra cogliere nel segno, soprattutto nel caso in cui venga in rilievo il diritto di proprietà: attraverso la valorizzazione del consenso dell'altra parte verrebbe difatti maggiormente tenuto in considerazione quanto disposto dalla Carta Costituzionale a proposito della funzione sociale della proprietà che impone al titolare di tale diritto di godere del bene guardando anche alle posizioni soggettive degli altri consociati, anche nel momento del trasferimento, sanzionando intenti puramente egoistici e antisociali.

²⁵ B. BIONDI, *Le servitù*, Milano, 1967, pp. 514 ss.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

RESPONSABILITÀ PENALE DA SOMMINISTRAZIONE DEL VACCINO ANTI SARS-COV-2: SI TRATTA DAVVERO DI UNO “SCUDO PENALE”?	378
di Maria Cristina Misaggi	
VACCINO ANTI COVID-19: CONSENSO INFORMATO E SOGGETTI INCAPACI	382
di Enrica Porcellato	



Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti sars-cov-2: si tratta davvero di uno "scudo penale"?

abstract

During the pandemic - health emergency, various and heterogeneous legislative interventions were enacted, within which it is possible to analyze a lot of interesting criminal law's issues. There are two different trends in the "criminal law at the times of coronavirus": if on one hand we can see an expansion of the areas covered by the criminal sanction, on the other hand there is a need to contain the criminal liability, in particular for the doctors and health care operators which more than anyone, are exposed to the risk of the "criminal epidemic".

keywords

Vaccine – SARS-Cov-2 – Medical Liability – Pandemic.

abstract

I copiosi ed eterogeni interventi legislativi susseguitesi durante l'emergenza sanitaria-pandemica in atto hanno progressivamente portato alla luce varie questioni di particolare interesse per il penalista. Due sono le linee di tendenza che presidiano il "diritto penale ai tempi del coronavirus": se per un verso si assiste ad un'espansione degli spazi presidiati dalla sanzione criminale – in cui risalta l'introduzione di fattispecie destinate a colpire l'inottemperanza alle misure restrittive di contenimento del contagio – per altro verso si manifesta un'insopprimibile esigenza di contrazione e contenimento della ascrizione della responsabilità penale, specie per quelle categorie professionali – tra le quali spicca quella degli operatori sanitari – che più di tutte, sono risultate maggiormente esposte al rischio della c.d. "epidemia penale".¹

parole chiave

Vaccini – SARS-CoV-2 – Responsabilità medica – Pandemia.

sommario

1. Uno sguardo al decreto (d.l. 44/2021). – **2.** Art. 3 Responsabilità penale da somministrazione del vacci-

no anti SARS-CoV-2: focus. – **3.** La non punibilità per l'uso conforme. – **4.** La Legge Gelli Bianco non era sufficiente?. – **5.** Gli anticorpi dello stato di fronte al rischio dell'epidemia di responsabilità medica.

1. Uno sguardo al decreto (d.l. 44/2021)

Con il provvedimento in commento «*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e concorsi pubblici*», n. 44 del 2021, entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (01.04.2021), il Governo è intervenuto nuovamente, prevedendo che dal 7 al 30 aprile 2021 si continuino ad applicare le disposizioni più restrittive attualmente vigenti, dirette a rimodulare, sull'intero territorio nazionale le misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, stante la diffusività del virus e di tutte le sue varianti, e con il precipuo obiettivo di limitare la circolazione delle persone ed evitare, dunque, un ulteriore aggravamento dell'epidemia.

Il decreto in esame si occupa inoltre delle attività scolastiche, assicurando lo svolgimento in presenza dell'attività didattica ed educativa a partire dalla scuola dell'infanzia, fino al primo anno della scuola secondaria di primo grado.

Ulteriori misure sono state riservate alla materia giudiziaria, prevedendo la proroga delle misure straordinarie attualmente vigenti e scadenti il 30 aprile 2021, fissando quale nuovo termine di esaurimento della loro efficacia, il 31 luglio 2021. Si tratta in particolare delle disposizioni che disciplinano la trasmissione telematica delle notizie di reato e degli atti di indagine da parte degli uffici di polizia giudiziaria, il compimento delle attività di indagine, la celebrazione da remoto delle udienze penali e delle impugnazioni, il deposito per via telematica di atti, documenti e istanze da parte dei difensori.

Il provvedimento detta altresì misure urgenti in materia di elezioni degli organi territoriali e nazionali degli ordini professionali vigilati dal Ministero della giustizia, proroga di termini in materia di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e misure per lo svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego.

¹ PELISSERO MARCO, (2020) *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. It di diritto e procedura penale*, pp. 504-542.

Con specifico riferimento al tema delle vaccinazioni, la novella dedica tre articoli, introducendo novità di particolare rilievo. Stante l'alto tasso di occupazione delle strutture ospedaliere e dei reparti di terapia intensiva, la vaccinazione costituisce un'arma imprescindibile nella lotta alla pandemia e, con tale consapevolezza, il decreto introduce, all'art. 4 l'obbligo vaccinale in capo al personale medico e sanitario – requisito sanitario essenziale per mantenere l'idoneità allo svolgimento di tali attività lavorative e per assicurare la tutela della salute pubblica – prevedendo altresì una dettagliata procedura per la sua operatività ed adeguate misure in caso di accertata inottemperanza tra le quali, l'assegnazione a diverse mansioni, anche inferiori, che hanno caratteristiche di svolgimento diverse da quelle che implicano necessariamente un contatto interpersonale con il paziente o l'utente. L'art. 5 disciplina la manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino per i soggetti che versino in condizione di incapacità naturale, emendando così l'articolo che si occupava di regolare la manifestazione del consenso alla somministrazione del vaccino per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistite, in modo da estendere le relative previsioni anche alle persone che, pur versando in condizioni di incapacità naturale, non siano ricoverate in strutture sanitarie assistite ed attribuendo, al solo fine della prestazione del consenso all'inoculazione del vaccino, la funzione di amministratore di sostegno al direttore sanitario.

La normativa non trascurava la regolamentazione della responsabilità del sanitario discendente dalla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, prevedendo quello che nella *vulgata* giornalistica è stato presentato come lo “scudo penale” per i vaccinatori. Più che di scudo penale è preferibile parlare di esclusione della punibilità per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, allorché questi siano causalmente riconducibili alla somministrazione del vaccino e sempre che le vaccinazioni siano state effettuate in conformità alle indicazioni ed alle circolari emanate *ad hoc*.

2. Art. 3 Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2: focus

Chiaro come quest'ultima sia la novità più significativa agli occhi del penalista.

Qui come altrove, il punto di partenza dell'analisi non può che essere la *littera legis*.

L'istituto introdotto all'art. 3 del decreto Draghi, rubricato «*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*» descrive l'esenzione da responsabilità nei seguenti termini: «*Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attua-*

zione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Se è vero che la colpa medica si trova in un'emergenza permanente², ben si immagina come l'attuale situazione sanitaria, oltre ad aver portato alla luce l'inadeguatezza di un sistema già logoro, inadatto ed inadeguato, abbia altresì riacutizzato le istanze di implementazione provenienti da medici e sanitari.

Ed allora è evidente la *ratio* di una tale previsione.

Per tutta una serie di ragioni – tra le quali, solo a titolo esemplificativo, la novità dei prodotti inoculati, l'indispensabile accelerazione impressa alle sperimentazioni – non possono essere completamente esclusi gravi o addirittura gravissimi eventi avversi, come le lesioni o la morte delle persone vaccinate. Tale considerazione fa sorgere la necessità che il sanitario, impegnato nella campagna di vaccinazione, non paghi le conseguenze dell'incertezza scientifica e della medicina “impreparata” di fronte a tale emergenza pandemica, ma al contrario, che questi possa godere di una garanzia giuridica che lo tuteli e che delimiti la propria responsabilità penale (sempre ove abbia agito correttamente, s'intende).

Tali esigenze di protezione e contenimento hanno condotto il legislatore all'emanazione di una norma positiva, che, nel contesto attuale, ha preso la forma di “norma scudo”. La si può metaforicamente immaginare come un tentativo di *enforcement* derivante da un sistema sanitario nazionale non adeguato a fronteggiare l'emergenza, con cui lo Stato tenta di contenere la responsabilità medica, puntando la lente di ingrandimento solo sulla campagna di vaccinazione anti SARS-CoV-2.

La vocazione emergenziale dell'esimente viene confermata dal dettato normativo che si riferisce espressamente «alla campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178».

3. La non punibilità per l'uso conforme.

Procediamo con ordine.

Per esonerare il sanitario incaricato della somministrazione da punibilità, il governo si serve della peculiare tecnica normativa delle cause di non punibilità, prevedendo l'esenzione da pena, con riguardo, sia alla fattispecie di omicidio colposo, che a quella di lesioni personali colpose, come si deduce dal richiamo agli articoli 589 e 590 c.p.

² LOSAPPIO G., *Responsabilità penale del medico, epidemia da Covid 19 e scelte tragiche (nel prisma degli emendamenti della legge di conversione del d.l. Cura Italia)*, in *Giurisprudenza penale Web*, 4 pp. 1-16.

Passiamo alle condizioni oggettive che devono sussistere perché l'esimente possa operare.

L'articolo 3 àncora la non punibilità del sanitario ai seguenti presupposti: la verifica dell'evento di cui agli articoli 589 e 590 c.p. a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 e la conformità della condotta del somministratore alle indicazioni provenienti dalle autorità competenti in ordine allo svolgimento dell'attività di vaccinazione; rileva in questo senso il riferimento al «provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità» e alle «circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Orbene, in poche parole, il somministratore del vaccino va esente da punibilità se la propria condotta è stata conforme a tutta una serie di "indicazioni" piuttosto eterogenee.

Il richiamo, alquanto generico, è alle "indicazioni" contenute in una serie di documenti, tra cui spicca l'AIC (provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio) che viene adottato dall'AIFA (Autorità di farmacovigilanza nazionale) e che comprende varie regole, tanto relative alla dimensione "clinica" del vaccino (posologia, modalità di conservazione e somministrazione, controindicazioni, avvertenze e precauzioni d'uso) quanto prescrizioni di tipo "organizzativo", strettamente rivolte al personale sanitario (gruppi target della vaccinazione, priorità di somministrazione, modalità di manifestazione del consenso).

Tali "indicazioni" altro non sono che le regole cautelari previste *ad hoc* per l'attività di vaccinazione; regole cautelari, tuttavia, delle quali è dato sapere soltanto che la loro rigorosa osservanza costituisce il limite della non punibilità dei sanitari.

Nessuna specificazione circa il valore a queste attribuibili, – l'eventuale – assimilabilità alle linee guida ed altresì prive di qualsivoglia prescrizione che serva a individuare caso per caso, o per categorie, i tipi di vaccini utilizzabili; forse perché si tratta di "indicazioni" provenienti da un sapere non propriamente consolidato?

Sicuramente ci troviamo dinanzi ad informazioni troppo poco sufficienti per darsi completamente assolto il principio di tassatività e di sufficiente determinatezza del precetto penale, sulla base del quale poter condurre un'eventuale valutazione circa la prevedibilità del rimprovero e la prevenibilità della condotta colposa, ossia su quegli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo.

Ma questo non è l'unico spunto che l'analisi del testo di legge suggerisce.

Veniamo infatti ad uno degli argomenti più discussi e controversi del diritto penale ed ancora oggi ampiamente dibattuto nel mondo della comunità scientifica che invece, dalla lettura del testo, viene

presentato in termini univoci e pacifici: il rapporto di causalità tra la vaccinazione e l'evento avverso (morte o lesioni).

Ora, è chiaro che per verificare la ravvisabilità del nesso eziologico – sulla cui imprescindibilità come presupposto per l'operatività dell'esimente, la formulazione testuale non lascia dubbi – sarà necessario, sempre che sia possibile scientificamente e ammesso dagli standard probatori processuali, un accertamento tecnico, che verrà esperito caso per caso, volta per volta, nella sede a ciò deputata, che è sicuramente quella processuale³. Ed allora da cosa protegge esattamente tale "scudo"?

Sicuramente la dimostrazione di essersi uniformati alle "indicazioni" previste, servirà per scagionare i sanitari da possibili accuse, ma ciò non eviterà la loro iscrizione nel registro degli indagati e il successivo, pregiudizievole, iter procedimentale.

4. La Legge Gelli Bianco non era sufficiente?

Un'attenta analisi non può tralasciare l'importanza rivestita dallo scenario nel quale l'intervento legislativo si è collocato.

Dietro la genericità del testo di legge («la punibilità è esclusa quando...») è possibile riconoscere una forma di ri-descrizione del tipo colposo⁴ non dissimile dal modello seguito in alcune delle precedenti proposte di "norme-scudo" per il personale sanitario.

La situazione emergenziale causata dalla pandemia oltre ad aver messo in crisi il sistema sanitario nazionale, ha d'altro canto posto in luce, in maniera particolarmente evidente, tutti i limiti dell'attuale normativa volta a circoscrivere la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, con particolare riguardo alla previsione di cui all'art 590-*sexies* c.p., cui seguono i numerosi paletti interpretativi posti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per individuarne l'effettiva sfera di operatività.

Qualcuno ha sostenuto che ci si trovi dinanzi a una norma superflua, configurata come una mera ripetizione del regime generale della responsabilità penale degli esercenti la professione sanitaria, già tracciato dalla legge 8 marzo 2017 n. 24, c.d. legge Gelli Bianco, la quale, a proposito della responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, aveva già previsto per i sanitari – all'art. 6 che ha introdotto nel c.p. l'art. 590-*sexies* – una peculiare scriminante formulata nei seguenti termini: «Qualora l'evento (cioè la morte o le lesioni del paziente) si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa

³ PENCO E., "Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, in *Sistema penale web*, 2021.

⁴ PELISSERO M., (2020) *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. It di diritto e procedura penale*, pp. 504-542.

quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

È evidente che la norma di cui all'art. 3 del decreto-legge Draghi presenti varie affinità con quella di cui al 590-*sexies* del codice penale, soprattutto quanto a struttura e *ratio*, ma, d'altro canto, ne differisce anche profondamente.

Al fine di pervenire a una corretta distinzione, pare opportuno svolgere una, seppur sintetica e sommaria, disamina di entrambe le disposizioni.

La fattispecie di responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario *ex art. 590-*sexies* c.p.*, con il precipuo obiettivo di scongiurare la c.d. medicina difensiva, per quel che interessa in questa sede, al comma 2 dispone la non punibilità dell'esercente la professione sanitaria se la condotta imperita ovvero, per colpa grave o lieve, sia stata conforme alle linee guida.

Senz'altro, la legge Gelli Bianco ha l'indubbio pregio, mediante il sistema di accreditamento degli strumenti di codificazione del sapere, di agevolare il sanitario nell'individuazione della regola di condotta da seguire, tuttavia, incontra un primo limite intrinseco particolarmente evidente laddove queste manchino o non siano sufficientemente univoche e consolidate e, quindi proprio nei casi in cui sia più difficile reperire la regola cautelare a cui uniformare l'azione terapeutica.

Ecco che l'insufficienza di mezzi organizzativi e dall'assenza di conoscenze scientifiche, fa percepire la protezione offerta dall'art. 590-*sexies* c.p. come ampiamente inadeguata alla fase pandemica.

Proprio in ragione della estrema standardizzazione delle operazioni vaccinali e della necessità che esse si svolgano in maniera rapida, si comprende come ai sanitari, somministratori del vaccino, non possa essere richiesta (come invece avviene per la legge Gelli) una specifica valutazione, all'atto delle vaccinazioni, dell'adeguatezza di tali regole ai casi concreti.

L'art 3 del decreto-legge Draghi introduce quindi una previsione del tutto "speciale", molto più ampia ed incisiva, espressamente legata alle specificità dettate dall'emergenza Covid-19 e diretta ad operare unicamente rispetto alla campagna vaccinale ed alle possibili reazioni avverse, sulle quali, la comunità scientifica non ha maturato una posizione definitiva ed univoca.

5. Gli anticorpi dello stato di fronte al rischio dell'epidemia di responsabilità medica

Alla luce delle brevi considerazioni esposte, è lecito dubitare della funzione di "scudo" da responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti covid, rivestita dal nuovo articolo 3 del decreto Draghi.

Parlare di "scudo normativo" o ancora peggio, di "scudo penale" rischia di essere controproducente per il messaggio che veicola, siccome potrebbe rischiare di far credere che lo Stato abbia fatto ricorso a strumenti emergenziali "di favore" rispetto a condotte criminose tenute dai sanitari, che verrebbero "giustificate" alla luce del contesto emergenziale.

Non è affatto così. Il tratto saliente dell'introduzione dell'esimente si rinviene nell'indispensabile esigenza di contenere, ora più che mai, la solitudine nella quale medici e infermieri – impegnati, in prima linea, nell'attività di vaccinazione – potrebbero rischiare di trovarsi, subendo, anche *uti singoli* le conseguenze negative dei deficit organizzativi e conoscitivi delle strutture nelle quali operano e della medicina in generale.

Pertanto, la disposizione in esame mira a dotare lo Stato degli anticorpi per fronteggiare il rischio di una epidemia di responsabilità medica ed a prevenire la nuova variante della "medicina difensiva" nell'emergenza pandemica nella fase della campagna vaccinale, che potrebbe condurre i medici ad astenersi dalla somministrazione, pur di scongiurare i rischi collegati a eventi imprevedibili e, quindi a loro non imputabili.

Se da un lato il «tuteliamo i medici per far funzionare il piano vaccinale», è il sentiero corretto, dall'altro, la strada da percorrere, appare ancora molto lunga.

La libera scelta compiuta da chi si sottopone alla vaccinazione non può essere lasciata così "libera".

La profilassi vaccinale e i decessi dell'ultimo periodo, seppur in assenza un'evidenza della connessione, rimarcano la delicatezza del rapporto medico-paziente e la necessità, se non l'assoluta indispensabilità, della estrema fiducia che il secondo ha bisogno di nutrire nei confronti del primo.

E dunque, ogni programma sanitario, anche quello volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione, per essere serio ed affidabile deve sempre reggersi sul "patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di tutela della salute.

Vaccino anti COVID-19: consenso informato e soggetti incapaci

abstract

Starting from an analysis of how the current pandemic affects the informed consent right (also) for incapable people, particularly in relation to Covid-19 vaccination, this article focuses on the solutions offered by the Law n. 6/2021 and the latest Legislative decree 1st April 2021, n. 44.

keywords

Informed consent – Vaccine – Covid-19 – Incapacity.

abstract

Premettendo una disamina delle problematiche poste dalla corrente pandemia da Covid-19 alla tutela del diritto al consenso informato (anche) per i soggetti incapaci di esprimerlo pienamente e liberamente, con particolare riguardo alla vaccinazione in atto, si analizzeranno criticamente le soluzioni offerte dapprima dalla l. n. 6/2021 e successivamente dal recente D.L. 1° aprile 2021, n. 44.

parole chiave

Consenso informato – Vaccino – Covid-19 – Incapacità.

sommario

Premessa: il delicato equilibrio della tutela del consenso informato ai trattamenti sanitari in frangenti pandemici. – **1.** La disciplina introdotta dalla l. 29 gennaio 2021 n. 6 (art. 1-*quinquies* d.l. 18 dicembre 2020 n. 172). – **1.1.** L'espressione del consenso informato alla vaccinazione per soggetti sottoposti alle ordinarie misure di protezione del codice civile. – **1.2.** L'espressione del consenso informato alla vaccinazione per soggetti incapaci sprovvisti delle ordinarie misure di protezione del codice civile. – **1.3.** Le modalità di espressione del consenso informato alla vaccinazione anti COVID-19. – **2.** Le modifiche apportate con l'art. 5 del decreto legge 1° aprile 2021 n. 44. – **3.** Conclusioni.

Premessa: il delicato equilibrio della tutela del consenso informato ai trattamenti sanitari in frangenti pandemici

L'attuale epidemia globale da COVID-19 ha riac-

ceso l'attenzione sul fondamentale tema giuridico, ma prima ancora bioetico, del diritto al consenso informato in punto di trattamenti sanitari. Mentre circa un anno fa, all'inizio dell'emergenza sanitaria, si denunciava una certa tendenza ad accantonare la doverosa pratica del consenso informato nell'ambito del triage dei reparti di terapia intensiva COVID¹, determinata anche dall'impreparazione dimostrata da tutti i sistemi sanitari globali di fronte all'esplosione della pandemia in corso; oggi i fari dell'opinione pubblica sono puntati sulla campagna vaccinale in atto, che desta preoccupazione in fasce più o meno ampie della popolazione a causa della relativa rapidità con cui le aziende farmaceutiche sono riuscite a mettere a punto i sieri anti COVID-19.

Appare, pertanto, opportuno, prima di procedere con l'analisi della normativa in tema di consenso informato a questo particolare trattamento sanitario per soggetti incapaci in tutto o in parte di autodeterminarsi, riassumere brevemente la complessità di principi costituzionali e diritti umani fondamentali, dei quali il diritto al consenso informato in ambito medico è corollario diretto, nonché il lungo percorso che ha portato ad un suo coronamento come tale nel nostro ordinamento nazionale. Ed invero, soltanto nel 2017, a vent'anni esatti dalla firma della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la biomedicina a Oviedo, è stata approvata dal Parlamento italiano la legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante una disciplina sistematica e generale «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Prima dell'introduzione nell'ordinamento della predetta l. n. 219 del 2017, l'unico riferimento normativo ordinario al diritto al consenso informato si rinveniva nella legge fondativa del servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 883), all'art. 38, secondo il quale «gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari». Si trattava, però, di una mera affermazione di principio, inadeguata rispetto alle complessità raggiunte dalla realtà terapeutica odierna² e “supera-

¹ Si veda MORI, *Come mai l'emergenza pandemica ha azzerato il consenso informato?*, in *Quotidiano sanità*, 9 maggio 2020.

² Come evidenziato dalla stessa relatrice della l. n. 219 del 2017 alla Camera dei deputati, LENZI, *La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare*, in *Diritto e salute*, n. 4 del 2018, p. 105.

ta” da sentenze miliari sia della Corte costituzionale, che della Suprema Corte di Cassazione. Sul finire dei primi anni duemila, infatti, si susseguirono a distanza di poco tempo due fondamentali pronunce sul tema: ci si riferisce innanzitutto alla notissima sentenza n. 21748 del 2007 della Prima sezione civile della Corte di Cassazione sul caso Englaro e, in seconda istanza, alla sentenza n. 438 del 2008 del Giudice delle leggi. Entrambi questi provvedimenti “anticiparono” la sistematizzazione del legislatore nel chiarire la centralità attribuita al consenso informato dalle fonti costituzionali interne e dai parametri interposti sovranazionali. E per vero, il consenso informato ai trattamenti sanitari costituisce espressione di diversi diritti umani fondamentali, che si modellano secondo equilibri differenti in base alle convinzioni bioetiche, filosofiche e/o religiose di ciascun individuo, in virtù del principio personalistico che informa e permea la nostra Costituzione. Essi sono da individuarsi, da un lato, nel diritto alla vita e alla salute, mentre dall’altro il diritto all’autodeterminazione, come portato della dignità umana e della libertà individuale, contempera il valore assoluto dei primi secondo le concezioni personali di ogni essere umano. Per questo, il diritto al consenso informato è garantito nella nostra Carta costituzionale dalla triade inscindibile degli artt. 2, 13 e 32 Cost., che a questo riguardo formano un *unicum* ad assetto variabile in relazione alla condizione e alle convinzioni di ciascuno. In ambito sovranazionale, poi, sono numerose le fonti in materia: ci si riferisce agli artt. 1-3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; all’art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York e infine agli artt. 5 - 9 della già citata Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina³.

Alla luce di tali principi ordinatori, tornando ai giorni nostri, la campagna vaccinale anti COVID-19 ripropone importanti questioni bioetiche e giuridiche in ordine al dualismo che connota il diritto alla salute. Esso, infatti, nelle “parole” stesse dei nostri Padri e Madri costituenti si attegga, da un lato, come «diritto dell’individuo», ma, dall’altro, anche come «interesse della collettività», (art. 32 Cost.)⁴. E proprio tale

dualità è resa drammaticamente vera ed attuale dalle modalità di diffusione del contagio da COVID-19, il quale in oltre un anno di pandemia ha dimostrato di colpire con maggior durezza le fasce anziane della popolazione⁵. Si è dunque imposta l’urgenza di procedere velocemente all’immunizzazione proprio di tali soggetti più deboli, che in molti casi sono affetti anche da forme più o meno invalidanti di incapacità a provvedere ai propri bisogni pure in ambito sanitario, con rilevanti implicazioni dal punto di vista della legittimazione e delle modalità di espressione del consenso informato. Infatti, come enunciato dalla Suprema Corte di Cassazione, «in tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere “incondizionato” di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell’incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del “best interest”, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incoscienza, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»⁶.

1. La disciplina introdotta dalla l. 29 gennaio 2021 n. 6 (art. 1-quinquies d.l. 18 dicembre 2020 n. 172)

In risposta all’urgenza di procedere alla vaccinazione dei soggetti più duramente colpiti dal virus, veicolata prepotentemente dalla drammaticità dei focolai sorti nelle residenze sanitarie assistenziali durante le c.d. prima e seconda ondata dell’attuale pandemia da COVID-19, la l. 29 gennaio 2021, n. 6, di conversio-

³ In merito, si segnala che, nonostante la l. n. 145 del 2001 abbia autorizzato la ratifica della succitata Convenzione di Oviedo, il relativo procedimento non è mai stato portato a termine, di talché essa non risulta avere forza cogente nell’ordinamento italiano; ma, come chiarito dalla già citata Cass. civ., Sez. 1, 16 ottobre 2007, n. 21748, esercita «una funzione ausiliaria sul piano ermeneutico» sicché «dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzat[a] nell’interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad ess[a] conforme».

⁴ Tale seconda dimensione del diritto costituzionale alla salute ha giustificato, per esempio, l’introduzione dell’obbligo vaccinale per il personale sanitario che svolga mansioni a contatto con i pazienti da parte dell’art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44. In materia di trattamenti sanitari obbligatori, definibili soltanto per legge ex art. 32, comma 2, Cost., si è di recente espressa nuovamente la Consulta con la sentenza n. 5 del 2018 nel senso che: «La

giurisprudenza costituzionale in materia di vaccinazioni è salda nell’affermare che l’art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività, [...]. La legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con il parametro costituzionale se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili».

⁵ Si vedano le statistiche rilevate dall’Istituto Superiore di Sanità, aggiornate al 31 marzo 2021: *Caratteristiche dei pazienti deceduti positivi all’infezione da SARS-CoV-2 in Italia*, in www.epicentro.iss.it.

⁶ Cass. civ., Sez. 1, 16 ottobre 2007, n. 21748.

ne, con modificazioni, del d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, ha introdotto nel testo dello stesso l'art. 1-*quinquies*, recante disposizioni in tema di «Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti COVID-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistenziali». Come facilmente intuibile dalla rubrica del citato art. 1-*quinquies* d.l. n. 172 del 2020 nella versione originale, quest'ultimo detta una disciplina peculiare in materia di legittimazione e modalità di espressione del consenso informato alla vaccinazione anti COVID-19 per soggetti a vario titolo incapaci e ricoverati in RSA⁷ o strutture similari, pur costituendo il vaccino in questione un vero e proprio trattamento sanitario per come regolamentato, sotto questo aspetto, dagli artt. 1 e 3 della l. n. 219 del 2017. Orbene, lo scopo perseguito dal legislatore in tempo di pandemia è quello di supplire ad eventuali vuoti legislativi in tema di prestazione del consenso informato per soggetti incapaci di sopperire ai propri bisogni sotto il profilo sanitario, ricoverati in strutture di cura ed assistenza, ma sprovvisti delle formali «misure di protezione» sancite dal codice civile per le persone prive in tutto o in parte di autonomia⁸, al fine di accelerarne la vaccinazione contro il coronavirus COVID-19, che per loro potrebbe determinare un maggior numero di complicanze.

A tale scopo, l'originario art. 1-*quinquies*, comma 1, d.l. n. 172 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 6 del 2021, dispone che per i soggetti a vario titolo in stato di incapacità, più o meno avanzata, il consenso alla vaccinazione anti COVID-19 debba essere espresso per mezzo del rappresentante legale o del fiduciario nominato in sede di «disposizioni anticipate di trattamento»⁹ ex art. 4 l. n. 219 del 2017, nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 3 della medesima legge e di eventuali DAT annotate nell'apposita banca dati nazionale. Il richiamo all'art. 3 della l. n. 217 del 2019 esige, pertanto, che la volontà del soggetto minore¹⁰ o ad altro titolo incapace sia valorizzata in relazione alle sue capacità di comprensione e decisione sui propri bisogni sanitari, in particolare di protezione dal COVID-19, giacché, come visto in premessa, il diritto al consenso informato è espressione personalissima e diretta dei diritti fondamentali alla vita, alla salute, alla dignità umana ed, infine, all'autodeterminazione di cui alla triade degli artt. 2, 13 e 32 Cost. Pertanto, al fine di porre il soggetto minore e/o incapace nelle concrete condizioni di manifestare la propria volontà

in relazione al trattamento sanitario in esame, il medico curante responsabile del trattamento anzidetto, in uno sforzo comune con il rappresentante legale o fiduciario DAT, deve informare il paziente incapace circa lo scopo, i vantaggi e gli effetti collaterali del vaccino anti COVID-19 prescelto in modo consono alle sue abilità¹¹.

1.1. L'espressione del consenso informato alla vaccinazione per soggetti sottoposti alle ordinarie misure di protezione del codice civile

Concretamente, dunque, il consenso informato per il paziente minore deve essere espresso da coloro che esercitano la responsabilità genitoriale o, in mancanza, dal tutore; per l'interdetto ex art. 414 c.c. dal tutore; mentre l'inabilitato, ai sensi dell'art. 3 l. n. 219 del 2017, dovrebbe esprimerlo personalmente. Ciò denota un difetto di coordinamento tra il testo dell'art. 1-*quinquies*, che annovera il curatore tra le figure atte a manifestare il consenso in vece del soggetto incapace, e l'art. 3 della legge 219 succitata, da risolversi nel senso che il curatore debba farsi meramente portavoce della volontà comunicatagli dall'inabilitato sottoposto alla sua curatela¹². Infine, per il beneficiario di amministrazione di sostegno, la legittimazione ad esternare il consenso – o dissenso – alla vaccinazione di specie dipende dai poteri conferiti all'amministratore di sostegno nell'atto di nomina o nelle sue successive modificazioni: di talché, soltanto nel caso in cui il giudice tutelare abbia ritenuto di disporre l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario, questi presterà o negherà il consenso al trattamento sanitario, in uno con il beneficiario tutelato ovvero da solo. Ovviamente, tutti i soggetti legittimati dal combinato disposto delle norme in esame sono comunque limitati, nella manifestazione del consenso al vaccino anti COVID-19, da due criteri di scelta vincolanti. Anzitutto, essi sono tenuti a considerare le indicazioni volitive provenienti dal minore e/o dall'incapace in base all'età, alla maturità e al grado di comprensione dimostrati. Inoltre, la scelta relativa al consenso/dissenso circa il vaccino deve essere unicamente finalizzata a garantire il benessere psico-fisico e la dignità della persona incapace, secondo la visione da questa manifestata circa la vita e la salute, in accordo con il principio personalistico che informa la nostra Carta costituzionale¹³. Per questo, il tutore o l'amministratore di sostegno incaricati debbono cercare di ricostruire la volontà che il loro assistito avrebbe espresso qualora ne fosse stato ancora capace,

⁷ «Residenze Sanitarie Assistenziali».

⁸ Libro I, Titolo XII, c.c.: artt. 404 ss.

⁹ D'ora innanzi ci si riferirà alle «disposizioni anticipate di trattamento» di cui all'art. 4 l. n. 219 del 2017 più semplicemente come «DAT».

¹⁰ Nel presente articolo ci si continuerà a riferire anche ai soggetti incapaci in quanto minori degli anni 18, pur sapendo che è atipico il loro ricovero in una struttura sanitaria assistenziale, perché il rinvio all'art. 3 citato *supra* ricomprende tutti i tipi di incapacità conosciuti dall'ordinamento giuridico italiano.

¹¹ Ciò, ovviamente, sarà possibile soltanto nei casi in cui nel beneficiario residui anche solo una parziale capacità di autodeterminarsi nelle scelte relative alla propria salute.

¹² In questo senso il giudice tutelare patavino SPACCASASSI, *Ospiti delle RSA e consenso alla vaccinazione anti Covid-19: un percorso ad ostacoli?*, in *Questione giustizia*, 27 gennaio 2021.

¹³ Cass. civ., Sez. 1, 16 ottobre 2007, n. 21748.

avendo riguardo, in generale, alle convinzioni etiche, filosofiche e scientifiche dell'interessato, e, più in particolare, ad elementi indiziari quali la partecipazione ad altre campagne vaccinali, l'inclinazione a prevenire stati patologici, piuttosto che a curarne meramente i sintomi, ecc¹⁴.

Nel caso in cui, invece, l'interessato, prima di cadere nell'attuale stato di incapacità, abbia provveduto a far annotare e registrare nell'apposito *database* DAT anche in tema di vaccinazioni o trattamenti sanitari simili, queste assurgono al rango di dichiarazioni vincolanti, con la sola eccezione del caso in cui il medico curante le ritenga, in accordo con il rappresentante legale o il fiduciario, incongrue rispetto allo stato attuale dei trattamenti vaccinali offerti.

Ad ogni modo, anche nel caso in cui non siano rinvenute DAT dell'interessato e il rappresentante legale a ciò titolato rifiuti la vaccinazione per il proprio rappresentato, sempre in virtù dell'art. 3, comma 5, l. n. 219 del 2017, il medico curante, che ritenga il vaccino appropriato, ed anzi necessario, per il paziente incapace, ha facoltà di adire il giudice tutelare territorialmente competente per richiedere che la vaccinazione sia autorizzata ugualmente. La medesima facoltà di ricorrere al giudice tutelare è riconosciuta anche al coniuge, all'altra parte dell'unione civile o alla persona stabilmente convivente, al padre, alla madre, al figlio, ovvero a tutti gli altri soggetti indicati negli artt. 406 e ss. c.c.

1.2. L'espressione del consenso informato alla vaccinazione per soggetti incapaci sprovvisti delle ordinarie misure di protezione del codice civile

Il comma 2 dell'art. 1-*quinquies* disciplina, invece, i diversi casi nei quali il soggetto ricoverato versi in stato di incapacità naturale, senza che egli abbia designato un fiduciario nelle DAT o gli sia stato nominato un rappresentante legale ai sensi del codice civile, ovvero quando questi risultino irreperibili per almeno 48 ore. Si tratta, cioè, dei veri casi nei quali, in mancanza della presente disciplina, si sarebbe verificato un vuoto normativo colmabile soltanto tramite il riconoscimento dell'urgenza (seppur c.d. differibile) delle cure vaccinali, così attribuendo ai medici la scelta sulla necessità o meno del trattamento ai sensi dell'art. 1, comma 7, l. n. 219 del 2017 e secondo l'art. 36 del codice deontologico "OMCEO"¹⁵. Nelle ipotesi anzidette, dunque, le funzioni di amministratore di sostegno devono essere assunte, temporaneamente e al solo fine di esprimere il consenso circa la vaccinazione in atto,

¹⁴ Si vedano le *Linee guida per gli amministratori di sostegno in relazione alla vaccinazione degli amministrati contro il virus COVID19* della Sezione VI (famiglia e giudice tutelare) del Tribunale di Genova, p. 6.

¹⁵ Sulla configurabilità di un'urgenza c.d. differibile in tema di vaccinazioni anti COVID-19 atteso il corrente stato di emergenza pandemica, cfr. le *Linee guida*, ult. cit., p. 7 ss.

dal responsabile medico o dal direttore sanitario della RSA in cui l'interessato è ricoverato, ovvero, in mancanza, dal direttore sanitario della Asl locale, il quale può designare un delegato¹⁶.

1.3. Le modalità di espressione del consenso informato alla vaccinazione anti COVID-19

Ai sensi del comma 3 dell'art. 1-*quinquies* in esame, il soggetto incaricato di esprimere il consenso alla vaccinazione in vece del beneficiario incapace a norma delle disposizioni di cui ai due commi precedenti, è tenuto a consultare anche il coniuge, l'altra parte dell'unione civile, la persona stabilmente convivente o, in mancanza, il parente più prossimo entro il terzo grado, prima di manifestare il suo assenso o dissenso in forma scritta. In verità, la formulazione di tale disposizione normativa non brilla per chiarezza, tanto che risulta incerto se tale obbligo competa solo all'amministratore di sostegno *ad hoc*, di cui al paragrafo che precede, oppure anche al rappresentante legale/fiduciario dell'incapace. Si ritiene preferibile propendere per la prima soluzione interpretativa, perché gli incombenti pratici che si esplicheranno nel prosieguo della trattazione complicano le normali procedure di espressione del consenso per l'incapace secondo la l. 219 del 2017, la quale, ad esempio, non prevede alcun obbligo di contattare i parenti prossimi del beneficiario¹⁷. Inoltre, anche il fatto che gli obblighi di comunicazione di cui si dirà si riferiscano alla sola direzione sanitaria delle strutture assistenziali corrobora tale conclusione, senza contare che pure il ribadire più volte la possibilità di ricorrere al giudice tutelare *ex art. 3, comma 5, l. 219 del 2017* sembra estendere ad altri soggetti – in questo caso quelli di cui all'art. 1-*quinquies*, comma 2 – una facoltà già accordata dalla legge al rappresentante legale e al fiduciario DAT.

Nel documento così predisposto ai fini del consenso informato per la vaccinazione anti COVID-19 deve quindi darsi atto anche delle ricerche svolte dai sanitari curanti per accertare lo stato di incapacità dell'interessato a prestare il consenso da sé – eventualmente anche con l'ausilio di perizie medico-legali¹⁸ –, delle ricerche effettuate in caso di irreperibilità del rappresentante le-

¹⁶ A tal proposito, sottolinea SPACCASASSI, *Ospiti delle RSA e consenso alla vaccinazione anti Covid-19: un percorso ad ostacoli?*, cit. che la scelta di individuare tra gli amministratori di sostegno *ad hoc* anche il Direttore sanitario della Asl territorialmente competente o di un suo delegato è apprezzabile in quanto in alcune Regioni, tra le quali il Veneto, le figure del responsabile medico o del direttore sanitario delle RSA sono di recentissima introduzione e potrebbero, dunque, ancora non essere state nominate in tutte le strutture assistenziali.

¹⁷ Di tale opinione anche SPACCASASSI, *Ospiti delle RSA e consenso alla vaccinazione anti Covid-19: un percorso ad ostacoli?*, ult. cit., il quale giunge a tali conclusioni anche in base ad un'interpretazione sistematica della norma in esame, con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 408 ss. c.c.

¹⁸ *Linee guida*, del Tribunale di Genova, cit., p. 6.

gale o del fiduciario, ovvero ancora dell'irrintracciabilità o indisponibilità dei soggetti sopra indicati, fino ai parenti di terzo grado. Inoltre, il modello del consenso/dissenso all'uopo formato deve essere inviato dalla direzione della struttura presso la quale il beneficiario è ricoverato al Dipartimento di prevenzione sanitaria della Asl territorialmente competente, affinché si possa procedere con la calendarizzazione della vaccinazione stessa.

Il consenso informato al trattamento sanitario in parola – viene ribadito – non può essere espresso in difformità dalle volontà dell'interessato, manifestate nelle forme e nei modi di cui agli artt. 3 e 4 l. n. 219 del 2017, ovvero, ove difetti qualsiasi residuo di capacità nella persona ricoverata, da quelle comunicate dal soggetto ad egli più prossimo fino al terzo grado di parentela. Pertanto, a tali condizioni, se il rappresentante legale dell'incapace è autorizzato ad esprimere il consenso alla vaccinazione, questo si intende come immediatamente esecutivo, tanto che andrà prontamente comunicato all'Azienda sanitaria locale per procedere all'inoculazione della prima dose. Qualora, al contrario, si dovesse optare per il rifiuto al trattamento sanitario, l'amministratore di sostegno *ad hoc* ha comunque la facoltà di ricorrere al giudice tutelare per richiedere la vaccinazione con le modalità di cui all'art. 3, comma 5, della legge 219 del 2017.

Nell'ulteriore ipotesi in cui il beneficiario non abbia le capacità di esprimere alcuna volontà in merito alla vaccinazione, non vi siano disposizioni anticipate relative a trattamenti del genere e i parenti prossimi siano irreperibili o si dimostrino indisponibili a dare indicazioni in vece dell'incapace, la manifestazione scritta del consenso/dissenso al vaccino predisposta dall'amministratore di sostegno temporaneo va immediatamente comunicata ad opera della direzione della struttura sanitario-assistenziale al giudice tutelare territorialmente competente, affinché questi proceda a convalidare o meno il consenso così prestato, con decreto motivato immediatamente esecutivo. A tale scopo è sancito un termine di 48 ore, durante le quali, se del caso, il giudice tutelare può procedere ai necessari accertamenti sui presupposti per la dazione del consenso informato alla vaccinazione. Entro ulteriori 48 ore dalla scadenza del predetto termine – dunque, entro 96 ore dalla comunicazione del consenso da parte della direzione della RSA – il decreto di convalida o rifiuto della stessa deve essere notificato all'interessato e all'amministratore di sostegno *ad interim*. Se tale termine finale per la comunicazione del provvedimento del giudice tutelare non viene rispettato, il decreto notificato tardivamente rimane privo di efficacia alcuna. Pertanto, in altre parole, fino al decorso infruttuoso delle anzidette 96 ore o alla comunicazione della convalida del giudice, gli effetti del consenso così prestato sono sospesi, ma se non interviene tempestiva comunicazione di convalida o rifiuto, tale consenso si

considera convalidato in virtù del silenzio-assenso del giudice tutelare competente.

A chiusura dell'art. 1-*quinquies*, l'ultimo comma fa salva anche in questo caso la possibilità per eventuali parenti del beneficiario incapace, i quali intervengano dopo l'avvenuta prestazione del consenso da parte dell'amministratore di sostegno *ad hoc*, di ricorrere al giudice tutelare se contrari alla decisione assunta.

2. Le modifiche apportate con l'art. 5 del decreto legge 1° aprile 2021 n. 44

Con il recente d.l. n. 44 del 2021, il legislatore "pandemico" ha reputato opportuno estendere la disciplina, dapprima riservata ai soli soggetti incapaci ricoverati in strutture sanitarie assistenziali, anche a soggetti in stato di incapacità naturale, non ricoverati in tali residenze, né provvisti dei mezzi legali di tutela predisposti dal codice civile, quali interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno. Si tratta, ancor più di prima, di ipotesi di estrema fragilità, non compensata – in contesti di famiglie non accidenti e/o di persone sole – dal fatto di ricevere assistenza quotidiana da parte di operatori della struttura in cui si è ricoverati.

In ossequio a tale intento, dunque, il d.l. in esame ha modificato la rubrica dell'art. 1-*quinquies* d.l. n. 172 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 6 del 2021, che ora reca disposizioni normative per la «Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti COVID-19 per i soggetti incapaci», eliminando il riferimento al ricovero presso residenze sanitarie assistenziali. La modifica cardine al testo della norma riguarda l'introduzione del comma 2-*bis*, il quale dispone: «Quando la persona in stato di incapacità naturale non è ricoverata presso strutture sanitarie assistenziali o presso analoghe strutture, comunque denominate, le funzioni di amministratore di sostegno, al solo fine della prestazione del consenso di cui al comma 1, sono svolte dal direttore sanitario della ASL di assistenza o da un suo delegato». I restanti aggiustamenti, invece, sono volti a chiarire che, anche nei casi di soggetto incapace sprovvisto di un rappresentante legale nominato o di un fiduciario *ex art. 4 l. n. 219 del 2017*, il direttore sanitario della locale Asl o il suo delegato, in qualità di amministratori di sostegno *ad interim*, agiscono secondo le modalità sancite dall'art. 1-*quinquies*, comma 3 e ss. Dovranno, pertanto, provare, innanzitutto, a recepire le volontà dell'assistito; in secondo luogo, sentire il coniuge, il convivente, l'altra parte dell'unione civile o il parente più prossimo entro il terzo grado, prima di esprimere il consenso in forma scritta; in mancanza, il consenso così formato dovrà essere comunicato al giudice tutelare ai fini della convalida nei modi sopra descritti.

3. Conclusioni

In conclusione, appare lodevole l'intento perseguito in questo frangente dal legislatore, specialmente con riferimento al recente intervento di estensione della disciplina anzidetta alle ipotesi di incapaci naturali non ricoverati in strutture assistenziali. Ciò nondimeno, come evidenziato nel corso dell'esame delle singole disposizioni di dettaglio, la tecnica redazionale utilizzata non ha risparmiato passaggi poco chiari o difetti di coordinamento con la normativa generale dettata dalla l. 219 del 2017. Ma soprattutto sarebbe sembrata più coerente con il contesto di emergenza sanitaria che viviamo una normativa speciale di semplificazione delle procedure burocratiche di consenso alla vaccinazione, sempre nella garanzia degli interessi costituzionali in gioco. Tuttavia, nei fatti, tale semplificazione non è avvenuta. Anzi, la disciplina dell'art. 1-*quinquies* risulta ridondante e complessa.

Infatti, seppure apprezzabile paia lo scopo di supplire ad una lacuna legislativa che si sarebbe determinata¹⁹, il risultato finale è una normativa quanto mai lontana dalla realtà attuale delle RSA e delle Asl, già in affanno per tutte le incombenze legate alla pandemia in corso, e che rischia perciò di essere vanificata nella pratica²⁰.

¹⁹ A tal proposito, i numerosi *vademecum* diffusi dalle varie giurisdizioni tutelari territoriali anche prima dell'introduzione dell'art. 1-*quinquies* dimostrano che eventuali problematiche pratiche si sarebbero comunque superate facilmente. Si vedano non solo le *Linee guida* del Tribunale di Genova, cit., ma altrettanti documenti equivalenti, ad esempio, dei Tribunali di Milano, Bologna, Catania, rinvenibili sui rispettivi siti istituzionali.

²⁰ Lo denuncia anche LENZI, *Troppa burocrazia per il consenso al vaccino Covid nelle Rsa*, in *Quotidiano sanità*, 7 gennaio 2021.

Recensioni

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA AL TEMPO DELLA CRISI
di Erik Furno, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021 390
di Giovanni Terrano



Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi di Erik Furno, , Napoli, Editoriale Scientifica, 2021

Il nuovo volume di Erik Furno, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, è di grande attualità e rilevanza, in vista dell'ormai prossima elezione del nuovo Capo dello Stato, che avrà luogo a gennaio 2022.

Tale lavoro offre un quadro complessivo ed esauriente dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale mediante l'analisi di un tema classico, qual è quello della figura del Presidente della Repubblica nel nostro ordinamento, alla luce dei suoi interventi nei periodi di crisi della forma di governo parlamentare.

Tenendo presente le numerose crisi politiche del nostro Paese, che ogni Capo dello Stato si è trovato a fronteggiare, è facilmente intuibile come si tratti di un tema di grande interesse, non solo tra i giuristi, ma anche tra i politologi e gli altri studiosi delle scienze umane.

In particolare, va evidenziato che Erik Furno completa il suo lavoro a cavallo della crisi politica, che ha visto il premier Giuseppe Conte rassegnare le sue dimissioni, in data 26 gennaio 2021, così terminando il suo secondo mandato. Ed infatti, tale Autore, a pag. 126, proprio al termine del suo lavoro, nell'ultima nota, ricorda ai lettori come anche in questo caso il Presidente della Repubblica abbia dimostrato di saper gestire la crisi di governo in parola "con equilibrio e saggezza politica", esaltando quel peculiare ruolo arbitrale che gli viene attribuito dalla Costituzione.

Ed è proprio sulla natura del ruolo del Presidente della Repubblica che l'Autore indaga per cercare di comprendere, alla luce degli eventi politici che si sono verificati dal 1948 ad oggi, quali siano gli elementi che hanno accresciuto la portata del suo ruolo e delle sue funzioni, andando ben oltre le previsioni dei nostri Padri Costituenti.

Per comprendere al meglio le funzioni del Presidente della Repubblica, Erik Furno analizza, in primo luogo, gli artt. 87, 88 e 92 della Costituzione, ritenendo che la figura presidenziale, pur rientrando tra gli organi costituzionali di garanzia, sia comunque "dotat(a) di ampi spazi di manovra di valenza politica" (pag. 10).

Non a caso, la nostra Costituzione colloca il Presidente della Repubblica, non nel Titolo VI insieme

alla Corte costituzionale, ma nel Titolo II, ponendolo al centro tra il Parlamento – Titolo I – ed il Governo – Titolo III.

In particolare, nel lavoro vengono *funditus* analizzati l'art. 87, che classifica le funzioni presidenziali, specificando analiticamente i poteri attraverso i quali il Capo dello Stato si relaziona con gli organi della Repubblica; l'art. 88, che prevede la facoltà del Presidente della Repubblica di sciogliere una o entrambe le Camere (Pizzorusso, nel Commentario della Costituzione, sostiene come il Capo dello Stato abbia importanti "poteri di stimolo e di impulso" per sciogliere le Camere ed indire nuove elezioni in caso di crisi istituzionale); ed, infine, l'art. 92, secondo comma, che disciplina il procedimento di formazione del governo.

Erik Furno prende le mosse proprio da tali articoli della Costituzione per disvelare le reali funzioni che il Presidente della Repubblica è chiamato a svolgere durante le crisi del sistema parlamentare, che ne fanno a giusto titolo "il baricentro del circuito governativo – parlamentare".

Infatti, è l'art. 87, primo comma, della Costituzione, nel configurare il Capo dello Stato quale rappresentante dell'unità nazionale, ad evidenziare il suo ruolo di organo al di sopra delle parti e al di fuori del sistema politico dei partiti. Secondo l'Autore, però, nel corso di questi decenni abbiamo assistito ad un progressivo *enlargement of functions* (pag. 9), un vero e proprio allargamento delle funzioni presidenziali attraverso un crescendo delle stesse "... fino a contribuire in concreto a dare stabilità e continuità all'ordinamento repubblicano, laddove la caduta d'influenza e di potere dei partiti e delle ideologie politiche lo rende necessario" (pag. 9).

Attraverso un ricco corredo bibliografico, Furno evidenzia come il nostro Presidente della Repubblica, in situazioni di crisi, eserciti non solo le funzioni di garante della Costituzione, ma anche di "rappresentante di quei valori di democraticità e di solidarismo sociale" (pag. 14), che sono alla base della nostra Carta costituzionale.

Lo stesso autore, poi, dedica particolare attenzione

alla giurisprudenza costituzionale formatasi negli anni sulla figura del Capo dello Stato.

All'uopo evidenzia come le sentenze "di sistema", "le uniche a tratteggiare la figura presidenziale" (pag. 23), siano sostanzialmente tre: la n. 154 del 2004, inerente al caso Cossiga (pagg. 24 – 33), in cui pone in risalto "le obiettive difficoltà di tracciare il confine tra responsabilità ed irresponsabilità presidenziale e dipanare così l'inestricabile intreccio tra attività formali ed informali, tra attività funzionali e comportamenti e dichiarazioni informali non coperte dallo scudo immunitario dell'art. 90 Cost." (pag. 32); la n. 200 del 2006 in tema di concessione di grazia (pagg. 32 – 52), in cui, secondo Furno, "... l'esclusiva funzionalizzazione della grazia in chiave umanitaria e, nel contempo, rieducativa riposa sulla netta distinzione tra Capo dello Stato ed istituzioni politiche, ritenendosi da parte della Corte delle leggi gli organi di indirizzo politico inevitabilmente parziali ed il Presidente della Repubblica necessariamente estraneo alla funzione di governo e, come tale, imparziale" (pag. 50) (in tal senso, anche A. Pugiotto, La concessione della grazia (con particolare riferimento alla presidenza Napolitano), in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2011).

La terza ed ultima sentenza "di sistema" che l'Autore prende in esame è la n. 1 del 2013, decisione "storica" in tema di intercettazioni al Capo dello Stato (pagg. 52 – 89), con cui "... la Corte costituzionale finisce con il riconoscere al Presidente della Repubblica «la possibilità di attivare tutte le potenzialità che la Costituzione offre -e, talvolta, anche oltre – per salvaguardare le istituzioni e la comunità nazionale»" (pag. 89) (dello stesso autore, v. la precedente monografia, *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza 1/2013 della Corte costituzionale*, Torino, 2014).

Da ultimo, l'Autore analizza "l'affaire Savona", verificatosi durante il procedimento di formazione del primo governo Conte, finendo nel concludere per la legittimità dell'operato presidenziale.

In altre parole, Erik Furno, con tale contributo, ha cercato di dimostrare come le funzioni del Presidente della Repubblica vadano ben oltre quelle di mera "garanzia" previste dai nostri Padri Costituenti, per cui, nei momenti di crisi istituzionale, prendano vigore quelle consuetudini o prassi costituzionali che "... alla luce dell'insegnamento giurisprudenziale" gli conferiscono "... «una delicata gamma di poteri, numerati e impliciti che lo immettono naturalmente nel gioco delle forze politiche»».

Il tutto ponendo in luce l'essenza di «Un Capo dello Stato ... che non può essere neutrale o imparziale, anche se deve apparire tale, ma che in concreto rivela una sua ineliminabile carica di politicità, seppur appartita per non lasciarsi trascinare nell'agone delle contese partitiche» (pagg. 112 – 113).

In definitiva, un contributo di notevole spessore,

destinato ad avere rilievo nel dibattito scientifico per la comprensione del ruolo del Capo dello Stato, analizzato con una lente d'ingrandimento diversa attraverso l'analisi delle recenti e passate trasformazioni della nostra democrazia parlamentare.

Indice delle sentenze

Diritto civile

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. VI, 16.10.2020, ord. n. 22604

(con nota di COMMENDATORE)

Cass., sez. I, 14.05.2020, n. 8944

(con nota di DI CATERINO)

Cass., sez. un., 28.01.2021, n. 2061

(con nota di COSTANZO)

Cass., sez. un., 30.03.2021, n. 8776 s.m.

Cass., sez. un., 31.03.2021, n. 9004, s.m.

Cass., sez. un., 31.03.2021, n. 9006 s.m.

Cass., sez. un., 14.04.2021, n. 9839 s.m.

Cass., sez. un., 15.04.2021, n. 10012 s.m.

Cass., sez. un., 19.04.2021, n. 10242 s.m.

Cass., sez. un., 20.04.2021, n. 10355 s.m.

Cass., sez. un., 30.04.2021, n. 11421 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Torino, 25.06.2020, n. 1993 s.m.

Trib. Monza, 01.09.2020, n. 1073 s.m.

Trib. Vibo Valentia, 03.09.2020, n. 436 s.m.

Trib. Torre Annunziata, 12.10.2020 s.m.

Trib. Milano, 04.11.2020, n. 6927 s.m.

Trib. Ravenna, 09.11.2020 s.m.

Trib. Milano, 01.12.2020 s.m.

Trib. Ancona, 03.12.2020, n. 1522 s.m.

Trib. Potenza, 10.12.2020, n. 979 s.m.

Trib. Brescia, 16.12.2020, n. 2614 s.m.

Trib. Catania, 13.11.2020, n. 3765 s.m.

Trib. Vicenza, 13.11.2020, n. 1907 s.m.

Trib. Napoli, 22.05.2020 s.m.

Diritto penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 4, 24.03.2021, n. 12149 s.m.

Cass., sez. 5, 12.03.2021 n. 14050 s.m.

Cass., sez. 6, 25.02.2021, n. 13751 s.m.

Cass., sez. un., 25 febbraio 2021, n. 12581

(con nota di PIGNATELLI)

Cass., sez. 1, 24.02.2021, n. 12782 s.m.

Cass., sez. 1, 24.02.2021, n. 12770 s.m.

Cass., sez. 3, 19.02.2021, n. 13267 s.m.

Cass., sez. 5, 16.02.2021, n. 13069 s.m.

Cass., sez. 1, 16.02.2021, n. 12762 s.m.

Cass., sez. 5, 17.12.2020, n. 13386 s.m.

TRIBUNALE

Nola, G.M., 19.01.2021, n. 105 s.m.

Napoli, G.M., 19.03.2021, n. 2633 s.m.

Nola, G.o.T., 26.03.2021, n. 703s.m.

Nola, G.M., 19.01.2021, n. 112 s.m.

CORTE DI APPELLO

Napoli, sez. V, 11.01.2021, n. 112 s.m.

CORTE DI ASSISE DI APPELLO

Napoli, sez. V, 23.03.2021, n. 28 s.m.

G.I.P./G.U.P.

Avellino, G.I.P., 2.03.2021, n. 77 s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

Cons. di Stato, sez. V, 25.03.2021, n. 2526 s.m.

Cons. di Stato, sez. III, 26.03.2021, n. 2580 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 19.04.2021, n. 3166 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 01.03.2021, n. 1700 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 23.03.2021, n. 2483 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 08.04.2021, n. 2839 s.m.

Cons. di Stato, Ad. Pl., 18.03.2021, n. 5 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 12.04.2021, n. 2962 s.m.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37

(con nota di DELLA GIUSTINA)

Diritto Internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. V,

15.04.2021, ric. n. 5560/19

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II,

13.04.2021, ric. n. 37882/13

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera,

08.04.2021, ric. n. 47621/13

Corte Europea dei diritti dell'uomo, 06.04.2011, ric.

n. 5434/17

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I,

25.03.2011, ric. nn. 15931/15 e 16459/15

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I,

18.03.2021, ric. n. 24340/07

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II,

16.03.2021, ric. n. 53848/07

Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I,

11.03.2021, ric. n. 6865/19

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE

EUROPEA

C.G.U.E., Terza Sezione, 15.04.2021,

causa C-729/19

C.G.U.E., Quarta Sezione, 15.04.2021,

causa C-221/19

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale
di diritto

- ▶ commerciale
- ▶ tributario
- ▶ civile
- ▶ penale
- ▶ amministrativo
- ▶ internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico
a dieci anni dal *caso Napoli*

FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce
della recente giurisprudenza costituzionale

ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione
delle cause di esclusione nella disciplina
dei contratti pubblici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

*sei numeri della rivista
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese
successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 40 86

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 556 40 86

@ **per email** a: info@giapeto.it

