

Giapeto Editore

# Gazzetta FORENSE

Settembre - Ottobre 2019

Emergenza vs diritti

CLELIA IASEVOLI

---

La pubblicità commerciale dell'azienda e la cessione del corrispettivo dell'affitto di azienda: pubblicità immobiliare e non commerciale.

*Nota a Corte Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26701*

ROBERTO RANUCCI

---

Richiesta di incidente probatorio e testimonianza della persona offesa di reati sessuali: abnormità del rigetto del G.I.P.

*Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16 maggio 2019, n. 34091*

RAFFAELE CARFORA

---

Limite al subappalto incompatibile con il diritto europeo.

*Nota a CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18*

CRISTINA SPIZUOCO

---

in collaborazione con



# Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 12 - Numero 5 - Settembre/Ottobre 2019

**DIRETTORE RESPONSABILE**

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, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, 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, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, 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 Fimmano, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Chuma Himonga, Manlio Ingrosso, Francesco Saverio Marini, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Vito Tenore, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesauro

**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 Nastri, 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

*in collaborazione con*

  
**PEGASO**  
Università Telematica

**Università  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

# SOMMARIO

## Editoriale

EMERGENZA VS DIRITTI .....	701
di Clelia Iasevoli	

## Diritto e procedura civile

L'ISTITUTO DELLA "PROROGATION" NEL SISTEMA COSTITUZIONALE BRITANNICO TRA LIMITI ED APPLICABILITÀ .....	706
di Francesca Mite e Nicola Barbuzzi	

LA PUBBLICITÀ COMMERCIALE DELL'AZIENDA E LA CESSIONE DEL CORRISPETTIVO DELL'AFFITTO DI AZIENDA: PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E NON COMMERCIALE. <i>Nota a Corte Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26701</i> .....	713
di Roberto Ranucci	

L'ADOZIONE SPECIALE EX ART. 44 DELLA LEGGE 184/83 TRA CONTINUITÀ AFFETTIVA E VINCOLI NORMATIVI. <i>Nota a Cass. Sez. I Civ., sentenza n. 17100 del 26/06/2019</i> .....	723
di Nicola Barbuzzi	

SUL RISARCIMENTO DEL DANNO NELLO SFRATTO PER FINITA LOCAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 16 luglio 2019, n. 18946</i> .....	731
di Giuseppe Tais	

SULLA VALIDITÀ DI UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE CON CLAUSOLA <i>CLAIMS MADE</i> CON RETROATTIVITÀ LIMITATA. <i>Nota a Tribunale di Napoli, Sezione ottava civile, 21 novembre 2019, n. 10429</i> .....	740
di Gaetano Scuotto	

SUGLI OBBLIGHI DI TUTELA DEL DATORE DI LAVORO EX ART. 2087 C.C. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 09 agosto 2019, n. 21287</i> .....	747
di Pietro Sorrentino	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	752
a cura di Mario De Bellis	

RASSEGNA DI MERITO .....	755
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

## Diritto e procedura penale

IL TESTIMONE DI GIUSTIZIA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO; DEFINIZIONE, DISCIPLINA E RICADUTE PROCESSUALI .....	758
di Sergio Ricchitelli	

RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO E TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA DI REATI SESSUALI: ABNORMITÀ DEL RIGETTO DEL G.I.P. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16 maggio 2019, n. 34091</i> .....	766
di Raffaele Carfora	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI .....	781
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	786
a cura di Andrea Alberico	

RASSEGNA DI MERITO .....	789
a cura di Giuseppina Marotta	

## Diritto amministrativo

- LIMITE AL SUBAPPALTO INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO EUROPEO.  
*Nota a CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18* ..... 793  
 di Cristina Spizuoco
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE  
*(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* ..... 804  
 a cura di Almerina Bove

## Diritto tributario

- RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE  
 DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE ..... 808  
 a cura di Maria Pia Nastri

## Diritto internazionale

- ABOLIZIONE DELLA PROTEZIONE UMANITARIA E RETROATTIVITÀ DELLA RIFORMA  
 NELLA PRIMA INTERPRETAZIONE DELLE SEZIONI UNITE ..... 812  
 di Elvira Buzzelli
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ..... 818  
 a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

### DIRITTO CIVILE

- La *vexata quaestio* sul danno da occupazione illegittima. Riflessioni sulla tutela risarcitoria  
 per l'occupazione sine titulo di immobili di proprietà della Pubblica Amministrazione ..... 828  
 di Daniele Vitale

### DIRITTO PENALE

- La legge cd. "Spazzacorrotti" e i suoi riflessi sull'esecuzione della pena:  
 portata applicativa nel tempo della disciplina e sua legittimità costituzionale. .... 832  
 di Francesco Di Sabato

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

- Il diritto di accesso agli atti in materia tributaria (cartella esattoriale ed estratto ruolo). .... 835  
 di Sascha Ferrillo

## Recensioni

- SISTEMA ISTITUZIONALE DI DIRITTO COMUNE  
 di Gianpiero Paolo Cirillo, Wolters Kluwer Cedam, 2019 ..... 842  
 di Enzo Napolano

- INDICE DELLE SENTENZE ..... 844

Clelia Iasevoli  
Prof.ssa Università degli Studi di Napoli Federico II

## Editoriale

### Emergenza vs diritti

L'allarme sociale, per la presa d'atto di disfunzioni del tessuto economico-istituzionale, è stato determinato dalla dimensione, avvertita come sistemica, della corruzione, che avrebbe assunto una capacità quasi autogenerativa. Ed è qui che si attiva uno schema consolidato: dopo ogni fatto di cronaca si scatena la reazione dell'opinione pubblica, che chiede di punire in nome della sicurezza in senso ampio, biasimando le istituzioni incapaci di reagire, con la politica che promette costantemente punizioni ritenute esemplari.

Questo comune sentire è stato tradotto dal populismo politico/penale in domanda di 'vendetta', anche sulla spinta delle fonti normative sovranazionali, proiettate verso un'azione di contrasto in nome dell'efficientismo/immediatismo. D'altronde, la politica criminale europea pare essere fondata prevalentemente sulla deterrenza e, quindi, sulla prevenzione generale negativa.

Eppure, ogni opera di mera 'moralizzazione' non può che scuotere la coscienza dei giuristi, soprattutto a fronte di una normativa speciale, che ciclicamente ritorna con i consueti tratti dell'approssimazione, del rigorismo repressivo, della simbolicità e a detrimento dei diritti inviolabili.

Con queste caratteristiche il tema della corruzione, da anni, si è posto al centro del dibattito politico a conferma di una percezione collettiva, che si è di fronte ad un male endemico della società.

Non si vuole qui negare la diffusione delle pratiche corruttive nelle molteplici articolazioni della vita sociale; tuttavia questa acquisizione, mediaticamente esagerata, non può legittimare la 'caccia' ai corrotti. A ciò si aggiunga il dato, poco confortante, secondo cui l'opinione pubblica non accetta la ragionevolezza del garantismo, auspicando una giustizia accelerata, se non sommaria, e dunque al prezzo del sacrificio delle prerogative dei sospettati.

Il nesso tra norme e realtà sociale costituisce la precondizione per la costruzione di un sistema, che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dai destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di praticabilità;

ma se essa perde di razionalità, per un eccesso di disinvolto empirismo, finisce con il disequilibrare l'ambito del punibile e, di riflesso, la fase dell'accertamento processuale, nonché dell'esecuzione delle sanzioni. Ne consegue la perdita di coerenza sistematica rispetto al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale.

Spetta, dunque, alla cultura giuridica rimettere a posto le cose in rapporto ad opzioni politico-giuridiche poco apprezzabili; segnalare, cioè, quelle soluzioni normative risultanti aporetiche al vaglio di rigorose operazioni di verifica o di falsificazione delle stesse in rapporto alle scelte fondamentali implicate.

Innanzitutto, appare discutibile l'osmosi fra l'azione di contrasto al crimine organizzato e ai reati contro la p.a., strumentale all'introduzione di deroghe che aprono punti di frizione con i principi costituzionali.

La legge 'spazzacorrotti' predispone l'ennesimo doppio binario, come mezzo indispensabile all'operazione di quel 'rinnovamento' morale che si presenta sotto le spoglie dell'etica pubblica. Già il termine 'spazzacorrotti' evoca la necessità di comunicare l'urgenza di una pressante contingenza sociale con il ricorso ad espressioni più di impatto giornalistico che tecnico.

Sul piano del diritto sostanziale, si segnalano l'aumento delle pene principali per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione; l'inasprimento della pena per l'appropriazione indebita; la modifica della fattispecie di traffico d'influenze illecite; l'ampliamento dell'area dei delitti in tema di corruzione internazionale; l'introduzione della causa speciale di non punibilità nel caso di volontaria collaborazione; l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione; la non estensione della sospensione alle pene accessorie.

Quest'insieme delinea il contesto di un emergenzialismo, appiattito su presunte esigenze di una politica criminale dell'efficienza, condizionata da una visione limitata delle funzioni della pena e, in particolare, proiettata al raggiungimento di risultati di tipo intimi-

dativo-deterrente, trascurando l'aspetto positivo della prevenzione generale. Ne costituisce una pregnante esemplificazione la perpetuità delle pene accessorie, che si pone in contrasto con la progressività e la flessibilità del trattamento, entrambe componenti essenziali alla rieducazione. L'inasprimento sanzionatorio rende poco credibile il sistema stesso; ad avere un effetto criminorepellente non è tanto l'elevato contenuto di afflittività della pena, quanto la sua effettività in termini di certezza e prontezza nell'infrazione.

La riforma, invece, si muove lungo il filo rosso del massimo rigorismo e, ignorando che la prescrizione sia un diritto dell'imputato, dispone che essa non possa più intervenire dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino all'esecutività della sentenza o all'irrevocabilità del decreto. A prevalere è, quindi, l'interesse pubblico alla 'non dispersione del processo', anche al prezzo del sacrificio della presunzione di non colpevolezza: l'imputato diviene 'prigioniero' di una giustizia, non troppo latamente, autoritaria.

D'altra parte, la legislazione improntata all'emergenzialità privilegia la prospettiva repressivo-deterrente, in cui i limiti edittali vanno innalzati in funzione degli strumenti processuali, soprattutto investigativi, al fine di asservire il processo ad una spettacolarizzazione degli scopi repressivi.

È questa la politica dell'efficientismo simbolista! Da essa deriva un processo con funzione dissuasiva, funzione che altera il naturale rapporto tra accertamento e pena.

Si è avviata così la trasformazione di istituti sostanziali e/o processuali in strumenti sanzionatori atipici (es. sospensione della prescrizione) per fare spazio ad istanze di prevenzione generale negativa, con l'effetto dell'affievolimento del legame tra giurisdizionalità e legalità.

In tal modo la dinamica e la struttura del processo perdono di centralità ed assumono profili secondari, per privilegiare forme autosufficienti di controllo sociale, capaci di tenere sotto pressione l'individuo e la collettività.

Ora, non si discute sul fatto che il contrasto efficace a condotte di corruzione comprenda il momento della repressione, ma esso non può essere sganciato dal principio di legalità, dalla tutela diritti inviolabili e, specialmente, dalla presunzione di non colpevolezza.

Tuttavia, la prospettiva di progressivo rafforzamento delle finalità preventive affidate al processo è ulteriormente confermata dall'aggressività delle indagini. Il riferimento va all'uso del captatore informatico sulla base di un'indebita equiparazione tra le fattispecie di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, attraverso una disciplina eccezionale, che si caratterizza per presupposti applicativi meno stringenti rispetto a quelli ordinari previsti per i reati comuni. Il

*trend* è quello dell'espansione di moduli eccezionali, che introducono regimi procedurali di tipo investigativo e probatorio, differenziati sulla base del titolo di reato, rompendo in tal modo l'unità della successione teleologica degli atti. E pensare che il fattore di rottura è la sola qualificazione giuridica del fatto ad opera del pubblico ministero.

Un'ulteriore esemplificazione è offerta dall'ampliamento delle operazioni sotto copertura nell'ambito di indagini per delitti contro la pubblica amministrazione, spesso a base monosoggettiva, che, peraltro, non è scevra dal rischio che la condotta di istigazione o, comunque, di provocazione sia la sola idonea a far emergere il fenomeno corruttivo; rischio che mostra, per un verso, il nervo scoperto del mancato chiaro distinguo tra l'agente sotto copertura e l'agente provocatore; e, per altro verso, l'esigenza di rafforzare l'effettività del controllo dell'autorità giudiziaria sulle operazioni di polizia.

Mi sembrano questi i tratti di un processo con istruzione – oggi – del pubblico ministero, giustificato dalla forzosa equiparazione tra il corrotto e il mafioso. Se è vero che tale equiparazione si origina da un'interna corruzione del potere legale e dal contestuale attacco esterno da parte delle organizzazioni criminali, con l'esito, tra l'altro, dell'inquinamento degli assetti economici ed istituzionali; non è men vero che si tratta di fattispecie rispetto alle quali a prevalere siano i molteplici indici differenziali. Ciò nonostante, l'indebita assimilazione si è insediata, dapprima, nel sistema della prevenzione patrimoniale, come strategia di contrasto all'illecito arricchimento, affermandosi, poi, nelle indagini preliminari e nella fase esecutiva.

Ed inoltre, va segnalato come appaia un fuor d'opera l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nell'ampio catalogo ostativo all'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-bis comma 1 ord. penit.), tra cui la liberazione anticipata, non essendo la gravità del reato e il bene giuridico protetto indicatori sufficienti a fondare la presunzione di pericolosità sociale, quindi, il divieto opererebbe per il solo fatto della mancata collaborazione.

Un inconscio inquisitorio è sotteso pure alle modifiche apportate in tema di patteggiamento, che mascherano una soluzione politica di giustizia contrattata, volta a premiare la collaborazione dell'imputato e la restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato. Subordinare, poi, l'efficacia dell'accordo all'esenzione dalle pene accessorie, previste dall'art. 317-bis c.p., ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale, significa porre la premessa per sperequazioni trattamentali, specialmente, in considerazione dell'indeterminatezza dei criteri che dovrebbero orientare il pubblico ministero a prestare il consenso alla richiesta di pena concordata e il giudice ad accoglierla. Questi due soggetti processuali diventano gli arbitri di orientamenti ultralegali di politica criminale, in contrasto

con la *ratio* del principio di determinatezza/tassatività della sanzione e con le stesse esigenze di prevenzione generale, non negativa.

Né l'accelerazione dei tempi processuali restituirebbe credibilità alla funzione giurisdizionale; anzi, essa, se non accortamente utilizzata, introduce connotati inquisitori nell'esercizio della funzione, prestandosi a celebrare scopi di dissuasione, cioè, scopi estranei al processo. Si vuole dire che la giustizia per essere pronta corre il rischio di essere vana; la prospettiva della sola prontezza la espone al rischio di non essere giustizia; tanto più se la struttura del processo è tendenzialmente organizzata in funzione di immediata difesa sociale, anticipando il momento sanzionatorio alle prime battute del procedimento, rispetto all'esito dell'accertamento definitivo di responsabilità.

In tale contesto la magistratura è sollecitata ad una sovraesposizione, essendo investita di maggiori poteri; e qualora la sovraesposizione si traducesse nello svuotamento delle garanzie procedurali, non si potrebbe evitare la conseguenza della perdita di legittimità della stessa azione della magistratura. Il plauso dell'opinione pubblica, per talune iniziative giudiziarie, non sarebbe in grado di oscurarne la grave conseguenza della messa in discussione delle garanzie. Il problema del consenso non va disgiunto da quello dei valori, se lo fosse sarebbe un consenso viziato.

La convinzione è che il "doppio binario", adottato in materia, arretri la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), come regola di trattamento e come regola di giudizio. Ma non solo.

Il doppio binario determina il corto circuito tra uguaglianza ed equità, in rapporto di presupposizione con il *processo giusto*, che, a sua volta, implica la parità delle parti (art. 111 Cost.). E usando la felice espressione di Tullio Padovani «esso rappresenta un vero e proprio illegalesimo legale, e cioè una legalità del guscio esteriore, ma che nel suo contenuto ne tradisce il fondamento e, in primo luogo, l'ineludibile nesso con il principio di eguaglianza. Niente di confortante e niente di nuovo».





## Diritto e procedura civile

L'ISTITUTO DELLA "PROROGATION" NEL SISTEMA COSTITUZIONALE BRITANNICO TRA LIMITI ED APPLICABILITÀ .....	706
di Francesca Mite e Nicola Barbuzzi	
LA PUBBLICITÀ COMMERCIALE DELL'AZIENDA E LA CESSIONE DEL CORRISPETTIVO DELL'AFFITTO DI AZIENDA: PUBBLICITÀ IMMOBILIARE E NON COMMERCIALE. <i>Nota a Corte Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26701</i> .....	713
di Roberto Ranucci	
L'ADOZIONE SPECIALE EX ART. 44 DELLA LEGGE 184/83 TRA CONTINUITÀ AFFETTIVA E VINCOLI NORMATIVI. <i>Nota a Cass. Sez. I Civ., sentenza n. 17100 del 26/06/2019</i> .....	723
di Nicola Barbuzzi	
SUL RISARCIMENTO DEL DANNO NELLO SFRATTO PER FINITA LOCAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 16 luglio 2019, n. 18946</i> .....	731
di Giuseppe Tais	
SULLA VALIDITÀ DI UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE CON CLAUSOLA <i>CLAIMS MADE</i> CON RETROATTIVITÀ LIMITATA. <i>Nota a Tribunale di Napoli, Sezione ottava civile, 21 novembre 2019, n. 10429</i> .....	740
di Gaetano Scutto	
SUGLI OBBLIGHI DI TUTELA DEL DATORE DI LAVORO EX ART. 2087 C.C. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 09 agosto 2019, n. 21287</i> .....	747
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	752
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO .....	755
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	



## L'istituto della "prorogation" nel sistema costituzionale britannico tra limiti ed applicabilità

### abstract

*The British Supreme Court has addressed, with the help of eleven judges, the thorny issue of relations between Parliament, the Crown, the Government and the Supreme Court itself, restating once again the supremacy of the role of Parliament both as a legislative body and for the control over the Government's work.*

*With a historical reconstruction, the Court has outlined the limits to the exercise of the prerogative by clarifying how parliamentary activity cannot be compressed and limited by a reckless use of the parliamentary right, that would produce a "vulnus" into this delicate balance – inspired by the principles of loyalty and correct collaboration – between the powers of the State.*

### keywords

*Prorogation – Advice – Common law – Brexit – Ministerial accountability – Lisbon agreement.*

### abstract

*La Suprema Corte inglese ha affrontato, con un panel di ben undici giudici, lo spinoso tema dei rapporti tra Parlamento, Corona, Governo e Corte Suprema stessa, ribadendo ancora una volta la supremazia del ruolo del Parlamento sia quale organo legislativo che di controllo sull'operato del Governo. Attraverso anche una ricostruzione storica, la Corte ha delineato i limiti all'esercizio della prerogativa chiarendo come l'attività parlamentare non possa essere compressa e limitata da un uso sconsigliato del diritto parlamentare che produrrebbe un vulnus nel delicato equilibrio – ispirato ai principi di lealtà e di corretta collaborazione – tra i poteri dello Stato.*

### parole chiave

*Prorogation – Advice – Common law – Brexit – Ministerial accountability – Trattato di Lisbona.*

### sommario

1. Premessa. – 2. La Brexit. – 3. La prorogation. – 4. La decisione R. – 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il 24 settembre 2019 con quello che passerà alla storia come un vero e proprio trattato di diritto costituzionale, la Corte Suprema britannica ha segnato un punto di svolta nel processo della *brexit*<sup>1</sup> e, al tempo stesso, ha indicato in maniera netta quali siano i limiti di esercizio dei poteri dello Stato ripristinando un equilibrio che si era pericolosamente alterato.

La Corte ha affrontato in maniera decisa il delicato tema dei rapporti tra Parlamento, Primo Ministro, Corona e Corte Suprema stessa andando a delineare quali sono le prerogative costituzionali degli stessi e i limiti entro i quali questi possano operare.

Il *common law* riconosce il potere delle corti di delineare i confini delle prerogative sulla scorta di due pilastri fondamentali di ogni sistema parlamentare: la sovranità parlamentare e il controllo dell'operato del Parlamento sul Governo.

Ne consegue come la sovranità parlamentare possa legittimamente arginare le prerogative e che, in ossequio al principio della *ministerial accountability*, il governo, sia in forma collegiale che nella persona del Primo Ministro, debbano rispondere del proprio operato al Parlamento.

È da premettere come l'istituto della "prorogation" rappresenti una vera e propria consuetudine oramai consolidata nella prassi parlamentare inglese e riconosciuta formalmente dal 2011 in una legge chiamata *Fixed-Term Parliament Act*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il termine "Brexit" è un neologismo che deriva dalla crasi delle parole "Britain" ed "exit".

<sup>2</sup> Il *Fixed Term Parliament Act*, è un atto di rilievo costituzionale che tocca profondamente l'assetto parlamentare britannico. La legge, che ha lo scopo di stabilire la durata fissa dei governi, è il risultato di un accordo di tra Conservatori e Liberaldemocratici. In forza di questa novella lo scioglimento parlamentare, un tempo prerogativa della Corona, può verificarsi su iniziativa della Camera dei Comuni votata dai due terzi dei componenti o a seguito di mozione di sfiducia a meno che la stessa Camera non dia la fiducia a un nuovo governo entro il termine di 14 giorni. Si tratta di un atto fortemente innovativo in quanto ha l'ambizione di regolare con legge ciò che era affidato a convenzioni e consuetudini costituzionali e perché introduce un limite sostanziale al potere

Tuttavia i problemi interpretativi sorgono allorché si considera la natura dell'istituto, la quale mostra prorompente la grande peculiarità che caratterizza l'ordinamento costituzionale inglese svelando la sostanziale differenza tra forma e sostanza degli atti.

La volontà politica di applicare la "prorogation" è esclusivamente del Premier il quale attraverso un atto, tecnicamente chiamato "advice" ("consiglio"), sollecita la Regina a deliberarlo.

Sulla consolidata consuetudine delle corti inglesi di non sindacare su di un atto proveniente dalla Corona, i ricorrenti hanno impugnato non l'atto ma il "consiglio" ad esso sotteso, ritenuto, a loro dire "unlawful" cioè illegittimo e *contra legem*.

Prima di affrontare la sentenza in commento è opportuno ricostruire il complesso quadro politico britannico a seguito del referendum del giugno 2016<sup>3</sup>.

## 2. La Brexit

Nel tentativo di aumentare la pressione su Bruxelles, in vista degli imminenti negoziati con l'UE per ottenere accordi più favorevoli per la Gran Bretagna che si sarebbero tenuti nel febbraio 2016, l'allora premier David Cameron, nel novembre 2015, indicava un referendum consultivo e non vincolante sulla permanenza del Regno Unito nella Unione, convinto della vittoria del "remain" con una percentuale del "leave" utile per acquisire maggiore potere negoziale.

Il punto su cui Cameron intendeva rinegoziare riguardava la gestione dei flussi migratori, che di fatto stava producendo effetti negativi anche sull'accesso al mercato del lavoro dei cittadini d'oltremarica dopo l'allargamento a 28 dell'UE.

Contrariamente a quanto ipotizzato, smentendo anche i sondaggi che davano per certa la vittoria del "remain", dalla consultazione popolare del 23 giugno 2016, a sorpresa, trionfava il "leave" spiazzando totalmente Cameron, il quale rassegnava le proprie dimissioni il 24 giugno 2016.

Gli succedeva Theresa May, che aveva rivestito il ruolo di Ministro dell'Interno del Governo Cameron, la quale da subito mostrò evidenti perplessità sulla uscita dell'Inghilterra dall'Unione Europea.

Gli eventi si susseguirono a ritmo serrato: il 25 giugno 2016 il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione diede mandato a Didier Seeuws di gestire la "task-force" sul Regno Unito; il 13 luglio 2016 il

del Primo Ministro di sciogliere la Camera bassa.

<sup>3</sup> I risultati del referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'UE tenutosi il 23 giugno 2016, hanno visto la vittoria del "leave" (con il 51,9% dei voti) contro il "remain" (con il 48,1% dei voti), con un'affluenza alle urne del 71,8% dell'elettorato (oltre 30 milioni di persone). Il Paese è risultato molto diviso. A favore del "remain" sono stati la Scozia (62%), Londra (59,9%), l'Irlanda del Nord (55,8%) ed il territorio d'Oltremare di Gibilterra (95,9%). Il voto è apparso anche molto diviso demograficamente, con i giovani tra i 18-24 e i 25-34 anni che hanno votato rispettivamente per il 73% ed il 62% per rimanere in Europa.

premier May nominò David Davis quale Segretario di Stato per la Brexit e l'ex sindaco di Londra, Boris Johnson, Ministro degli Esteri; il 21 luglio 2016 il Regno Unito rinunciò ufficialmente al proprio turno di presidenza del Consiglio dell'Unione, previsto per la seconda metà del 2017; il 27 luglio 2016 l'UE nominò Michel Barnier capo negoziatore nella trattativa con la Gran Bretagna sull'UE.

Il primo passo per la *brexit* era l'attivazione, per la prima volta dalla nascita della UE, della procedura di recesso dall'UE, disciplinata dall'art. 50 TUE<sup>4</sup>, e introdotta con il Trattato di Lisbona<sup>5</sup> che regolamenta

<sup>4</sup> "1. Qualsiasi Stato membro può decidere di ritirarsi dall'Unione in conformità alle sue norme costituzionali. 2. Uno Stato membro che decide di ritirarsi notificherà la sua intenzione al Consiglio europeo. Alla luce delle linee guida fornite dal Consiglio europeo, l'Unione negozierà e concluderà un accordo con lo Stato, stabilendo le disposizioni per il suo ritiro, tenendo conto del quadro per le future relazioni con l'Unione. L'accordo va negoziato in conformità con l'articolo 218 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Deve essere concluso per conto dell'Unione dal Consiglio, che agisce a maggioranza qualificata, dopo avere ottenuto il consenso del Parlamento europeo. 3. I Trattati smetteranno di essere applicati allo Stato in questione dalla data di entrata in vigore dell'accordo sul ritiro o, in sua mancanza, due anni dopo la notifica di cui al punto 2, a meno che il Consiglio europeo, in accordo con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di estendere questo periodo. 4. Per effetto dei punti 2 e 3, il membro del Consiglio europeo o del Consiglio che rappresenta lo Stato membro uscente non parteciperà alle discussioni del Consiglio europeo o del Consiglio né alle decisioni che lo riguardano. La maggioranza qualificata si definirà in conformità con l'articolo 238 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 5. Se uno Stato che si è ritirato dall'Unione chiede di tornare, la sua richiesta sarà sottoposta alla procedura stabilita dall'articolo 49.", art 50 TUE.

<sup>5</sup> Il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, apportando significative innovazioni al diritto primario UE. Il Trattato sull'Unione europea (TUE) adesso contiene i principi informatori e le norme comuni del sistema dell'Unione, nonché le disposizioni relative alla PESC /PSDC, mentre il Trattato che istituisce la Comunità europea (che è diventato il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea /TFUE) disciplina le politiche settoriali (fatta eccezione per PESC/PSDC) e prevede disposizioni di dettaglio relative alle istituzioni e alle procedure. Il riposizionamento e la riformulazione di molte norme rispondono ad una logica di razionalizzazione e maggiore leggibilità, che risulta più evidente nella versione "consolidata" (GUCE n. C 115 del 9 maggio 2008), con un effetto finale non troppo dissimile da quello del "trattato unico", originariamente previsto nel progetto di Costituzione per l'Europa, interrotto nel 2004-2005. Rispetto al progetto di Trattato costituzionale sono stati soppressi i termini di Costituzione, Legge e Legge quadro nonché l'articolo sui simboli dell'Unione (fatta eccezione per l'Euro), i quali resteranno tuttavia applicati nella prassi (come riconosciuto da una dichiarazione sottoscritta da 16 Paesi membri) e quello sul primato del diritto UE (un'apposita dichiarazione riconosce comunque che tale primato è un principio fondamentale e saldamente consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia). Il Ministro degli Affari Esteri è stato rinominato Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. A differenza del Trattato costituzionale, la Carta dei diritti fondamentali UE non figura nel Trattato di Lisbona, ma ad essa viene comunque riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei

l'uscita di un Paese membro dall'UE prevedendo la possibilità di negoziare le condizioni d'uscita<sup>6</sup>.

*trattati*” attraverso un'apposita norma. La Carta, con gli adattamenti già convenuti nell'ambito del Trattato costituzionale, è stata nuovamente proclamata dai Presidenti delle tre Istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007. I diritti dei cittadini europei sono precisati e rafforzati. Viene in particolare istituita l'iniziativa popolare che consente ad almeno un milione di cittadini di invitare la Commissione europea a presentare una proposta appropriata. Le maggiori novità riguardano l'architettura generale dell'Unione, le Istituzioni e il loro funzionamento. Ponendo fine alla distinzione fra “Comunità” ed “Unione”, d'ora in poi vi sarà solo l'Unione europea (che “*sostituisce e succede alla Comunità europea*”), con personalità giuridica unica. Con il nuovo sistema viene inoltre superata la struttura a “pilastri” in cui si articolava l'Unione fin dal Trattato di Maastricht, pur mantenendo alcune procedure distinte a seconda delle materie. Vengono istituiti un Presidente “stabile” del Consiglio europeo, che ne presiede e anima i lavori e un Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, che si avvale di un Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) composto da funzionari della Commissione, del Consiglio e da funzionari diplomatici dei Paesi membri. Viene introdotto il sistema di voto a doppia maggioranza (55% degli Stati e 65% della popolazione) in Consiglio. È stato inoltre previsto il rafforzamento del c.d. meccanismo di Ioannina (possibilità che una minoranza di Paesi chieda di prolungare le discussioni in seno al Consiglio per un “tempo ragionevole”) allo scopo di favorire il raggiungimento di un consenso più ampio. Il Parlamento europeo è probabilmente l'Istituzione che viene più rafforzata: viene infatti generalizzata la procedura legislativa ordinaria (codecisione con voto a maggioranza qualificata in Consiglio) che assicura il pieno coinvolgimento dell'emiciclo di Strasburgo in materie in cui aveva sino ad allora svolto un ruolo marginale (ad esempio lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la politica agricola e la politica commerciale). Vengono introdotte nuove norme per definirne la composizione, che viene complessivamente ridotta a 751 membri. Il ruolo dei parlamenti nazionali e le procedure previste in materia di controllo dell'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità risultano ulteriormente rafforzati. La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri viene inoltre chiarita e precisata. Il Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali prevede poi l'organizzazione di una regolare cooperazione interparlamentare definita congiuntamente da Parlamento europeo e Parlamenti nazionali e la possibilità per la Conferenza degli organismi specializzati negli affari comunitari ed europei (COSAC) di sottoporre all'attenzione delle Istituzioni europee i contributi che essa ritiene utili. Ai Parlamenti nazionali viene quindi riconosciuto un ruolo particolare anche in relazione alla procedura di revisione dei Trattati. Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. La ratifica ha avuto luogo per via parlamentare in tutti i Paesi membri (in Italia nel luglio 2008) tranne che in Irlanda dove l'esito negativo del referendum nel giugno 2008 ha comportato lo slittamento della data inizialmente prevista per l'entrata in vigore del Trattato (1° gennaio 2009).

<sup>6</sup> “*Come prima cosa, bisogna inquadrare l'articolo all'interno del trattato: esso è incluso nel TITOLO VI, tra le cosiddette “disposizioni finali”, fra cui – oltre al già citato art. 49 – si annovera anche l'art. 48 sulla revisione dei trattati. Procedendo al contenuto dell'articolo, la decisione di recedere è unilaterale e volontaria per lo Stato membro, che sceglierà le modalità di procedere a tale scelta sulla base delle norme costituzionali dello stesso. Quindi, nella fase di decisione, l'Unione Europea – seppur ovviamente interessata e informata – non riveste nessun ruolo. L'Unione diventa parte attiva, invece, una volta notificata la volontà di recedere da parte dello Stato, e vede in azione 4 delle 7 istituzioni dell'Unione*

Il 24 gennaio 2017, la Corte Suprema del Regno Unito stabiliva come la “*clausola di recesso*”<sup>7</sup> debba essere approvata dal Parlamento cosa che si verificò il 16 marzo 2017, con la promulgazione della legge nota come “*European Union Notification of Withdrawal Act*”, consentendo così al Premier britannico, il 29 marzo 2017 di presentare la notifica dell'attivazione dell'articolo 50 del trattato di Lisbona al Presidente del Consiglio Europeo, Donald Tusk. Si aprirono così i negoziati a Bruxelles il 19 giugno 2017, con l'obiettivo di trovare un compromesso che attenuasse le ricadute negative dell'uscita dall'UE. Il primo passo era quello di stabilire le modalità d'uscita del Regno Unito, senza “lavorare” su cosa sarebbe potuto accedere in seguito, ovvero fissare un primo “accordo di ritiro”.

La May consapevole del fatto che con la maggioranza di governo *Tories* preesistente fosse impossibile far “*ratificare*” dal Parlamento qualsiasi accordo, il 18 aprile 2017, propose una mozione per tornare alle urne prima della scadenza naturale della legislatura (2020). La Camera dei Comuni il giorno seguente approvò la mozione, sciogliendo le Camere e indicando nuove elezioni per l'8 giugno dello stesso anno.

Europea. In ordine di comparsa nel testo, esse sono: Consiglio Europeo, Consiglio dell'Unione Europea e Parlamento Europeo e – in riferimento all'art. 218 TFUE – la Commissione. Come tipico della struttura dell'UE, essi si coordineranno e si controlleranno a vicenda. Il procedimento prospettato dall'articolo, quindi, è caratterizzato da una procedura complessa. Infatti, in ordine di procedimenti, è stabilito che una volta che uno Stato ha deciso di recedere dall'Unione deve notificare l'intenzione al Consiglio Europeo, che esprimerà degli orientamenti. A gestire i rapporti con lo Stato interessato in relazione alla stesura di un accordo sarà invece il Consiglio dell'UE, che – tenuti presenti gli orientamenti espressi dal Consiglio Europeo, e previa approvazione del Parlamento europeo – delibera a maggioranza qualificata l'accordo. Secondo quanto previsto dall'articolo, lo svolgimento di questo procedimento richiederebbe un limite massimo di 2 anni. Infatti, al comma 3, è previsto che i trattati non saranno più applicabili allo Stato dalla data di entrata in vigore dell'accordo, e in mancanza di quest'ultimo verranno considerati 2 anni dalla data di notifica al Consiglio Europeo. In realtà, data la complessità della questione, l'articolo prevede una terza opzione: la decisione di proroga presa (all'unanimità) dal Consiglio Europeo, in accordo con lo Stato in questione. Viene da sé che, durante tutto il periodo di trattazione, il membro del Consiglio Europeo e del Consiglio che rappresenta lo Stato interessato non prende parte alle decisioni – in seno a queste istituzioni – che lo riguardano.”, Chiara Antonini, Art. 50 TUE: il diritto di ogni Stato membro di uscire dall'Unione, in *Diritto, Europa, Unione Europea*, <https://lospiegone.com/2018/11/30/art-50-tue-il-diritto-di-ogni-stato-membro-di-uscire-dallunione/>

<sup>7</sup> Prima dell'introduzione della clausola di recesso, la possibilità di recesso non era presente in alcuna disposizione dei trattati. Di conseguenza, per tale eventualità vigeva la disciplina sancita dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, che prevedeva la possibilità di recedere in due casi. Secondo l'art. 54, il recesso di una parte era previsto “*in ogni momento, per consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri stati contraenti*”, mentre l'art. 62 consentiva il recesso qualora “*la situazione fosse cambiata in modo talmente drastico che gli obblighi dei firmatari si erano radicalmente trasformati*”.



Il partito della May, pur vincendo le elezioni, non ottenne la maggioranza assoluta lasciando invariati gli equilibri parlamentari e di conseguenza il margine di manovra nei negoziati. Dopo lunghe trattative il premier britannico e la UE raggiunsero un primo accordo su come attuare la *Brexit* che riguardava questioni economiche, diritti dei cittadini, accordi su frontiere, e su come risolvere eventuali controversie, stabilendo anche il “prezzo” della uscita per il Regno Unito.

L'accordo venne ratificato il 13 novembre 2018 e pubblicato il 14 novembre e prevedeva la possibilità di prolungare oltre il 31 dicembre 2020 il regime transitorio durante il quale la Gran Bretagna, nei fatti, resterà un Paese dell'UE sotto tutti i punti di vita (oneri inclusi), ma non potrà essere rappresentato negli organi decisionali dell'Unione.

L'accordo conteneva diversi allegati ma il più controverso riguardava il confine tra l'EIRE e l'Irlanda del Nord, visto che di fatto l'isola è divisa in due: l'EIRE resterà nell'UE; mentre l'Irlanda del Nord abbandonerà l'UE insieme al Regno Unito.

Nell'accordo venne inserito un *backstop*, ovvero una rete di protezione, che entrerà in vigore qualora non ci saranno accordi tra UE e Gran Bretagna al termine del periodo di transizione. L'Irlanda del Nord resterà legata ad alcune normative comunitarie e nessuna delle due parti in causa potrà venir meno unilateralmente. Il *backstop* pur problematico apparve indispensabile per non riaccendere le tensioni tra protestanti e cattolici nell'isola.

La sonora bocciatura dell'accordo da parte del parlamento inglese costrinse la May a chiedere ed ottenere una proroga della *brexit* dall'UE al 31 ottobre 2019.

Nell'impossibilità assoluta di aprire un nuovo tavolo di dialogo all'intero del parlamento che vedesse partecipi *Labour* e *Tories*, la May si dimise aprendo difatto la strada a Johnson, il quale nel ripudiare tutto quanto fatto dal suo predecessore chiari in maniera netta come la Gran Bretagna sarebbe uscita, senza ritardo alcuno, il 31 ottobre 2019 e senza alcun accordo – *no deal* – per non avere inciampi parlamentari chiese ed ottenne dalla Corona la chiusura delle attività parlamentari per 5 settimane, dal 10 settembre al 14 ottobre.

### 3. La “prorogation”

L'istituto della “*prorogation*” è un atto che viene solitamente utilizzato nel Regno Unito per segnare la fine di una sessione parlamentare. Esso fa parte della prerogativa del Governo, ed è il nome che viene dato al periodo tra la fine di una sessione del Parlamento e l'apertura della sessione successiva.

Come anticipato, il potere di ordinare la sospensione dei lavori parlamentari spetta alla Regina su indicazione (“*advice*”) del Primo Ministro. In buona sostanza l'atto formale è di esclusiva competenza della Corona mentre la sostanza dell'atto è squisitamente politica.

Il Sovrano è quindi spogliato da qualsiasi forma di responsabilità politica dovendo lo stesso limitarsi ad emettere il provvedimento di sospensione dei lavori parlamentari.

La “*prorogation*” si distingue dalla *dissolution* che rappresenta l'atto finale della legislatura nonché dalla “*adjourning*” (“aggiornamento”) e dal “*recess*” (“pausa”) i quali rappresentano atti interni alla sessione parlamentare proposti direttamente dai due rami del Parlamento inglese tramite una mozione.

Durante il periodo di prorogation in cui i lavori parlamentari si interrompono, nessuna delle due Camere può essere convocata, non vi può essere alcun dibattito e i disegni di leggi che non hanno completato il loro iter parlamentare decadono, salvo alcune eccezioni.

Il governo, durante tale periodo resta in carica ma non può compiere atti che comportino ulteriori impegni di spesa rispetto a quelli della sessione conclusa.

### 4. La decisione R.

La pronuncia della Suprema Corte è stata preceduta da due distinti ricorsi con esiti contrapposti. Il ricorso *Cherry* con esito favorevole ai ricorrenti è stato sollevato presso la Court of Session scozzese mentre il ricorso *Miller* sollevato innanzi alla EWHC ha avuto esito negativo<sup>8</sup>.

I ricorrenti hanno quindi appellato le decisioni investendo la Corte Suprema della questione, la quale, riuniti i due ricorsi e composto un “collegio” (*panel*) di 11 giudici<sup>9</sup>, che è il massimo consentito, data l'importanza del caso, ha risposto ai quesiti posti dai ricorrenti che possono essere riassunti in quattro punti:

- 1) può essere oggetto di giudizio il consiglio (*advice*) del Primo Ministro?
- 2) se può essere oggetto di giudizio, quali sono gli standard di legittimità su cui la Corte può esprimersi?

<sup>8</sup> “On 11th September, the High Court of England and Wales delivered judgment dismissing Mrs Miller’s claim on the ground that the issue was not justiciable in a court of law. That same day, the Inner House of the Court of Session in Scotland announced its decision that the issue was justiciable, that it was motivated by the improper purpose of stymying Parliamentary scrutiny of the Government, and that it, and any prorogation which followed it, were unlawful and thus void and of no effect.”, decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*.

<sup>9</sup> “Mrs Miller’s appeal against the English decision and the Advocate General’s appeal against the Scottish decision were heard by this court from 17th to 19th September. Because of the importance of the case, we convened a panel of 11 Justices, the maximum number of serving Justices who are permitted to sit. This judgment is the unanimous judgment of all 11 Justices.”, decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*.

- 3) è legittimo il consiglio (*advice*) dato dal Primo Ministro alla Regina?
- 4) in caso negativo, quali sono le garanzie avverso tale atto (*advice*)?<sup>10</sup>

In ordine al primo quesito la Corte esordisce affermando che da secoli i tribunali inglesi hanno esercitato il potere di controllo sulla legittimità degli atti del Governo<sup>11</sup> e che dal primo quesito scaturiscono due distinte riflessioni: in primo luogo se esista la “*prorogation*” come prerogativa del Governo e pertanto quali siano i suoi limiti entro i quali possa essere considerata legale<sup>12</sup>; in secondo luogo se l’esercizio di tale potere,

nei suoi limiti, possa essere oggetto di valutazione e quindi “*giustiziabile*”<sup>13</sup>.

Essendo indubbio come la “*prorogation*” rientri tra le prerogative del Governo e come la Corte, investita di tale problema, pur non intendendo assolutamente invischinarsi di questioni politiche, sia competente a sindacare in ordine ai limiti al potere di chiedere la “*prorogation*” affronta la seconda questione, quella relativa ai limiti all’esercizio di tale prerogativa partendo dall’analisi di alcuni principi costituzionali: il principio della sovranità parlamentare e quello della responsabilità dell’esecutivo innanzi al Parlamento<sup>14</sup>.

10 “*This Court heard the appeals in Cherry and in Miller over 17th to 19th September. In addition to the written and oral submissions of the principal parties, we had written and oral submissions from the Lord Advocate, for the Scottish Government; from the Counsel General for Wales, for the Welsh Government; from Mr Raymond McCord, who has brought proceedings in Northern Ireland raising various issues relating to Brexit, but has not been permitted to proceed to challenge the lawfulness of the prorogation given that the Scottish and English challenges were already well-advanced; and from Sir John Major, a former Prime Minister with first-hand experience of prorogation. We have also received written submissions from Baroness Chakrabarti, shadow Attorney General, for Her Majesty’s Opposition, and from the Public Law Project. We are grateful to everyone for the speed with which they have produced their submissions and all the other documents in the case. In view of the grave constitutional importance of the matter, and the disagreement between the courts in England and Wales and Scotland, we convened a panel of 11 Justices, the maximum number of serving Justices who are permitted to sit. Both cases raise the same four issues, although there is some overlap between the issues:*

- (1) *Is the question of whether the Prime Minister’s advice to the Queen was lawful justiciable in a court of law?*
- (2) *If it is, by what standard is its lawfulness to be judged?*
- (3) *By that standard, was it lawful?*
- (4) *If it was not, what remedy should the court grant?*

*Is the question of whether the Prime Minister’s advice to the Queen was lawful justiciable in a court of law?,”* decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag.11.

<sup>11</sup> “*Two examples will suffice to illustrate the point. The 17th century was a period of turmoil over the relationship between the Stuart kings and Parliament, which culminated in civil war. That political controversy did not deter the courts from holding, in the Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74, that an attempt to alter the law of the land by the use of the Crown’s prerogative powers was unlawful. The court concluded at p 76 that “the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him”, indicating that the limits of prerogative powers were set by law and were determined by the courts. The later 18th century was another troubled period in our political history, when the Government was greatly concerned about seditious publications. That did not deter the courts from holding, in Entick v Carrington (1765) 19 State Tr 1029; 2 Wils KB 275, that the Secretary of State could not order searches of private property without authority conferred by an Act of Parliament or the common law.*,” decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag.11.

<sup>12</sup> “*Having made those introductory points, we turn to the question whether the issue raised by these appeals is justiciable. How is that*

*question to be answered? In the case of prerogative powers, it is necessary to distinguish between two different issues. The first is whether a prerogative power exists, and if it does exist, its extent. The second is whether, granted that a prerogative power exists, and that it has been exercised within its limits, the exercise of the power is open to legal challenge on some other basis. The first of these issues undoubtedly lies within the jurisdiction of the courts and is justiciable, as all the parties to these proceedings accept. If authority is required, it can be found in the decision of the House of Lords in the case of Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374. The second of these issues, on the other hand, may raise questions of justiciability. The question then is not whether the power exists, or whether a purported exercise of the power was beyond its legal limits, but whether its exercise within its legal limits is challengeable in the courts on the basis of one or more of the recognised grounds of judicial review. In the Council of Civil Service Unions case, the House of Lords concluded that the answer to that question would depend on the nature and subject matter of the particular prerogative power being exercised. In that regard, Lord Roskill mentioned at p 418 the dissolution of Parliament as one of a number of powers whose exercise was in his view non-justiciable.”*, decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag. 13

<sup>13</sup> “*The first question is whether the lawfulness of the Prime Minister’s advice to Her Majesty is justiciable. This Court holds that it is. The courts have exercised a supervisory jurisdiction over the lawfulness of acts of the Government for centuries. As long ago as 1611, the court held that “the King [who was then the government] hath no prerogative but that which the law of the land allows him”. However, in considering prerogative powers, it is necessary to distinguish between two different questions. The first is whether a prerogative power exists and if so its extent. The second is whether the exercise of that power, within its limits, is open to legal challenge. This second question may depend upon what the power is all about: some powers are not amenable to judicial review while others are. However, there is no doubt that the courts have jurisdiction to decide upon the existence and limits of a prerogative power. All the parties to this case accept that. This Court has concluded that this case is about the limits of the power to advise Her Majesty to prorogue Parliament.”* decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag. 12

<sup>14</sup> “*The second question, therefore, is what are the limits to that power? Two fundamental principles of our Constitution are relevant to deciding that question. The first is Parliamentary sovereignty - that Parliament can make laws which everyone must obey: this would be undermined if the executive could, through the use of the prerogative, prevent Parliament from exercising its power to make laws for as long as it pleased. The second fundamental principle is Parliamen-*

L'uso sconsiderato della prerogativa governativa di chiedere la "prorogation" rappresenterebbe, di fatto, una compressione del diritto, costituzionalmente garantito, del Parlamento di legiferare impedendo, altresì, l'esercizio del potere di controllo di quest'ultimo sul Governo, facendo vacillare uno dei cardini dei sistemi parlamentari: la responsabilità dell'esecutivo innanzi al Parlamento<sup>15</sup>.

In definitiva l'esercizio della "prorogation" sarà da considerarsi illegittimo ogni qual volta la prorogation stessa o l'advice avranno l'effetto frustrante di limitare, senza una ragionevole giustificazione, l'attività parlamentare impedendo di fatto al Parlamento di legiferare e vigilare sull'operato del Premier e del Governo.

Il Governo, ha ricordato la Corte, deve rispondere sia all'*House of Commons*, eletta dal popolo, che a quella dei *Lords* e l'eccessiva sospensione dei lavori parlamentari rende nulla, ostacolandola, l'azione di controllo del Parlamento in un momento critico ed eccezionale come quello della uscita dalla UE. I parlamentari, in effetti, avrebbero potuto chiedere conto al Governo del suo operato, proprio in considerazione della eccezionalità della situazione<sup>16</sup>.

*tary accountability: in the words of Lord Bingham, senior Law Lord, "the conduct of government by a Prime Minister and Cabinet collectively responsible and accountable to Parliament lies at the heart of Westminster democracy". The power to prorogue is limited by the constitutional principles with which it would otherwise conflict.*, decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49.*

<sup>15</sup> "For present purposes, the relevant limit on the power to prorogue is this: that a decision to prorogue (or advise the monarch to prorogue) will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive. In judging any justification which might be put forward, the court must of course be sensitive to the responsibilities and experience of the Prime Minister and proceed with appropriate caution.", decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49.*

<sup>16</sup> "The third question, therefore, is whether this prorogation did have the effect of frustrating or preventing the ability of Parliament to carry out its constitutional functions without reasonable justification. This was not a normal prorogation in the run-up to a Queen's Speech. It prevented Parliament from carrying out its constitutional role for five out of the possible eight weeks between the end of the summer recess and exit day on 31st October. Proroguing Parliament is quite different from Parliament going into recess. While Parliament is prorogued, neither House can meet, debate or pass legislation. Neither House can debate Government policy. Nor may members ask written or oral questions of Ministers or meet and take evidence in committees. In general, Bills which have not yet completed all their stages are lost and will have to start again from scratch after the Queen's Speech. During a recess, on the other hand, the House does not sit but Parliamentary business can otherwise continue as usual. This prolonged suspension of Parliamentary democracy took place in quite exceptional circumstances: the fundamental change which was

Inoltre, nei documenti prodotti nel giudizio, la Corte non ravvisava nessun ragionevole motivazione per chiedere una sospensione dei lavori parlamentari per cinque delle otto settimane precedenti la *brexite*<sup>17</sup>.

Ne deriva come non solo sia possibile entrare nel merito della questione sollevata ma che l'advice è illegittimo con la conseguenza della illegittimità della sospensione dei lavori parlamentari e della ripresa immediata di ogni attività parlamentare<sup>18</sup>.

*due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October. Parliament, and in particular the House of Commons as the elected representatives of the people, has a right to a voice in how that change comes about. The effect upon the fundamentals of our democracy was extreme.*", decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49.*

<sup>17</sup> "No justification for taking action with such an extreme effect has been put before the court. The only evidence of why it was taken is the memorandum from Nikki da Costa of 15th August. This explains why holding the Queen's Speech to open a new session of Parliament on 14th October would be desirable. It does not explain why it was necessary to bring Parliamentary business to a halt for five weeks before that, when the normal period necessary to prepare for the Queen's Speech is four to six days. It does not discuss the difference between prorogation and recess. It does not discuss the impact of prorogation on the special procedures for scrutinising the delegated legislation necessary to achieve an orderly withdrawal from the European Union, with or without a withdrawal agreement, on 31st October. It does not discuss what Parliamentary time would be needed to secure Parliamentary approval for any new withdrawal agreement, as required by section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018.", decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49.*

<sup>18</sup> "The next and final question, therefore, is what the legal effect of that finding is and therefore what remedies the Court should grant. The Court can certainly declare that the advice was unlawful. The Inner House went further and declared that any prorogation resulting from it was null and of no effect. The Government argues that the Inner House could not do that because the prorogation was a "proceeding in Parliament" which, under the Bill of Rights of 1688 cannot be impugned or questioned in any court. But it is quite clear that the prorogation is not a proceeding in Parliament. It takes place in the House of Lords chamber in the presence of members of both Houses, but it is not their decision. It is something which has been imposed upon them from outside. It is not something on which members can speak or vote. It is not the core or essential business of Parliament which the Bill of Rights protects. Quite the reverse: it brings that core or essential business to an end. This Court has already concluded that the Prime Minister's advice to Her Majesty was unlawful, void and of no effect. This means that the Order in Council to which it led was also unlawful, void and of no effect and should be quashed. This means that when the Royal Commissioners walked into the House of Lords it was as if they walked in with a blank sheet of paper. The prorogation was also void and of no effect. Parliament has not been prorogued. This is the unanimous judgment of all 11 Justices. It is for Parliament, and in particular the Speaker and the Lord Speaker to decide what to do next. Unless there is some Parliamentary rule of which we are unaware, they can take immediate steps to enable each House to meet as soon as possible. It is not clear to us that any step is



## 5. Conclusioni

La decisione in commento, presa all'unanimità dagli 11 giudici, ha ribadito ancora una volta come l'assetto costituzionale britannico veda nel Parlamento il suo punto di forza e il suo cardine. Dichiarando "unlawful" l'*advice* del Premier alla Regina, La Corte Suprema, ha di fatto ripristinato l'equilibrio costituzionale che si era incrinato a seguito di quello che è stato un vero e proprio "bavaglio" all'attività parlamentare sia legislativa che di controllo dell'operato del Governo in un momento critico e così delicato della storia britannica.

La democrazia del Regno Unito ne esce ancora una volta rafforzata, in quanto questa importantissima pronuncia ha affermato di fatto come il Governo non può svincolarsi dal controllo del Parlamento, esercitato, in forza del principio della democrazia rappresentativa, in nome del popolo.

Pur in assenza di una costituzione scritta<sup>19</sup>, il sistema democratico britannico ha dimostrato di saper reggere agli assalti sconsiderati di chi mal vede le regole di correttezza costituzionale fondate sull'equilibrio dei poteri dello Stato e sulla leale collaborazione tra questi, specie nei momenti storici più difficili<sup>20</sup>.

---

*needed from the Prime Minister, but if it is, the court is pleased that his counsel have told the court that he will take all necessary steps to comply with the terms of any declaration made by this court.*", decisione R - summary - (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49.*  
<sup>19</sup> "Although the United Kingdom does not have a single document entitled "The Constitution", it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practice. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development. Nevertheless, it includes numerous principles of law, which are enforceable by the courts in the same way as other legal principles. In giving them effect, the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their particular responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context.", decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag. 15.

<sup>20</sup> "Two fundamental principles of our constitutional law are relevant to the present case. The first is the principle of Parliamentary sovereignty: that laws enacted by the Crown in Parliament are the supreme form of law in our legal system, with which everyone, including the Government, must comply. However, the effect which the courts have given to Parliamentary sovereignty is not confined to recognising the status of the legislation enacted by the Crown in Parliament as our highest form of law. Time and again, in a series of cases since the 17th century, the courts have protected Parliamentary sovereignty from threats posed to it by the use of prerogative powers, and in doing so have demonstrated that prerogative powers are limited by the principle of Parliamentary sovereignty. To give only a few examples, in the Case of Proclamations the court protected Par-

---

liamentary sovereignty directly, by holding that prerogative powers could not be used to alter the law of the land. Three centuries later, in the case of Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508, the court prevented the Government of the day from seeking by indirect means to bypass Parliament, in circumventing a statute through the use of the prerogative. More recently, in the Fire Brigades Union case, the court again prevented the Government from rendering a statute nugatory through recourse to the prerogative, and was not deflected by the fact that the Government had failed to bring the statute into effect. As Lord Browne-Wilkinson observed in that case at p 552, "the constitutional history of this country is the history of the prerogative powers of the Crown being made subject to the overriding powers of the democratically elected legislature as the sovereign body".

The sovereignty of Parliament would, however, be undermined as the foundational principle of our constitution if the executive could, through the use of the prerogative, prevent Parliament from exercising its legislative authority for as long as it pleased. That, however, would be the position if there was no legal limit upon the power to prorogue Parliament (subject to a few exceptional circumstances in which, under statute, Parliament can meet while it stands prorogued). An unlimited power of prorogation would therefore be incompatible with the legal principle of Parliamentary sovereignty.", decisione R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) *On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49*, pag. 16.



Roberto Ranucci

Ricercatore di diritto commerciale presso Università Mercatorum

## La pubblicità commerciale dell'azienda e la cessione del corrispettivo dell'affitto di azienda: pubblicità immobiliare e non commerciale.

*Nota a Corte Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26701*

### abstract

*The author observes and compares the main features of property Registry and corporate Registry, analyzing, in particular, the circulatory events of the company.*

### keywords

*Transcription – Company including real estate – Rent*

### abstract

*L'autore esamina e confronta i principali caratteri della pubblicità immobiliare e della pubblicità commerciale, analizzando, in particolare, le vicende circolatorie dell'azienda.*

### parole chiave

*Trascrizione – Azienda comprendente bene immobile – Affitto*

### Trascrizione – Azienda comprendente bene immobile – Affitto

*L'art. 2643 n. 9 cod. civ., là dove dispone che sono soggetti all'onere della trascrizione «gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni», si riferisce anche ai corrispettivi per l'affitto di un'azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile, in quanto la figura dell'affitto di azienda, di cui all'art. 2562 cod. civ. è riconducibile a quella fattispecie di locazione indicata dall'art. 1615 cod. civ. con l'espressione «gestione e godimento della cosa produttiva» e, pertanto, la nozione di «fitto», di cui al detto n. 9 è idonea a comprendere anche il corrispettivo dell'affitto di azienda.*

*La regola per cui sono soggetti all'onere della trascrizione «gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni», si applica anche ai corrispettivi di affitto d'azienda fra i cui beni sia compreso un immobile.*

Corte Cass., sez. III civile, 23 ottobre 2018, n. 26701 – Pres. Chiarini - Rel. Frasca

(*Omissis*)

1. La Panifici Brenco s.a.s. di Serenella di Nuzzo & C. in liquidazione ed Elena Torracca hanno proposto ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione contro il Comune di Levanto e, per come si desume dalla sola relazione di notificazione (non indicandola il ricorso espressamente come parte intimata), anche contro Lucia Bianchi. 1.1. Il ricorso è stato proposto avverso la sentenza del 9 ottobre 2015, con la quale il Tribunale della Spezia, in funzione di Giudice dell'Esecuzione, ha rigettato l'opposizione agli atti esecutivi proposta da essa ricorrente, dalla Torracca e dalla Bianchi avverso l'ordinanza di assegnazione emessa dal Giudice dell'Esecuzione a conclusione del procedimento di espropriazione di crediti presso terzi, introdotto nei confronti della qui ricorrente quale debitrice esecutata e della Torracca quale terza debitrice pignorata. Detto pignoramento era stato notificato dal Comune di Levanto l'11 dicembre 2013 per crediti relativi a tributi locali ed aveva riguardato le somme dovute dalla ricorrente alla Torracca a titolo di canoni dell'affitto dell'azienda avente ad oggetto l'esercizio della produzione e della vendita di pane e affini, stipulato dalla ricorrente con la Torracca. Detta azienda era stata concessa in godimento alla ricorrente da Lucia Bianchi con contratto del 14 luglio 2008. 1.2. In sede di udienza di dichiarazione del terzo la Torracca dichiarava di non dovere nulla alla debitrice esecutata perché in data 22 maggio 2013 le era stato notificato atto di cessione del credito da parte della creditrice alla Bianchi riguardo ai canoni d'affitto dell'azienda nella misura di € 80.000,00 e da quella data aveva versato alla Bianchi i canoni fino a concorrenza di quella somma. Il Giudice dell'Esecuzione assegnava le somme pignorate al Comune, reputando che si trattasse di cessione di crediti futuri e non opponibile al creditore pignorante. L'ordinanza veniva opposta dalla società, dalla Torracca e della Bianchi.

2. Al ricorso per cassazione, che propone tre motivi, ha resistito con controricorso soltanto il Comune di Levanto.

### 3. I ricorrenti hanno depositato memoria.

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si denuncia “violazione e falsa applicazione dell’art. 1418 c.c., violazione e falsa applicazione dell’art. 1343 c.c.”. Vi si censura la ratio decidendi con la quale il Tribunale avrebbe ritenuto che il negozio di cessione dei crediti pignorati fosse affetto da nullità ai sensi dell’art. 1418 cod. civ. accogliendo l’eccezione in tal senso prospettata dal Comune di Levanto nel presupposto che si trattasse di contratto in frode ai creditori. 1.1. Il motivo si articola con la deduzione che un negozio in frode ai creditori non sarebbe riconducibile all’ambito dell’art. 1343 cod. civ., in quanto non connotato da illiceità del motivo, il che è condivisibile, non fosse altro in considerazione dei dati normativi per un verso inerenti alla posizione di tutela dei creditori nella disciplina della simulazione ed in quella dell’azione ai sensi dell’art. 2901 cod. civ.: tuttavia, esso è inammissibile, in quanto non coglie la ratio decidendi effettivamente enunciata dal Tribunale nella sentenza impugnata al di là della dichiarata condivisione della prospettazione dell’eccezione del creditore opposto, che, in realtà, è solo apparente.

1.2. Si rileva, in effetti, che la motivazione resa dal Tribunale, se intesa nella sostanza della sua argomentazione, risulta enunciata non già nel senso postulato dalla prospettazione del Comune e nemmeno con l’evocazione dell’art. 1343 cod. civ., come suggerirebbe il motivo, bensì in un senso diverso, ancorché non del tutto esplicitato con un puntuale ed espresso riferimento normativo specificante la rilevanza dell’art. 1418 cod. civ.

1.2.1. La motivazione, infatti, si è articolata in questo senso: «Si osserva come il creditore pignorante, a fronte del deposito dell’atto di cessione relativo all’affitto d’azienda abbia eccepito come quest’ultimo abbia causa illecita e sia pertanto affetto da nullità ex art. 1418 c.c. in quanto volto ad eludere le ragioni del creditore. Si ritiene che detta eccezione sia fondata in quanto il contratto di comodato gratuito stipulato ed allegato (doc. 15 fascicolo convenuto) ha ad oggetto l’azienda la quale per definizione codicistica ex art. 2555 c.c. è il complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa; poiché nulla viene detto espressamente in relazione all’immobile della sig.ra Bianchi, ove si svolgeva da sempre e tuttora si svolge l’attività di panificazione, [esso] deve intendersi compreso nell’ambito di detti beni come si evince anche dal tenore lettera i) e delle clausole del contratto di comodato. Del resto nessun altro contratto è stato prodotto dalle parti in relazione all’immobile, nessuna precedente richiesta di canone di locazione ovvero indennità di occupazione per il medesimo, appare mai essere stata richiesta dalla sig.ra Bianchi al titolare di Panifici Brenco prima della cessione del credito, la quale è avvenuta solo otto giorni dopo la no-

tifica del primo atto di pignoramento, come correttamente osservato dal creditore pignorante. La gratuità del comodato, anche in relazione all’immobile, trova del resto giustificazione nei rapporti tra le parti che, come detto in precedenza, sono suocera e genero. Si osserva altresì come sia emerso in corso di causa che la parte terza pignorata, in evidente contrasto con l’atto di pignoramento prima e l’ordinanza di assegnazione poi, abbia dichiarato di avere continuato a pagare il canone di locazione a Bianchi Lucia; non solo, Bianchi Lucia e Laura Torracca solo un mese dopo l’ordinanza di assegnazione hanno provveduto a concludere un contratto di locazione dell’immobile ed un contratto di comodato del ramo d’azienda, con ciò rendendo se possibile ancora più evidenti le ragioni che avevano condotto alla cessione del credito in virtù di un debito la cui esistenza non appare dimostrata».

1.3. Ebbene, questa motivazione, là dove allude al fatto che la cessione del credito per i corrispettivi dell’affitto d’azienda, effettuata dalla debitrice esecutata qui ricorrente alla Bianchi evocava come causa concreta un adempimento di un canone locativo o di una indennità di occupazione per l’immobile nel quale l’azienda era allocata, nonostante il comodato della stessa azienda intervenuto fra la Bianchi e la ricorrente, come si evinceva dalle clausole del contratto di comodato, si dovesse intendere esteso anche a detto immobile, sottende una valutazione di violazione dell’art. 1418 cod. civ. nel senso di ravvisarsi la mancanza della causa ai sensi del combinato disposto di quella norma e del n. 2 dell’art. 1325 cod. civ. e tanto sotto il profilo della c.d. causa concreta, che, per quello che suggerisce la motivazione del Tribunale, era stata individuata nello scopo di adempiere tramite la cessione del credito per i corrispettivi dell’affitto di azienda l’obbligazione di pagamento o di un canone di locazione o di una indennità di occupazione. In sostanza, il Tribunale con la sua motivazione ha inteso ravvisare che il negozio di cessione del credito era privo di causa concreta nel detto senso. Ha ritenuto, cioè che lo scopo pratico della cessione, quello di estinguere l’obbligazione di pagamento del canone di locazione/indennità di occupazione dell’immobile risultava inesistente, in quanto il godimento dell’immobile era parte del comodato d’azienda. Il Tribunale avrebbe potuto anche evocare, come conseguenza della rilevazione della mancanza della causa concreta, la categoria della simulazione assoluta del negozio, ma non lo ha fatto. Resta, tuttavia, fermo che la sua motivazione ha la sostanza dell’affermazione dell’inesistenza della causa concreta del negozio di cessione e non della rilevazione dell’illiceità della sua causa per l’intento di frodare il creditore precedente.

1.4. Peraltro, dalla lettura del secondo motivo, si evince che nel contratto di cessione le parti convennero che «la cedente (Pacifci Brenco) è debitrice nei confronti della sig.ra Bianchi Lucia (cessionaria) della

somma di € 80.000,00 per l'occupazione del fondo sito in Levanto, via Varego, 9 di proprietà della sig.ra Bianchi Lucia». Ma l'esegesi della motivazione risulta comunque giustificata, perché il Tribunale ha espressamente escluso, in ragione dell'inerenza dell'immobile al contratto di comodato d'azienda, che fosse dimostrata un'occupazione del fondo non riconducibile alla causa di tale contratto.

2. Con un secondo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c.". Si sostiene che erroneamente il Tribunale, a pagina 3, avrebbe affermato essere circostanza incontestata «la cessione del credito per i canoni d'affitto d'azienda da Pacifici Brenco a Bianchi Lucia (suocera del legale rappresentante di Pacifici Brenco) in data 22/05/2013 allegando di dovere alla medesima € 80.000,00 in forza di contratto di comodato». Detta circostanza non era stata invece mai dichiarata o allegata dai ricorrenti ed anzi risultava smentita dal contratto di cessione: al riguardo viene evocata la parte di esso di cui si è dato conto nel motivo precedente.

2.1. Il motivo, al di là del fatto che l'affermazione criticata risulta contraddetta dalla successiva motivazione criticata con il primo motivo, risulta assorbito ed irrilevante in ragione della sorte di esso, nonché di quella del terzo motivo, di cui ora si passa a dire. 3. Con il terzo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione dell'art. 2918 c.c. e dell'art. 2643 n. 9 c.c." e si svolgono due censure con riferimento alla parte finale della motivazione della sentenza impugnata, con cui il Tribunale ha enunciato un'ulteriore *ratio decidendi*, aggiuntiva, ma autonoma rispetto a quella sulla rilevata nullità della cessione del credito e, quindi, alla derivata inopponibilità al creditore precedente. Detta ulteriore motivazione è stata resa con l'affermazione che «Si deve altresì osservare come in ogni caso, poiché la cessione del credito relativo ai canoni di locazione aveva durata superiore al triennio la stessa in virtù del combinato disposto degli artt. 2918 e 2643 n. 9 c.c. doveva essere trascritta per essere opponibile al creditore pignorante».

3.1. Il motivo resta a questo punto assorbito, atteso che il consolidarsi della prima *ratio decidendi* per effetto della sorte del primo motivo, ne rende inutile lo scrutinio. 3.2. Esso sarebbe privo di fondamento in tutte e due le censure.

3.2.1. La prima censura postula che il Tribunale abbia erroneamente evocato l'art. 2643 n. 9 cod. civ., perché la fattispecie della cessione di canoni d'affitto d'azienda non sarebbe compresa nell'ambito di applicazione della disposizione. Il Collegio, ritenendolo utile, in mancanza di precedenti, provvedere ai sensi dell'art. 363, terzo comma, cod. civ., reputa che la censura sia priva di fondamento e fornisca l'occasione per enunciare il seguente principio di diritto: «L'art. 2643 n. 9 cod. civ., là dove dispone che sono soggetti all'onere della trascrizione "gli atti e le sentenze da

cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni", si riferisce anche ai corrispettivi per l'affitto di un'azienda, fra i cui beni sia compreso un immobile, in quanto la figura dell'affitto di azienda, di cui all'art. 2562 cod. civ. è riconducibile a quella fattispecie di locazione indicata dall'art. 1615 cod. civ. con l'espressione "gestione e godimento della cosa produttiva" e, pertanto, la nozione di "fitto", di cui al detto n. 9 è idonea a comprendere anche il corrispettivo dell'affitto di azienda». Il collegamento con l'art. 1615 rende non solo possibile tale esegesi senza che si possa dire che in tal modo si estende una norma, certamente speciale, analogicamente. Si tratta invece solo di interpretazione sistematica e nemmeno, a ben vedere, estensiva.

3.2.2. Riguardo alla seconda censura, per completezza, si osserva che essa appare dedotta inammissibilmente, là dove, pur ammessa l'applicabilità dell'art. 2643 n. 9, sostiene che la cessione di cui trattasi si sarebbe dovuta collocare, piuttosto che sotto il primo inciso dell'art. 2918 cod. civ. (secondo cui: «Le cessioni e le liberazioni di pigioni e di fitti non ancora scaduti per un periodo eccedente i tre anni non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione [498 c.p.c. ss.], se non sono trascritte anteriormente al pignoramento.») sotto quello del secondo inciso, secondo cui: («Le cessioni e le liberazioni per un tempo inferiore ai tre anni e le cessioni e le liberazioni superiori ai tre anni non trascritte non hanno effetto, se non hanno data certa [2704] anteriore al pignoramento e, in ogni caso, non oltre il termine di un anno dalla data del pignoramento»). Infatti, in disparte la carenza di qualsiasi attività argomentativa del come e del perché la fattispecie di cessione di cui trattasi fosse riconducibile al secondo inciso, piuttosto che al primo e ciò anche a voler rilevare che, quanto alla data certa, potesse far fede il timbro postale apposto sulla busta contenente la notificazione della cessione (circostanza storica cui si allude a pagina 2 del ricorso), si rileva che non si riproduce nell'illustrazione del motivo la parte dell'atto di cessione da cui si dovrebbe evincere che trattavasi di cessione di corrispettivi non ancora scaduti infratriennali. Il motivo viola in conseguenza l'art. 366 n. 6 cod. proc. civ., in quanto omette sia di riprodurre direttamente trascrivendone la parte rilevante, il contenuto dell'atto di cessione del credito pignorato, sia di riprodurre detto contenuto indirettamente, indicando la parte di esso in cui l'indiretta riproduzione troverebbe riscontro. In tal modo, essendo stato adempiuto l'onere di cui a detta norma solo per la localizzazione dell'atto di cessione (che, nell'esposizione del fatto, è indicato come doc. n. 6 del fascicolo di primo grado, a pag. 3 del ricorso, con successiva indicazione in chiusura del ricorso della produzione del detto fascicolo) e non anche sotto il profilo della riproduzione diretta od indiretta del contenuto dell'atto, risulta violato l'onere di indicazione specifica di cui alla citata

norma, che esige anche detta riproduzione (Cass., Sez. Un. n. 23019 del 2007; Cass. (ord.) n. 22303 del 2008; Cass. (ord.) n. 15628 del 2009; Cass. (ord.) n. 7455 del 2013; Cass. n. 26174 del 2014, *ex multis*). In mancanza di essa, la Corte dovrebbe procedere alla lettura dell'atto di cessione individuando essa di sua iniziativa che cosa potrebbe sorreggere o non sorreggere il motivo, con indebita esenzione della ricorrente dall'onere di articolazione dal motivo di ricorso in modo specifico e chiaro (Cass., Sez. Un. n. 8077 del 2012). Tanto è dirimente anche a non voler tener conto che la parte resistente a pagina 14 del controricorso ebbe a sostenere che la cessione fosse quinquennale e tale deduzione non risulta in alcun modo replicata nella memoria dai ricorrenti.

4. Il ricorso è conclusivamente dichiarato inammissibile. 5. Le spese del giudizio di cassazione seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo ai sensi del d.m. n. 55 del 2014. Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, si deve dare atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

(*Omissis*).

## sommario

1. Fattispecie. – 2. I sistemi della pubblicità legale. – 3. L'iscrizione ex art. 2643 c.c. – 4. Sull'iscrizione delle vicende circolatorie dell'azienda. – 5. Sulla trascrivibilità delle domande giudiziali: confronti e differenze tra registro delle imprese e registro immobiliare.

### 1. Fattispecie

La sentenza in nota non ha precedenti in termini ed, invero, è la stessa corte ad enunciare, ai sensi dell'art. 363 comma 3, c.p.c., il principio di diritto riportato integralmente nella massima.

A seguito di atto di pignoramento presso terzi, quest'ultimo dichiarava di non dover nulla alla debitrice esecutata poiché il debitore principale e concedente l'azienda in affitto avevo notificato un atto di cessione del credito, in virtù del quale i canoni di affitto dell'azienda erano dovuti al terzo cessionario. La corte dichiara inammissibile il ricorso per cassazione e, tuttavia, enuncia il principio di diritto indicato in epigrafe, sancendo l'obbligo di iscrizione nei registri immobiliari dell'atto di cessione del corrispettivo dell'affitto di azienda che comprenda un bene immobile ai fini dell'opponibilità ai terzi.

### 2. I sistemi della pubblicità legale

Come riportato dalla dottrina<sup>1</sup>, l'elaborazione, in

Italia, della moderna teoria generale della pubblicità legale – riferibile sia alle persone che ai beni ed alle attività – si deve a Salvatore Pugliatti, al quale è da ascrivere il merito di avere, per primo, individuato i reali elementi caratterizzanti del fenomeno pubblicitario, ravvisabili, quanto al profilo strutturale, nell'esistenza di un apparato permanente di pubblici registri tenuti da una pubblica amministrazione, e, quanto al profilo funzionale ed effettuale, nella conoscibilità legale delle relative risultanze<sup>2</sup>.

Tra i sistemi pubblicitari vi sono i registri immobiliari ed il registro delle imprese<sup>3</sup>. Le attività dirette “alla conservazione dei registri immobiliari” erano espressamente definite dal legislatore come “di rilevante interesse pubblico” nella previgente normativa in tema di privacy (art. 66, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) unitamente ai registri di stato civile (art. 62, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196); diversamente, il registro delle imprese, che, pure ha un forte rilievo pubblicitario (testimoniato dalle norme sulle iscrizioni e cancellazioni d'ufficio), non è stato ritenuto “di rilevante interesse pubblico” al pari dei registri immobiliari<sup>4</sup>.

Ad avviso della dottrina, la pubblicità immobiliare è nata per risolvere conflitti tra privati<sup>5</sup> ma ha assun-

*nel registro delle imprese su domanda*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 900 ss.; F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Poteri di controllo del conservatore del registro delle imprese: nuove (e vecchie) incertezze interpretative alla luce del D.L. 91/2014*, in *Riv. not.*, I, 2016, 220 ss.

<sup>2</sup> S. PUGLIATTI, *La trascrizione: la pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1957, *passim*, spec. 327, 361 ss., 363 ss., 365 ss., 379 ss., 379 ss., 390 ss. e 415 ss. Per l'auspicio di una disciplina unitaria della pubblicità legale, v. G. GABRIELLI, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 477 ss. Anteriormente, sui tentativi di individuare profili funzionali comuni alla pubblicità legale in genere, v. F. FERRARA, *L'ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, in *Foro it.*, 1932, I ss.; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, 5 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, 10 ss.

<sup>3</sup> Altri registri sono il registro dello stato civile, il pubblico registro automobilistico, i registri navale e aeronautico, i registri della proprietà industriale e del diritto d'autore, i registri dei beni cinematografici.

<sup>4</sup> G. PETRELLI, *Pubblicità*, cit., 713 s. nt. 69.

<sup>5</sup> F. GAZZONI, *Il sistema dell'art. 2643 c.c.*, in F. GAZZONI (a cura di), *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, vol. I, t. I, Milano, 2012, 102, secondo il quale «la funzione primaria della trascrizione non è quella di rendere pubbliche (cioè di dare notizie in merito a) talune modificazioni dei patrimoni immobiliari al fine di rendere edotti i terzi in ordine alla titolarità dei relativi diritti reali (o personali di godimento). La riprova è nel fatto che l'art. 2645 più puntualmente riferisce l'adempimento dell'onere agli effetti previsti dall'art. 2644, in tal modo confermando, ove mai fosse stato necessario, che la funzione tipica della trascrizione, sul piano dell'efficacia e della rilevanza giuridica, è quella di risolvere le controversie tra più aventi causa dallo stesso autore o piuttosto, con maggior precisione, quella di far prevalere, rispetto al primo, il secondo acquirente il quale, mediante la prioritaria trascrizione, mette in moto il congegno legale di risoluzione del primo acquirente»; v. anche C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi*

<sup>1</sup> G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 689; sul registro delle imprese v. F. FIMMANÒ, *Il procedimento di iscrizione*



to nella attuale evoluzione normativa una pluralità di funzioni in vista del soddisfacimento di interessi che trascendono quelli dei privati in relazione all'acquisto di diritti su singoli beni immobili<sup>6</sup>. La tendenza legislativa è nel senso di creare, attraverso la trascrizione<sup>7</sup>, un vero e proprio "stato civile" della proprietà immobiliare<sup>8</sup>. Inoltre, la pubblicità approntata è una pubblicità degli effetti e non degli atti che lo hanno prodotto<sup>9</sup>.

Differentemente, la funzione della pubblicità commerciale è quella di rendere di pubblico dominio determinati atti o fatti della vita dell'impresa<sup>10</sup>. Il registro delle imprese realizza una pubblicità soggettiva in quanto è incentrata sui soggetti che, a vario titolo, svolgono l'attività di impresa rendendo noti gli atti e i fatti che li riguardano. Infatti, secondo la dottrina, le iscrizioni pubblicitarie nel registro imprese non hanno ad oggetto mutamenti giuridici dei beni, né le singole operazioni svolte, bensì direttamente gli imprenditori<sup>11</sup>.

*ai beni immobili*, in *Comm. c.c.* d'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, 138, secondo il quale «l'art. 2644 sta al centro di tutta la disciplina della pubblicità immobiliare». S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., 221, afferma che "normalmente" la trascrizione opera come strumento di risoluzione del conflitto tra più acquirenti dal medesimo soggetto, e come tale è l'istituto pubblicitario «che è indubbiamente il più vicino al diritto privato».

<sup>6</sup> Cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità*, cit., 692.

<sup>7</sup> Il termine «trascrizione» viene utilizzato per designare la riproduzione – in estratto – in pubblici registri di atti che si riferiscono ai beni immobili o a determinati beni mobili, v. R. TRIOLA, *Art. 2643 c.c.*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, 2015, 6; sul tema, *amplius*, recentemente, A. CIATTI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *in Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2018

<sup>8</sup> G. PETRELLI, *Pubblicità*, cit., 692; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., 215; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *in Tratt. dir. priv.* Rescigno, 19, I, Torino, 1985, 59; R. TRIOLA, *o.c.*, 7 ss., evidenzia come «Un primo filone di provvedimenti normativi, pur rimanendo nell'orbita privatistica, attraverso modifiche al codice civile, appare finalizzato all'aumento della sicurezza della circolazione giuridica, colmando le lacune del sistema di pubblicità immobiliare al fine precipuo di rendere conoscibili ed all'occorrenza ai terzi ulteriori fattispecie rispetto a quelle originariamente contemplate nel codice civile, altre disposizioni, nell'ambito della c.d. pubblicità-notizia, perseguono la finalità di rendere più agevolmente conoscibili, a svariati fini, le vicende relative agli immobili. In altri casi è stata prevista la trascrizione al fine di soddisfare vari interessi di natura pubblica, come la trascrizione di atti e provvedimenti di natura urbanistica».

<sup>9</sup> Secondo Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Riv. not.*, 2006, 3, 794, oggetto della pubblicità immobiliare non è di per sé l'atto, quanto il suo effetto, nel senso che la trascrizione dell'atto è solo strumentale al fine dell'opponibilità ai terzi della vicenda circolatoria che all'atto si ricollega.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, E. BOCCHINI, *Nuovi profili della pubblicità commerciale*, in *Riv. not.*, 1996, 1 ss.; G. LAURINI - L. SALVATO - F. FIMMANÒ, *Statuti e atti societari nella giurisprudenza onoraria*, Padova, 1996, 1 ss.; Trib. Padova 16 febbraio 2007, in *Società*, 2008, 327 ss.

<sup>11</sup> A. PAVONE LA ROSA, *Il registro*, cit., 10 ss.

### 3. L'iscrizione ex art. 2643 c.c.

L'art. 2643 c.c. racchiude, in un'unica disposizione, atti tra loro diversi, negoziali unilaterali e bilaterali, a titolo gratuito e a titolo oneroso, provvedimenti giurisdizionali e sentenze, accomunabili per il fatto che determinano tutti attribuzioni patrimoniali o meglio modifiche del patrimonio immobiliare incidenti sulla titolarità del diritto di proprietà o di diritti reali o personali di godimento. Con specifico riferimento alla fattispecie analizzata dalla Corte nella sentenza qui annotata, l'art. 2643, n. 9, c.c. prevede l'obbligo di trascrizione degli atti e le sentenze da cui risulti la liberazione di pigioni o fitti non ancora scaduti per un periodo superiore ai tre anni<sup>12</sup>. Nel contesto dell'art. 2643 c.c., la disposizione contenuta nel n. 9 rappresenta una "anomalia" in quanto prescrive una pubblicità di vicende che (a differenza di quanto avviene per la locazione) non hanno ad oggetto nemmeno il semplice godimento di beni immobili. La norma è generalmente giustificata con la opportunità di assicurare all'acquirente di un immobile locato, la conoscenza di contratti o provvedimenti i quali non gli consentono di trarre alcun godimento da tale immobile per un certo periodo di tempo<sup>13</sup>.

Come evidenziato anche nella sentenza in nota, l'art. 2643, n. 9 c.c. deve essere coordinato con l'art. 1605 c.c., il quale stabilisce che la liberazione o la cessione del corrispettivo della locazione non ancora scaduto non può opporsi al terzo acquirente della cosa locata se non risulta da atto scritto avente data certa anteriore al trasferimento (comma 1) e se la liberazione è stata fatta per un periodo eccedente i tre anni e non è stata trascritta, può essere opposta solo entro i limiti di un triennio; se il triennio è già trascorso può essere opposta solo nei limiti dell'anno in corso nel giorno del trasferimento (comma 2). È da escludere la opponibilità di una liberazione o cessione posta in

<sup>12</sup> Per Cass., 28 luglio 2007, n. 18194, in *Vita not.* 2007, 3, 1204, il contratto di cessione dei canoni di locazione da parte del locatore integra un negozio autonomo e distinto dalla locazione che ne costituisce solo il logico presupposto fattuale; ne consegue che sussiste l'obbligo di trascrizione sempre che si tratti di cessione di canoni futuri per un periodo di tempo superiore al triennio, il che non implica necessariamente omologo obbligo di trascrizione della locazione cui si riferisce, previsto solo se essa abbia durata ultranovennale.

<sup>13</sup> C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., 86; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, 130 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in E. GABRIELLI - F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, vol. 1, t. 1, Torino, 2012, 320 ss. Ad avviso di L. FERRI - P. ZANELLI, *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, III ed., Bologna-Roma, 1995, 167, la trascrizione sarebbe stata disposta al fine di creare al proprietario di beni locati la possibilità di ottenere del credito senza ricorrere a concessioni di garanzie reali, più onerose nella sua attuazione; tanto il conduttore nella liberazione, quando il cessionario nella cessione, avendo anticipato il loro denaro al locatore, possono cautelarsi trascrivendo la liberazione o la cessione e rendendole in tal modo opponibili ai terzi.

essere successivamente alla vendita, ma trascritta prima<sup>14</sup>. Se, infatti, la *ratio* dell'art. 2643, n. 9, c.c. è quella di tutelare l'acquirente contro le liberazioni o le cessioni di durata superiore al triennio che, in base all'art. 1605 c.c., gli sarebbero opponibili, una liberazione o una cessione successiva al trasferimento dell'immobile, in quanto posta in essere da chi non è più locatore, sarebbe di per sé inopponibile all'acquirente, a prescindere dalla sua forma e dalla sua durata.

In tale contesto codicistico, si pone la sentenza in nota la quale ha ritenuto ulteriormente, sussumere all'interno dell'art. 1615 c.c. anche l'affitto di azienda. Come noto, la differenza tra locazione e affitto risiede nella produttività o meno del bene concesso in godimento. Ed inverso, l'azienda è lo strumento per l'esercizio dell'attività di impresa e, come tale, è un bene, *rectius* insieme di beni, ontologicamente produttivo. Pertanto, appare corretto sussumere l'affitto di azienda nella nozione di cui all'art. 1615 c.c. e con essa la trascrivibilità di atti di cessione di fitti di azienda in cui sia ricompreso anche un immobile ex art. 2643, n. 9 c.c., ai fini dell'opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2918 c.c. Peraltro, la giurisprudenza ha ben individuato la differenza tra la locazione di un immobile e l'affitto di azienda in cui è ricompreso un bene immobile, poiché in quest'ultimo caso l'«immobile è considerato non nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso dei beni (mobili ed immobili) legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo»<sup>15</sup>.

#### 4. Sull'iscrizione delle vicende circolatorie dell'azienda

La Cassazione, tuttavia, non precisa se la cessione del fitto di azienda in cui sia ricompresa il bene immobile possa ovvero debba essere iscritta anche nel registro delle imprese ovvero se questa possa essere una pubblicità alternativa rispetto a quella stabilita dall'art. 2643, n. 9 c.c.

<sup>14</sup> C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., 88; F. GAZZONI, *o.c.*, 321 ss.; *contra* G. MIRABELLI, *Locazione e trascrizione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Torrente*, vol. II, Milano, 1968, 717 ss.

<sup>15</sup> Così App. Venezia, 12 novembre 2013, n. 2477, in *red. giuffrè*; v. anche Cass. 31 marzo 2007, n. 8076, in *red. giuffrè* «poiché nella locazione di immobile con pertinenze oggetto del contratto è l'immobile considerato nella sua specifica consistenza, con funzione prevalente rispetto agli altri beni, mentre nell'affitto l'oggetto del contratto è il complesso unitario dei beni destinati all'attività produttiva, l'indagine sulla ricorrenza, in concreto, dell'una o dell'altra figura dei beni deve essere condotta, anzitutto, interpretando la comune intenzione delle parti contraenti, anche se in tale indagine può e deve tenersi conto dell'effettiva consistenza dei beni dedotti in contratto; con la conseguenza che l'affitto di azienda può ricorrere anche quando il complesso organizzato dei beni sia stato dedotto nel contratto nella sua fase statica o quando l'azienda, al momento della conclusione del contratto, non fosse in grado di funzionare per la necessità di una diversa e più efficiente organizzazione o dell'apporto di altri beni».

L'azienda rappresenta il bene (*rectius* l'insieme di beni) utilizzato dall'imprenditore per lo svolgimento dell'attività di impresa. Dunque, in un sistema pubblicitario che pone al centro l'imprenditore<sup>16</sup>, le vicende relative al suo strumento assumono rilevanza, tanto più che l'acquisto o il trasferimento, in proprietà ovvero in godimento, di un'azienda è sintomatico dell'acquisto o della perdita della qualità di imprenditore (che, almeno per le persone fisiche, è retto dal principio di effettività)<sup>17</sup>. La pubblicità avente ad oggetto le vicende traslative dell'azienda (art. 2556 c.c.) investe in primo luogo l'imprenditore, perché mira a rendere conoscibili la conclusione dell'attività d'impresa in capo al cedente, ovvero a chi affitta o concede in comodato l'azienda e, in parallelo, l'inizio della medesima attività, da parte del cessionario, dell'affittuario o del comodatario. Pertanto, si coglie come la pubblicità delle vicende relative all'azienda consenta ai terzi di conoscere a chi imputare l'attività di impresa<sup>18</sup>, o, comunque, chi sia responsabile della gestione dell'azienda, pur non acquisendo la qualità di imprenditore, come, ad esempio, nel caso del sequestro di azienda, in cui l'amministratore giudiziario prende il posto del titolare dell'azienda, pur non assumendo, la qualità di imprenditore<sup>19</sup>. La pubblicità di queste vicende esprime esigenze informative analoghe a quelle proprie delle operazioni societarie straordinarie di conferimento, fusione o scissione, ove i mutamenti di titolarità degli *assets* aziendali riflettono in realtà le evoluzioni dell'attività dei protagonisti, imprenditori collettivi<sup>20</sup>.

L'art. 6 della l. 12.8.1993, n. 310 (c.d. legge Mancino), ha modificato, come noto, il comma 2 dell'art. 2556, c.c., sancendo che i contratti aventi per oggetto

<sup>16</sup> Cfr. *supra*.

<sup>17</sup> Cass. 28 agosto 2006, n. 18618, in *Fallimento*, 2007, 294 (s.m.), ha ritenuto sintomatico della cessazione dell'esercizio dell'attività di impresa l'atto traslativo dell'azienda, data da cui è stato fatto decorrere l'anno ai fini dell'applicazione dell'art. 10 l.fall.; Cass. 8 novembre 2013, n. 25217, in *Giur. comm.*, II, 73 (s.m.) secondo cui «la facoltà di dimostrare la data di conoscenza, da parte dei terzi, dell'effettiva cessazione della propria attività, al fine di far da essa decorrere il termine di cui all'art. 10, comma 1, l. fall., deve essere riconosciuta anche all'imprenditore che non sia mai stato iscritto nel registro delle imprese»; *conf.*, Cass. (ord.) 7 gennaio 2016, n. 98, in *red. giuffrè*, «l'inizio e la fine della qualità di imprenditore individuale, il quale non si distingue dalla persona fisica che compie l'attività imprenditoriale, non sono subordinati alla realizzazione di formalità, bensì all'effettivo svolgimento o al reale venir meno dell'attività imprenditoriale. Di talché alle vicende estintive della qualità di imprenditore individuale, non è estensibile la disciplina di cui all'art. 2495 c.c., secondo la quale l'iscrizione della cancellazione della società di capitali e delle società cooperative dal registro delle imprese, avendo natura costitutiva, estingue la società, anche se sopravvivono rapporti giuridici dell'ente».

<sup>18</sup> A. PAVONE LA ROSA, *Il registro*, cit., 10 ss.

<sup>19</sup> G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 374.

<sup>20</sup> Cfr. M. CAVANNA, *sub art. 2188 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2014, 10.

il trasferimento della proprietà di un'azienda, oppure la sua concessione in godimento, quando vengono conclusi tra imprese soggette a registrazione, devono essere depositati, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, per l'iscrizione nel registro delle imprese<sup>21</sup>.

La forma da osservare per la circolazione dei beni immobili e mobili registrati facenti parte dell'azienda, viene dunque a coincidere con quella richiesta per l'iscrizione nel Registro di qualsiasi contratto sull'azienda, anche se costituita di soli beni mobili.

Come noto, peraltro, l'art. 2556 c.c. non contiene un'indicazione analitica e tassativa delle fattispecie negoziali che possano avere ad oggetto l'azienda e che, dunque, possano essere iscritte nel registro delle imprese. Tuttavia, tale lacuna, più che una carenza, rappresenta una precisa scelta legata alla circostanza che possono essere numerose le ipotesi, anche atipiche, di circolazione dell'azienda, sia di natura volontaria che coattiva<sup>22</sup>. Pertanto, si deve ritenere come il principio

<sup>21</sup> Già l'art. 2556 comma 3, c.c., prevedeva, prima della novella, per le imprese soggette a registrazione, e cioè per imprenditori commerciali non piccoli e società, l'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese dei contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda. Tuttavia la norma era *tamquam non esset*, stante la mancata attuazione del registro delle imprese con tutte le conseguenze e le distorsioni del caso. Ad esempio, nel caso di affitto ovvero di usufrutto di azienda, l'assenza di pubblicità collegata all'obbligo del nuovo titolare di esercitarla sotto la ditta del dante causa, per ragioni di conservazione dell'avviamento, aveva addirittura portato una certa giurisprudenza a ritenere che il proprietario dell'azienda fosse responsabile per le obbligazioni assunte dall'affittuario o dall'usufruttuario; v. Trib. Napoli 9 luglio 1953, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 351, con nota di A. PAVONE LA ROSA, *Affitto di azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*.

<sup>22</sup> Ad esempio, oltre all'usufrutto e all'affitto, contemplati espressamente dal legislatore, esistono anche rapporti contrattuali di *gestione* dell'azienda diversi dall'affitto, realizzabili in situazioni particolari in cui risulterebbe difficile richiedere un canone di locazione oppure in cui è opportuno che al canone venga sostituita una partecipazione o cointeressenza agli utili. Si tratta evidentemente di casi peculiari che sporadicamente potranno porsi all'attenzione dell'interprete ma che, tuttavia, rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 2556 c.c. Si pensi al comodato che, nella pratica, è stato spesso utilizzato come rapporto temporaneo e provvisorio in funzione di un successivo contratto di affitto, al fine di consentire al futuro affittuario di iniziare immediatamente la gestione: ciò soprattutto nell'ipotesi in cui il locatore non possa o non voglia gestire direttamente l'attività nemmeno per un tempo limitato, come può accadere nel caso di fallimento, cfr. F. FIMMANÒ, *La pubblicità degli atti traslativi dell'azienda*, in E. BOCCHINI (a cura di), *Il Registro Europeo delle Imprese – European Companies Registry*, Padova, 2003, 125 s.; v. P. BERNARDINI, *Comodato d'azienda, usufrutto d'azienda ed intrasmissibilità dell'autorizzazione di polizia*, in *Foro pad.*, 1955, I, 1051; M. FRAGALI, *Comodato*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, II ed., Bologna-Roma, 1966, 264 s.; N. VISALLI, *Locazione d'immobile ed affitto d'azienda*, Napoli, 1969, 94; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario: notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 149; G. FERRARI, voce *Azienda* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 740; in giurisprudenza, App. Milano 9 giugno 1952, in *Tem.*

di tassatività delle iscrizioni nel registro delle imprese debba essere interpretato come tipicità degli effetti giuridici e non degli atti che li determinano, con la conseguenza che vada estensivamente interpretato nel senso di prevedere l'iscrizione nel registro delle imprese, non soltanto dei contratti che tipicamente determinano l'effetto del trasferimento della proprietà ma anche di tutti quegli atti che possono determinare il trasferimento della proprietà, in via volontaria ovvero coattiva<sup>23</sup>.

C'è da chiedersi, poi, se l'efficacia dell'iscrizione

1964, 384; Cass. 14 luglio 1956, n. 2673, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2045; secondo Trib. Livorno 9 giugno 1997, in *Notariato*, 1998, 247, «l'imprenditore individuale che intende iscriversi nel registro delle imprese, subentrando, anche a titolo di comodato, in una azienda commerciale già ubicata nella medesima sede, deve dimostrare, a pena del rifiuto dell'iscrizione stessa, l'esistenza di un idoneo titolo in forma pubblica o privata autenticata». Ancora si consideri l'associazione in partecipazione o la cointeressenza impropria (art. 2554<sup>1</sup>, c.c.), contratti con i quali il titolare dell'azienda potrebbe associarsi agli utili della gestione di una certa attività economica con o senza partecipazione alle perdite e in cui l'apporto potrebbe essere costituito proprio dalla concessione in godimento dell'azienda cfr. G. DE FERRA, voce *Associazione in partecipazione*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 8; I. UBERTI BONA, *Cointeressenza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 307; A. DE MARTINI, *Associazione in partecipazione, cointeressenza e partecipazione agli utili di una rivendita di generi di monopolio*, in *Foro it.*, 1955, I, 70. Né esiste alcun divieto per l'autonomia privata di apporre condizioni o termini, né esistono divieti di iscrizione degli stessi nel registro delle imprese, sia con riferimento all'atto nel suo complesso, che a uno o più singoli patti, cfr. F. TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. not.*, 1996, 83 s.; Trib. Brindisi 17 febbraio 2010, in *red. giuffrè*, secondo cui «il trasferimento in *trust* di una società – da qualificarsi in termini di trasferimento di azienda, poiché tali sono gli effetti sostanziali rispetto ai creditori – deve avvenire con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve essere depositato dal notaio rogante presso il registro delle imprese al fine di rendere pubblico ai terzi l'evento». Innumerevoli possono essere le ipotesi, anche atipiche, di circolazione del complesso industriale con effetti traslativi, sia di natura volontaria che di natura coattiva ovvero ipotesi in cui l'effetto traslativo venga realizzato mediante un provvedimento giudiziale (si pensi alla vendita fallimentare all'incanto o senza incanto di azienda): anche in questo caso la legge non prevede espressamente che il decreto di trasferimento possa essere utilizzato ai fini delle formalità pubblicitarie di rito prescritte. Stesse considerazioni valgono per l'iscrizione della domanda di accertamento della revocatoria, della simulazione ovvero della nullità diretta a far divenire l'iscrizione cui si riferisce *tamquam non esset*, infatti, come già affermato con riferimento alle partecipazioni sociali, l'accoglimento della domanda è idoneo a incidere sul titolo del trasferimento, e quindi si pone l'esigenza di apprestare quantomeno uno strumento atto ad avvertire il soggetto intenzionato ad acquistare tali rami d'azienda della situazione di incertezza riguardo l'efficacia del titolo del suo dante causa, determinata dalla pendenza del giudizio, v. C. IBBA, *La pubblicità delle imprese*, II ed., Padova, 2012, 11; Trib. Pavia (decr.) 16 luglio 2012, in *Società*, 2013, 141, ha ritenuto iscrivibile la sentenza che accerti la nullità dell'atto di trasferimento ovvero il provvedimento che determini il trasferimento coattivo delle quote.

<sup>23</sup> Giud. Reg. impr. Trib. S.M. Capua Vetere, 17 dicembre 2002 (decr.) proc. n. 1215/2002, *ined.*



della vicenda circolatoria dell'azienda e, quindi, l'opponibilità dell'atto di trasferimento al terzo possa avere come conseguenza giuridica la inopponibilità, per converso, al soggetto che ha iscritto per primo, di un successivo atto traslativo. E ciò evidentemente può accadere quando ad una risoluzione del contratto precedente segua un contratto traslativo successivo. La questione si pone in quanto l'art. 2556, c.c., non disciplina il criterio di soluzione dei conflitti. Per ragioni di sicurezza del traffico commerciale che il registro delle imprese tende a soddisfare quale strumento di trasparenza e informazione del mercato, appare corretto ritenere come l'efficacia dichiarativa della iscrizione del primo atto di trasferimento dell'azienda sia sufficiente a risolvere eventuali conflitti tra il primo atto traslativo e gli altri atti successivi della stessa azienda<sup>24</sup>. Tuttavia, ciò non vale per il trasferimento, in proprietà o godimento, di quei beni aziendali per cui è richiesta una forma particolare. In tal caso va applicata la legge di circolazione dei singoli beni secondo la loro natura giuridica, risolvendosi il conflitto tra acquirenti secondo la priorità della pubblicità richiesta per le singole fattispecie<sup>25</sup>. Non è, infatti, ipotizzabile che l'iscrizione nel registro delle imprese possa prevalere o sostituire la trascrizione del trasferimento della proprietà o del godimento ultranovenale di un immobile. Quindi, non si tratta di un problema di applicazione della legge di circolazione dei singoli beni, ma di un problema di corretta applicazione dei regimi pubblicitari vigenti. Vero è che questa impostazione, talvolta, non è in grado di per sé di risolvere i conflitti, tuttavia se si parte dal presupposto che la *res* azienda è un bene diverso dalle sue singole componenti materiali ed immateriali, e che per l'esercizio dell'attività economica non occorre la titolarità dei beni e rapporti costituenti il complesso ma la mera legittima disponibilità, allora si comprende che l'iscrizione nel registro delle imprese può legittimamente avere una efficacia dirimente<sup>26</sup>. Del resto, più in generale, l'art. 2193 c.c. dettato in tema di registro delle imprese, non contiene regole di soluzione dei conflitti tra più acquirenti fondate sulla precedenza delle iscrizioni nel registro delle imprese dei rispettivi titoli di acquisto o sulla prevalenza di ciò che è iscritto su ciò che non è iscritto<sup>27</sup>. Tale disposi-

zione esaurisce la sua portata sul piano della conoscenza legale di ciò che è oggetto di iscrizione nell'ambito degli effetti e profili di rilevanza per i terzi che l'ordinamento subordina alla conoscenza e/o conoscibilità di quel fatto o atto. Ciò significa che in tema di conflitti nella circolazione dei diritti, deve farsi capo alle regole applicabili in funzione dei singoli diritti e degli specifici beni che ne sono oggetto, mentre la pubblicità commerciale assume rilevanza solo indiretta, quando la regola applicabile alla soluzione di un determinato conflitto, altrove posta, sia rappresentata dalla buona fede soggettiva dell'acquirente – vale a dire sulla ignoranza (non colposa) di una precedente alienazione (v. art. 1155 c.c.) – e ciò si ritenga escluso a causa di una precedente evidenza pubblicitaria<sup>28</sup>.

Pertanto, da quanto esposto appare corretto affermare che un'eventuale iscrizione nel registro delle imprese de "gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni" non assumerebbe alcuna rilevanza, né sarebbe opponibile ai terzi, atteso che la regola di soluzione del conflitto risiede nell'art. 2643, n. 9 c.c. D'altronde, una simile iscrizione non sarebbe da ritenere neppure possibile in quanto il Conservatore del registro delle imprese dovrebbe rifiutare una simile iscrizione<sup>29</sup>. Infatti, le iscrizioni nel registro delle imprese sono rette dal principio di tassatività così come stabilito dall'art. 2188 c.c. che prevede che il Registro delle imprese è istituito per "le iscrizioni previste dalla legge" e confermato dall'art. 7<sup>2</sup> del d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, modificato con d.P.R. 16 settembre 1996, n. 559, che, con una formulazione estremamente sintetica e per alcuni versi tautologica, sancisce che nel registro delle imprese devono iscriversi "gli atti previsti dalla legge"<sup>30</sup>.

GABRIELLI, *La funzione detta dichiarativa delle formalità pubblicitarie nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.) e nei registri immobiliari (art. 2644 c.c.)*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti del Convegno di Napoli, 3-4-5 aprile 2013, Napoli, 2014, 13.

<sup>28</sup> G. RESCIO, *Gli effetti dell'iscrizione*, in I. DEMURO - C. IBBA (a cura di), *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, Torino, 2017, 156.

<sup>29</sup> Sui poteri di controllo del conservatore v. F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Poteri*, cit.; R. RANUCCI, *Registro delle imprese e potere di controllo del Conservatore*, in *Notariato*, 2018, 559 ss.

<sup>30</sup> La *ratio* della tipicità degli atti iscrivibili è da rinvenire nell'esigenza di non rendere la conoscibilità degli atti iscritti meramente teorica. Infatti, mediante la predeterminazione legislativa degli atti la cui opponibilità sia governata dalla pubblicità dichiarativa, si realizza la tutela dei terzi. Ossia, questi ultimi, sapendo quali atti debbano o meno essere iscritti, sapranno in quali casi consultare il registro delle imprese cfr. Trib. Avellino - Giudice del registro delle imprese, 8 gennaio 2018, in *Società*, 2018, 566, con commento di R. RANUCCI, *Registro delle imprese: inefficacia prenotativa e principio di tipicità delle iscrizioni*; G. ZAGRA, *Iscrizione di domanda giudiziale di accertamento della proprietà di partecipazioni di s.r.l.*, in *Società*, 2013, 30; V. SALAFIA, *Deposito nel Registro Imprese della citazione per accertamento trasferimento di quote sociali*, in *Società*, 2010, 831; Giud. Reg. Impr. Trib. Avellino 16

<sup>24</sup> Così E. BOCCHINI, *Manuale del Registro delle Imprese*, Padova, 1999, 108; *contra* P. SPADA, *La legge Mancino e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzioni di polizia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, I, p. 287.

<sup>25</sup> Una certa dottrina invece ritiene applicabile questa soluzione anche a tutti gli altri beni, ed in particolare rileva che per i beni mobili vale il conseguimento del possesso, v. F. LAURINI, *Disciplina dei trasferimenti di quote di s.r.l. e delle cessioni di azienda*, in *Riv. Soc.*, 1993, 969.

<sup>26</sup> F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, *sub art. 2556 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2014, 808 s.

<sup>27</sup> C. IBBA, *Profili della pubblicità legale delle imprese (l'apporto di Antonio Pavone La Rosa)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 267 s.; G.



## 5. Sulla trascrivibilità delle domande giudiziali: confronti e differenze tra registro delle imprese e registro immobiliare

In un'ottica di comparazione tra le due forme di pubblicità, interessante è la questione relativa alla trascrizione delle domande giudiziali. Ed, infatti, l'art. 2652 c.c. individua espressamente le domande giudiziali iscrivibili qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643 c.c. L'art. 2652 c.c. assolve alla c.d. funzione prenotativa, nel senso di prevedere l'opponibilità ai terzi della sentenza emessa nel conflitto tra chi agisce ed il convenuto soccombente<sup>31</sup>.

Tale funzione prenotativa è stata riconosciuta da taluna giurisprudenza anche con riferimento alle iscrizioni, nel registro delle imprese, di domande giudiziali su partecipazioni sociali. Infatti, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che la mancanza di una specifica previsione di legge che sancisca l'iscrivibilità di un determinato atto o fatto non esclude che quest'ultimo possa essere iscritto, purché "aventi finalità "complementare" rispetto agli atti tipici predetti"<sup>32</sup>. Sulla base di una interpretazione del termine trasferimento contenuta nell'art. 2470 c.c., funzionale alla *ratio* delle prescrizioni pubblicitarie<sup>33</sup>, ossia la trasparenza

delle vicende circolatorie delle quote, si sono ritenute iscrivibili tutte quelle vicende che siano suscettibili di comportare l'acquisizione della disponibilità della quota da parte di uno o più soggetti o, comunque, che abbiano un'incidenza immediata sulla partecipazione e sull'esercizio dei diritti a questa connessi<sup>34</sup>, dunque, atti diversi da quello di trasferimento in senso tecnico<sup>35</sup>. La trascrizione della domanda giudiziale, quindi,

certamento della simulazione in ordine alla vicenda inerente al trasferimento di quota di società a responsabilità limitata».

<sup>34</sup> Trib. Milano 4 luglio 2014, decr., in *Giur. it.*, 2014, 2489, con nota di S. LUONI - M. CAVANNA, *Il registro delle imprese tra forma di legge ed esigenze sostanziali e processuali*, secondo cui «In applicazione dei principi di uguaglianza e completezza delle iscrizioni è iscrivibile nel registro delle imprese la domanda introduttiva del giudizio volto ad ottenere una statuizione in materia di trasferimento delle quote di s.r.l.»; Giudice del Registro Imprese di Milano, 22 dicembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1557, «È possibile iscrivere in registro imprese una domanda giudiziale di rivendicazione ex art. 948 c.c. di una quota di s.r.l. per le seguenti ragioni. Il principio di tassatività ex art. 2188 c.c. va coordinato con i principi di completezza e trasparenza ricostruibili alla luce dell'intera ratio del sistema di pubblicità commerciale. Il termine "atto di trasferimento" di cui all'art. 2470 c.c. deve essere interpretato in maniera estensiva ricomprendendo ogni vicenda suscettibile di comportare l'acquisizione della disponibilità totale o parziale delle quote di s.r.l., in quanto prodromiche al loro acquisto». Nel senso della iscrivibilità di domande giudiziali aventi ad oggetto la titolarità di quote di S.r.l. si sono pronunciati Trib. Alessandria 27 gennaio 2010, in *Società*, 2010, 829, «Il conservatore del registro delle imprese, su richiesta dell'attore che abbia chiesto al giudice l'accertamento del suo acquisto di una quota del capitale di una società a r.l. per effetto dell'esercizio della prelazione statutariamente prevista, è tenuto ad iscrivere nel registro delle imprese l'atto di citazione con il quale è stato promosso il giudizio»; Trib. Firenze 13 luglio 2005, in *Foro pad.*, 2006, I, 321, il quale ha ordinato l'iscrizione dell'atto di citazione contenente domanda di risoluzione di contratto di cessione relativamente a quote societarie con domanda di trasferimento giudiziale delle stesse; Trib. Rovigo 11 febbraio 2004, in *Dir. fall.*, 2004, 617, «Va disposta l'iscrizione nel registro delle imprese delle domande giudiziali incidenti su cessioni di quote di s.r.l. – a prescindere dagli effetti di tale iscrizione – in quanto il principio di tassatività delle iscrizioni va conciliato con il principio di completezza del registro delle imprese»; Trib. Milano, decr., 23 dicembre 2014, in *Società*, 2015, 1114, ha statuito l'iscrivibilità dell'azione revocatoria avente ad oggetto la cessione di quote; in senso contrario Trib. Napoli 15 ottobre 2013, cit., che conclude per l'iscrivibilità dell'atto di citazione per far valere la simulazione, escludendo, viceversa, l'iscrivibilità dell'azione revocatoria. In dottrina V. SALAFIA, *Depositato*, cit., 829; M. SPERANZIN, *La circolazione di partecipazioni in s.r.l. tra acquisti a non domino e pubblicità commerciale*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum G.F. Campobasso*, t. III, Torino, 2007, 447, nt. 117, riporta come la modulistica del registro delle imprese preveda, oltre che l'iscrizione della domanda di trasferimento in proprietà delle quote, anche ulteriori operazioni quali la costituzione, modificazione ed estinzione del diritto di pegno o usufrutto, l'intestazione fiduciaria ex L. 23 novembre 1939, n. 1966 e riporti, in ultimo, un campo denominato "altro diritto" nel quale possono essere inseriti "un eventuale titolo di trasferimento o altro vincolo" diversi da quelli precedenti dunque. Sul punto, cfr. L. FURGIUELE, *Trasferimento della partecipazione e legittimazione nelle società di capitali*, Milano, 2013.

<sup>35</sup> Trib. Milano 22 dicembre 2010 e Trib. Varese 17 maggio 2010,

settembre 2011, decr., in *Società*, 2013, 659; sul tema della tipicità cfr. V. DONATIVI, *L'iscrivibilità degli atti tra i principi di "tipicità" e di "completezza"*, in I. DEMURO - C. IBBA (a cura di), *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, Torino, 2017, 43 ss.

<sup>31</sup> La funzione prenotativa della trascrizione delle domande giudiziali relative a diritti su beni immobili è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza, Cass. 29 gennaio 1999, n. 794, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Trascrizione*, n. 29 e, più recentemente, Trib. Napoli, 15 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Cass., 8 aprile 2013, n. 8495 secondo cui «la trascrizione della domanda giudiziale, nei casi in cui è prevista dalla legge [...] si ricollega al principio fissato dall'art. 111 c.p.c., che disciplina la successione a titolo particolare del diritto controverso. Essa mira a regolare e risolvere un conflitto [...] tra più acquirenti dallo stesso dante causa; consente all'attore, che esercita una pretesa avente ad oggetto un diritto reale immobiliare, di rendere opponibile la sentenza anche al successore a titolo particolare del convenuto»; in dottrina S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 94.

<sup>32</sup> Trib. Verona 1° aprile 2012, decr., in *Società*, 2013, 27.

<sup>33</sup> L'applicazione non può essere analogica, trovando di ostacolo la tassatività delle iscrizioni, ma in ragione di interpretazione estensiva, v. C. IBBA, *Gli atti da iscrivere*, in G. MARASÀ - C. IBBA (a cura di), *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 80; D. CENNI, *Ancora sul conflitto tra acquirenti di diritti incompatibili sopra la medesima quota di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1998, 877; A.D. SCANO, *L'iscrizione nel registro delle imprese di domande giudiziali riguardanti quote di s.r.l. tra arbitrarietà e limiti al ragionamento analogico*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 4, 911; G. ZANARONE, *sub. artt. 2462-2474 c.c. Della società a responsabilità limitata*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, t. I, Milano, 2010, 640; in giurisprudenza v. Trib. Bologna 26 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, 477; Giudice del Registro di Ferrara 9 maggio 2005, in *Società*, 2006, 488, secondo cui «è legittima, con interpretazione estensiva e sistematica dell'art. 2696 c.c., e non analogica in base agli artt. 2683, 2690 e 2691 c.c., l'iscrizione nel Registro delle imprese degli atti prodromici e modificativi, previsti dall'ordinamento, di fattispecie espressamente soggette a pubblicità: in questa categoria di atti si inserisce la domanda giudiziale di ac-

consentirebbe di rendere opponibile al terzo acquirente in corso di causa – successivamente alla trascrizione stessa – la pronuncia di inefficacia del titolo del suo dante causa. In senso diametralmente opposto, taluna dottrina ha evidenziato come potrebbe risultare fuorviante equiparare un atto di citazione agli atti prodromici al trasferimento propriamente detti, quali atti di pegno, di pignoramento, di sequestro, la cui iscrivibilità è espressamente prevista dalla legge. Infatti, con riferimento a tali atti, «il mutamento di titolarità della partecipazione è avvenimento non meramente ipotetico e condizionato alla decisione di un organo terzo, ma avvenimento programmato e vincolato in quanto direttamente prefigurato dalle parti, ovvero riconnesso a un preventivo o coevo provvedimento giurisdizionale funzionale al mutamento di titolarità della quota»<sup>36</sup>. La dottrina civilistica ha evidenziato come le disposizioni in materia di trascrizione delle domande giudiziali abbiano natura eccezionale (e come tali insuscettibili di interpretazione analogica<sup>37</sup>) in ragione del carattere ipotetico o condizionato e dell'efficacia retroagente della sentenza favorevole dell'attore fin dalla trascrizione della domanda notificata<sup>38</sup> introduttiva del giudizio<sup>39</sup>.

decr., in *Società*, 625; Trib. Milano 28 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1460 ss.; Trib. Milano 8 marzo 2001, decr., in *Giur. comm.*, 2001, II, 635 ss. con nota di M. SPERANZIN, *Registro delle imprese e trasferimento di quota di s.r.l.: questioni ancora non del tutto risolte*; Trib. Perugia 25 febbraio 2002, decr., in *Società*, 2002, 1088 ss. con nota di G. ZAGRA, *Iscrizioni nel registro delle imprese della domanda per accertare la simulazione del trasferimento di quote di s.r.l.*; Trib. Ferrara 9 maggio 2005, cit.; Trib. Milano 28 giugno 2011, in *Società*, 2011, 1266 ss.; Trib. Firenze 13 luglio 2005, cit.; Trib. Oristano 20 maggio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 908; Trib. Roma 2 maggio 2001, in *Società*, 2002, 609; Trib. Verona 1° aprile 2012, cit.; secondo SALANITRO, *I vincoli sulle quote di società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 8, «il termine alienazione diviene sintomatico di tutte le forme in cui il potere di disposizione si può esercitare». Più cauto, G. ZANARONE, *sub. artt. 2462-2474 c.c.*, cit., 640, nt. 113, l'A. ritiene che dovrebbero essere oggetto di iscrizione solo quegli atti che pur non avendo effetto traslativo della proprietà incidano direttamente sulla disponibilità della partecipazione sull'esercizio dei diritti a questa connessi; *contra* Trib. Varese 17 maggio 2010, decr., in *Società*, 632; Giud. Reg. Impr. Trib. Avellino 16 settembre 2011, decr., cit.; l'orientamento è stato condiviso espressamente - per quanto consta - anche dalla camera di commercio Lecce, infatti con direttiva del Conservatore n. 1 del 14 marzo 2016 consultabile su <http://www.le.camcom.gov.it/download/3914.html>. è stato stabilito che «possa essere consentita l'iscrivibilità degli atti "prodromici" ai fini del trasferimento (quali ad esempio le domande giudiziali di introduzione dell'azione revocatoria e dell'azione simulatoria) di quote di una società a responsabilità limitata nel Registro delle imprese».

<sup>36</sup> Così A.D. SCANO, *L'iscrizione*, cit. 891.

<sup>37</sup> A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 234.

<sup>38</sup> L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1955, 225.

<sup>39</sup> A. PROTO PISANI, *La trascrizione*, cit., 231 ss.; C. IBBA, *Cessioni di quote di s.r.l. e domande giudiziali: pubblicità d'impresa vs. pubblicità immobiliare*, in *La pubblicità delle imprese*, II ed.,

L'art. 111 c.p.c. sancisce che la sentenza pronunciata nei confronti dell'alienante spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione. Tale disposizione, quindi, funge da limite all'operatività della norma processuale che sancisce l'opponibilità del giudicato<sup>40</sup>. In tale contesto normativo la previsione di cui all'art. 2470 c.c. mira a regolamentare il conflitto tra più acquirenti di una quota di s.r.l. privilegiando quello che abbia iscritto per primo e che, tuttavia, sia in buona fede<sup>41</sup>, pertanto, in caso di successive alienazioni della quota oggetto di controversia, il giudicato si estenderà anche agli acquirenti non in buona fede<sup>42</sup>. Dunque, non potendosi ravvisare alcuna lacuna normativa nel sistema, non appare possibile applicare per analogia la pubblicità prenotativa propria dei pubblici registri immobiliari nel registro delle imprese<sup>43</sup>.

Padova, 2012, 203 ss.

<sup>40</sup> A. PROTO PISANI, *o.c.*, 10.

<sup>41</sup> Trib. Napoli, 15 ottobre 2013, cit.

<sup>42</sup> Cfr. A.D. SCANO, *L'iscrizione*, cit., 894 ss.

<sup>43</sup> Cfr. Trib. Avellino - Giudice del registro delle imprese, 8 gennaio 2018, cit.

Nicola Barbuzzi

Avvocato e cultore di Istituzioni di Diritto privato dell'Università telematica Pegaso

## L'adozione speciale ex art. 44 della legge 184/83 tra continuità affettiva e vincoli normativi.

*Nota a Cass. Sez. I Civ., sentenza n. 17100 del 26/06/2019*

### abstract

*The Court of Cassation rough out the implementation of the art. 44 L. 184/83 drowning out how is not so relevant, for the purposes of special adoption, neither the different age limit between the adopter and the adopted, nor the adopter's social status, in this case single mother. Reference to the previous jurisprudence, The Supreme Court confirms the principle according to which the denial to particular adoption, displayed by the child's parents, observe only when parental responsibility is effectively exercised by virtue of a real and concrete emotional relationship.*

### keywords

*Art. 44 L. 184/83 – special adoption – Different age limit – Adopter's social status – Denial of assent to adoption – Minor's interest.*

### abstract

*La Cassazione delinea la sfera di applicabilità dell'art. 44 della L. 184/83 evidenziando come non sia rilevante ai fini della cosiddetta adozione speciale né l'eccessiva differenza d'età tra l'adottante e l'adottando né lo status dell'adottante, madre single nel caso di specie. Richiamata la precedente giurisprudenza, la Suprema Corte conferma il principio secondo cui il diniego all'adozione particolare, manifestata dai genitori del minore, rilevi solo quando la responsabilità genitoriale sia effettivamente esercitata in forza di un reale e concreto rapporto affettivo.*

### parole chiave

*Art. 44 L. 184/83 – Adozione speciale – Limite d'età – Status adottante – Diniego di assenso all'adozione – Interesse del minore.*

### Adozione speciale – Adozione non legittimante – Affidamento preadottivo – Requisiti soggettivi.

*Nel caso in cui non sia possibile ricorrere di diritto all'affido preadottivo, è possibile ricorrere all'istituto*

*previsto dall'art. 44 L. 184/83 – adozione speciale o non legittimante – al fine di tutelare il concreto interesse del minore a vedersi riconosciuti i legami affettivi instauratisi con altri soggetti, non ostando né lo status dell'adottante, né la notevole differenza d'età né il diniego all'adozione espressa dal genitore naturale che sia mero titolare della responsabilità genitoriale e che non ne abbia più il concreto esercizio.*

Cass. Civ. sez. I, sentenza del 26/06/2019 n. 17100 - Pres. Antonio Valitutti, Est. Luigi Caiazza

*(Omissis)*

### FATTO<sup>1</sup>

Con provvedimento non impugnato del 26/10/2010 il Tribunale per i Minorenni di Napoli dichiarava la decadenza dalla potestà<sup>2</sup> genitoriale di A.A. e B.B. genitori del minore C.A. affetto da "tetraparesispastica con grave asfissia perinatale e da gravi patologie cardiache"<sup>3</sup>.

In forza di tale provvedimento il minore, che necessitava di continue cure anche specialistiche, veniva collocato presso una casa famiglia e con provvedimento del Giudice Tutelare presso il Tribunale di Santa Maria C.V. veniva nominato come tutore tale D.D. infermiera specializzata che da anni, in qualità di volontaria, frequentava la casa famiglia ove il minore era ospitato, prendendosene cura in forza proprio della sua professione attese le svariate e gravi incombenze mediche di cui necessitava il minore a causa delle sue

<sup>1</sup> Le abbreviazioni utilizzate per indicare le parti della vicenda in commento sono di fantasia al fine di tutelarne la privacy attesa la delicatezza dell'argomento trattato.

<sup>2</sup> Il termine "potestà" è stato sostituito a seguito del D. Lgs n.154/2013 dal termine "responsabilità".

<sup>3</sup> "Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.", art. 330 c.c.

gravi e pressoché irreversibili infermità e malattie.

#### LA VICENDA PROCESSUALE

Con ricorso del 17/12/2012 D.D. e F.F. figlia di quest'ultima chiedevano al Tribunale per i Minorenni di Napoli di adottare, ex art. 44 L.184/83<sup>4</sup> il minore C.A. Nel ricorso la richiedente D.D. evidenziava come essa da tempo si prendesse cura del minore accudendolo in ogni sua necessità. La causa veniva trattata in varie udienze collegiali e pativa numerosi rinvii dovuti a vizi di carattere procedurati (notifiche non andate a buon fine ai genitori del minore e per la nomina del curatore speciale).

I genitori del minore tuttavia né si costituivano formalmente nel giudizio né comparivano. Solo successivamente gli stessi in tempi diversi, pur assistiti dal medesimo difensore, si costituivano in giudizio chiedendo la revoca della dichiarazione di decadenza del 26/01/2010 – mai impugnata – e il riaffido del minore.

Il Tribunale per i Minorenni, ritenuta la necessità, al fine di comprendere se sussistessero ancora le cause che avevano determinato la decadenza delle responsabilità di entrambi i genitori, disponeva una CTU psicologica anche al fine di verificare le complessive condizioni del minore, lo stato e la qualità del suo affido alla sig.ra D.D.

Nelle more il Tribunale per i Minorenni provvedeva, con il parere favorevole del PMM e del curatore speciale, precedentemente nominato nella persona dell'avv. E.E., stante la necessità di accudimento e cure costanti del giovane C., ad affidarlo ai sensi dell'art. 333 c.c.<sup>5</sup> alla D.D.

<sup>4</sup> "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare.", art. 44 L. 184/1983.

<sup>5</sup> "Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento", art. 333 c.c.

La causa subiva ulteriori rinvii sollecitati proprio dai genitori del giovane C. i quali lamentavano, anche nel corso dell'ultima udienza collegiale, la difficoltà o mancanza di presa visione della espletata CTU. Tale doglianza veniva rigettata dal Collegio, che con provvedimento reso in udienza, chiariva come le parti resistenti avessero avuto conoscenza della CTU nella sua versione definitiva attraverso l'invio della stessa, ma anche precedentemente al deposito avvenuto in data 5/1/2016.

Da quella data in poi, continuava il Collegio, la CTU era stata sempre a disposizione delle parti. A questo si aggiungeva un ulteriore rinvio proprio per consentire alla difesa dei genitori di poter prendere visione della CTU.

L'espletata consulenza tecnica palesava come le condizioni che avevano motivato la decadenza dalla responsabilità genitoriale dei resistenti fossero ancora persistenti se non significativamente aggravate.

In particolare la CTU evidenziava da un lato la totale inadeguatezza dei genitori a prendersi cura del minore, attesa la loro ferma volontà di non voler conoscere né riconoscere le reali condizioni cliniche del minore, dal loro fermo proposito di voler incontrare C. solo quando questo avesse fatto ritorno a casa, dall'altro come il minore, pur non parlando, avesse una propria vita emozionale e relazionale instaurata proprio con una delle adottanti<sup>6</sup>.

Tale relazione emozionale pur rudimentale, ma non per questo meno intensa, tra il minore C. e le adottanti, in particolare con la sig. D.D., si palesava in sguardi, vocalizzi e cenni del capo a dimostrazione della capacità del minore di relazionarsi emotivamente con chi lo circondava<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> "C. è affetto da una gravissima tetraparesi distonica con un severo ritardo dello sviluppo psicomotorio, complicata da epilessia. Al di là della impossibilità assoluta di deambulare, C. è soggetto a frequenti crisi epilettiche, a frequenti infezioni urinarie per il ristagno di urina nella vescica, a reflusso gastro-esofageo per l'incontinenza del piloro, ad insufficienza respiratoria per accumulo di muco nei bronchi a causa della staticità della cassa toracica e per la sua difficoltà ad espettorare. C. non può mangiare cibi solidi e non riesce, né può, bere liquidi che lo soffocherebbero. Non può quindi bere acqua ma riesce ad ingerire solo una particolare acqua con aggiunta di un gel che ne aumenta la consistenza. Prima del suo collocamento presso la sig.ra D.D., il giovane C. era spesso ricoverato in ospedale poiché gli operatori della casa famiglia in cui era ospitato non era in grado di fornirgli quell'assistenza pediatrica infermieristica specializzata di cui aveva bisogno e che ora è assicurata dalla sig.ra D.D. la cui abitazione è fornita da tutta una serie di presidi medici salvavita come per l'esempio, un aspiratore di muco", Trib. per i Minorenni di Napoli, sent. n. 53/2016, pag. 4.

<sup>7</sup> "Da un punto di vista relazionale, anche se C. non parla assolutamente, ha una sua vita emozionale e relazionale avendo instaurato con la sig.ra D.D. e con sua figlia una relazione emotivamente significativa fatta di sguardi, vocalizzi e cenni del capo. Nonostante le sue gravissime condizioni, C. è molto sensibile ai minimi cambiamenti ambientali e relazionali intorno a lui. Presenta, anche se molto rudimentale ma non per questo non meno



La CTU portava a conoscenza del Collegio di come per tutti gli anni successivi al provvedimento di decadenza e dall'allontanamento del minore dal nucleo familiare, i genitori non avessero assolutamente contattato la sig. D.D. per informarsi sulle condizioni di salute del minore né avessero mai chiesto di incontrarlo.

Alla luce di tali considerazioni il Tribunale per i Minorenni di Napoli riteneva, con sentenza n. 53/2016 di dover disattendere la domanda di revoca della dichiarazione di decadenza della responsabilità genitoriale dei sig.ri A.A e B.B.

Al tempo stesso il Tribunale osservava che, pur essendo ipotizzabile la declaratoria di adottabilità del minore, le sue condizioni di salute, l'esistenza di un persistente accudimento, facevano ritenere impossibile realizzare un affidamento preadottivo del giovane C. il quale, anche sulla scorta del legame affettivo instauratosi tra lo stesso e l'adottante D.D., sarebbe stato esposto al rischio di un gravissimo trauma qualora tale legame si fosse interrotto a seguito del suo inserimento in un diverso nucleo familiare.

Pertanto, espletate le indagini ai sensi dell'art. 57 L. 184/83<sup>8</sup> che assicuravano come la richiesta di adozione realizzasse il preminente interesse del minore, il Tribunale per i Minorenni dichiarava l'adozione ex art. 44 L. 184/83 del minore C.A. in favore solo della D.D. sulla scorta della considerazione di come la stessa, da sempre aiutata e sostenuta dalla figlia F.F. fosse la persona che da anni si occupava quotidianamente, pur con enormi difficoltà, del minore e che fosse la sola ad aver instaurato con lo stesso quello speciale rapporto di accudimento, quell'intenso legame affettivo e quella completa presa in carico giustificativi dell'adozione speciale di cui all'art. 44 della L. 184/83.

I soccombenti proponevano gravame censurando la su riassunta sentenza chiedendo a) annullarsi la sentenza di primo grado; b) disporsi il ripristino dei rapporti tra genitori e figlio; c) disporsi il collocamento del minore in idonea struttura, ai fini del ritorno in famiglia; d) rigettarsi la domanda di adozione speciale della D.D.; e) revocarsi il decreto di decadenza e ripristinarsi la loro piena "potestà" genitoriale.

intensa, una vita affettiva che gli permette di riconoscere e di relazionarsi emotivamente con chi lo circonda", Trib. per i Minorenni di Napoli, sent. n. 53/2016, pag. 5.

<sup>8</sup> "Il Tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'art. 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore. A tal fine il Tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'attitudine a educare il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore", art. 57 L.184/83.

Essi lamentavano, in primis, la "violazione e compressione delle proprie facoltà processuali costituzionalmente garantite; nullità della sentenza per violazione del principio di agire e difendersi in giudizio in condizione di parità tra le parti; violazione dell'art. 111 Cost.<sup>9</sup>; violazione degli art. 3 e 24 Cost.<sup>10</sup>".

In sintesi, gli appellanti si dolevano di come, nel corso del giudizio di prime cure, non fu a loro consegnata dalla cancelleria del Tribunale per i Minorenni di Napoli, pure avendone fatta richiesta, copia della CTU entro il termine previsto per il deposito della memoria conclusionale. Ne seguiva, a loro avviso, la nullità della sentenza in quanto emanata in assenza di contraddittorio.

Argomentavano ancora che a seguito di tale omissione essi non avevano potuto impugnare e contestare la CTU neppure in sede di gravame, proprio per non averla mai ricevuta o letta. Avendolo, a loro dire, desunto dal testo della sentenza, gli appellanti si limitavano solo ad affermare come il consulente tecnico avrebbe insistito nella sua valutazione relativa ai genitori senza alcun riscontro tecnico scientifico.

Si costituiva in giudizio D.D., nonché il curatore

<sup>9</sup> "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.", art. 111 Cost.

<sup>10</sup> "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.", art. 3 Cost.; "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.", art. 24 Cost.

speciale avv. E.E., i quali, secondo ragione, impugnavano le argomentazioni di cui all'atto d'appello insistendo per il rigetto del proposto gravame e la conferma della impugnata sentenza.

La Corte d'Appello di Napoli con sentenza n. 98/2017, pubblicata il 4/5/2017, superate le doglianze di natura processuale, chiarendo come nel corso del giudizio di primo grado non vi fosse stata alcuna lesione del contraddittorio, rigettava l'appello proposto dai genitori del giovane C. soffermandosi sui motivi di gravame attinenti l'adozione ex art. 44 L. 184/83, sia sotto il profilo della applicabilità del rimedio utilizzato dal Tribunale per i Minorenni di Napoli, sia dei requisiti a fondamento dello stesso, ed in particolare l'età dell'adottante ed il suo status.

La Corte d'Appello, richiamando alcune sentenze della Corte di Cassazione<sup>11</sup>, in primo luogo affermava come l'adozione ex art. 44 L. 184/83 fosse rimedio pienamente utilizzabile al caso di specie, in secondo luogo osservava che l'art. 44 comma 4 della L. 184/83 si limitava a prevedere che, nei casi di cui alle lettere a) e d) del 1 comma, l'età dell'adottante dovesse superare di almeno diciotto anni quella dell'adottato, mentre nulla è detto con riferimento al limite massimo di differenza d'età.

Ne seguiva, a dire della Corte, l'infondatezza delle doglianze attinenti la differenza d'età e lo stato civile della adottante e alla circostanza che questa abbia altri figli nonché alla mancanza di assenso dei genitori<sup>12</sup>, tra l'altro decaduti dalla responsabilità genitoriale, all'adozione speciale in quanto l'adozione si identificava con l'interesse preminente del minore, il quale, prima degli interventi del giudice di prime cure, si trovava in

<sup>11</sup> "In tema di adozione di un minore in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), L. n. 184/83, non è prevista la designazione ex lege, in ogni caso, di un curatore speciale, che può aver luogo solo allorché il giudice, in concreto, configuri uno specifico conflitto di interessi diretto ed attuale tra il minore stesso ed il genitore che dà il proprio assenso all'adozione (nella specie, il giudice di merito aveva motivatamente escluso la necessità di un curatore speciale, in un caso in cui il conflitto di interessi era ricondotto esclusivamente a quello della donna, che aveva dato il suo assenso all'adozione della figlia, al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale con l'adottante, la sua stabile compagna; la Suprema corte, nel confermare tale statuizione, ha osservato che la relazione omoaffettiva sottostante l'adozione non può essere considerata contrastante, in re ipsa, con l'interesse della minore, in quanto una tale valutazione negativa, fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale delle due donne, si risolverebbe in un'inammissibile discriminazione).", Cass. civ. Sez. I, 22-06-2016, n. 12962.

<sup>12</sup> "Infine, quanto all'assenso dei genitori, di cui all'art. 46, 1 comma della L. 184/83 va ricordato che il 2 comma dispone, per quanto qui interessa che "quando è negato l'assenso previsto dal primo comma, il Tribunale, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la potestà", Corte d'Appello di Napoli, sent. n. 98/2017, pag. 12.

un completo stato di abbandono<sup>13</sup>.

Pertanto, concludeva la Corte d'Appello, l'adozione speciale non solo appariva del tutto ammissibile in diritto, ma anche in fatto, in quanto corrispondente in pieno all'interesse del minore essendo essenziale per il suo benessere e per la sua sopravvivenza.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma, i genitori del minore proponevano ricorso per cassazione deducendo nel primo motivo la violazione degli art. 183 c.p.c.<sup>14</sup> e 195 c.p.c.<sup>15</sup> in reazione agli art. 3, 24

<sup>13</sup> Per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso impedisce l'adozione particolare, devono intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto affettivo con il minore, Cfr. Cass. 21 settembre 2015 n. 18575.

<sup>14</sup> "All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, secondo, terzo e quinto comma, dall'articolo 167, secondo e terzo comma, dall'articolo 182 e dall'articolo 291, primo comma. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione. Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedersi a norma dell'articolo 185. Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori: 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte; 2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali; 3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria. Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni. Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma. Con l'ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio delle parti; all'interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma.", art. 183 c.p.c.

<sup>15</sup> "Delle indagini del consulente si forma processo verbale, quando sono compiute con l'intervento del giudice istruttore, ma questi può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta. Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce

e 111 Cost.; nel secondo motivo denunciavano omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della causa in ordine alle attività svolte dai ricorrenti su invito delle autorità (frequenziazione di consultori, assistenti sociali, etc.); con il terzo motivo argomentavano in ordine alla violazione e falsa applicazione della L. n.184 del 1983, art. 6 e art. 44 lett. D, in quanto la Corte d'Appello avrebbe male interpretato tali norme ritenendo semplicemente come l'adozione del minore fosse stata legittima non sussistendo un limite minimo di differenza d'età tra l'adottando e l'adottante, mentre non avrebbe concretamente valutato la concreta idoneità dell'adottante ad ottenere l'adozione; con il quarto motivo, i ricorrenti si dolevano della violazione dell'art. 91 c.p.c.<sup>16</sup>, in ordine alla condanna alle spese liquidate in appello in favore di F.F. figlia dell'adottante, in quanto tale soggetto che non poteva essere considerato parte processuale e che non è stata destinataria del provvedimento impugnato, la cui partecipazione era da intendersi come interventore adesivo volontario.

Resistevano con controricorso la sig.ra D. D. nonché il curatore speciale del minore, avv. E.E.

Il Procuratore Generale concludeva per il rigetto del ricorso.

Il P.M. depositava relazione, chiedendo il rigetto del ricorso.

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

La Corte di Cassazione confermava l'impugnata sentenza, rigettando il ricorso, ritenendo infondato il primo motivo d'appello, in quanto le pretese violazioni di norme processuali, costituenti ipotetici *errores in*

anche le osservazioni e le istanze delle parti. La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'articolo 193. Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse.", art. 195 c.p.c.

<sup>16</sup> "Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte (e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92. Le spese della sentenza sono liquidate dal cancelliere con nota in margine alla stessa; quelle della notificazione della sentenza, del titolo esecutivo e del precetto sono liquidate dall'ufficiale giudiziario con nota in margine all'originale e alla copia notificata. I reclami contro le liquidazioni di cui al comma precedente sono decisi con le forme previste negli articoli 287 e 288 dal capo dell'ufficio a cui appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario. Nelle cause previste dall'articolo 82, primo comma, le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice non possono superare il valore della domanda.", art. 91 c.p.c.

*procedendo*, possono fondare il ricorso per cassazione esclusivamente allorché si concretino in un effettivo pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte, in conseguenza della denunciata violazione<sup>17</sup>.

Nel caso di specie deve, per converso escludersi che sussista la dedotta violazione delle norme processuali citate dai ricorrenti e comunque che i medesimi abbiano riportato un concreto pregiudizio del loro diritto di difesa, in relazione alla redazione ed al deposito della consulenza d'ufficio espletata in prime cure.

La Suprema Corte riteneva inammissibile anche il secondo motivo in quanto avendo gli istanti dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, la censura non corrispondeva al modello di vizio prefigurato dal novellato art. 360 c.p.c. comma 1 n.5<sup>18</sup> applicabile *ratione temporis*.

La Corte osservava che, anche a voler valutare la sostanza del motivo, questo si incentrava sulla doglianza di omesso esame di uno scritto difensivo (l'atto d'appello), del pari non rientrante nella fattispecie di vizio suindicato, limitata all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, nel cui paradigma non è inquadrabile, pertanto la censura concernente

<sup>17</sup> "La denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione. Ne consegue che è inammissibile l'impugnazione con la quale si lamenti un mero vizio del processo, senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione di merito.", Cass. civ. Sez. V, n. 26831/14; "L'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., nel consentire la denuncia di vizi di attività del giudice, non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza della denunciata violazione. Ne consegue che è inammissibile l'impugnazione con la quale si lamenti un mero vizio del processo, senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa.", Cass. civ. Sez. Lav, n. 6330/14; "La denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione. Ne consegue che non è fondata l'eccezione d'improcedibilità del ricorso per cassazione con la quale, a fronte del deposito della copia conforme della sentenza impugnata nel testo anteriore al provvedimento di correzione, si lamenti la violazione dell'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., senza, tuttavia, prospettare le ragioni per le quali tale vizio abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale ed al giusto processo.", Cass. civ. I, n. 23638/16.

<sup>18</sup> "L'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., riformulato dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, nel cui paradigma non è inquadrabile la censura concernente la omessa valutazione di deduzioni difensive.", Cass. civ. Sez. II, n. 14802/17.

l'omessa valutazione di deduzioni difensive.

Anche il terzo motivo veniva ritenuto infondato in quanto l'art. 44 della L. 184/83 non poneva alcun limite massimo alla differenza d'età tra adottando ed adottante né vi era un particolare riferimento allo status di quest'ultimo non rilevando neppure il diniego espresso all'adozione dal genitore naturale qualora lo stesso non abbia più un concreto esercizio della responsabilità genitoriale.

*Omissis...*

Avverso tale sentenza i genitori naturali del minore hanno proposto ricorso alla C.E.D.U.

*(Omissis)*

\*\*\*Nota a sentenza

### L'adozione speciale, ambito d'applicazione e limiti.

La Corte di Cassazione è recentemente intervenuta su di una questione di grande attualità come il tema delle adozioni non legittimanti o speciali previste dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983<sup>19</sup>.

Tale rimedio, utilizzato sempre più frequente-

<sup>19</sup> A differenza dell'adozione legittimante nel caso di adozioni particolari non cessano i rapporti tra adottato e famiglia di origine, dando luogo ad un doppio status. Gli effetti dell'adozione si verificano dalla data della sentenza, non essendo prevista alcuna retroattività. Anche se uno dei coniugi che ha richiesto l'adozione muore nelle more del procedimento si può procedere egualmente all'adozione.

Se il minore è adottato da due coniugi o dal coniuge del genitore la responsabilità genitoriale spetta ad entrambi: l'adottante ha tutti i doveri previsti dall'art. 315-bis c.c. nei confronti dell'adottando, ovvero mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. L'attività di guida e di controllo compete anche ai genitori d'origine oltre che a quelli adottivi: essi hanno anche la facoltà di vedere e tener con sé il figlio, o meglio è il figlio che ha diritto di conservare contatti con la famiglia d'origine. L'adottato mantiene diritti e doveri verso la famiglia d'origine, non il contributo al mantenimento ma l'obbligo alimentare. Ha tutti i doveri del figlio nei confronti dell'adottato. Oltre all'assunzione del cognome dell'adottante, l'altro effetto che principalmente caratterizza l'adozione dei maggiori di età è l'acquisto, da parte dell'adottato, del diritto alla successione nel patrimonio dell'adottante. L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. Di rilievo è il richiamo effettuato dall'art. 55 della legge 184/83 agli articoli 299 c.c. e 304 c.c.

Al riguardo l'art. 304 c.c. rinvia alle norme contenute nel libro II, in cui il figlio adottivo viene equiparato, rispetto all'adottante, ai figli legittimi.

Infatti, tanto viene espressamente indicato dall'art. 536 c.c. per quanto riguarda la quota di legittima, dove appunto si stabilisce che ai figli legittimi sono equiparati gli adottivi. Anche per quanto riguarda le successioni legittime, l'art. 567 c.c. stabilisce come ai figli legittimi siano equiparati i figli adottivi. L'equiparazione comporta anche l'applicazione del principio della rappresentazione. Infatti, l'art. 468 c.c. riconosce ai discendenti del figlio adottivo del *de cuius* lo stesso diritto di rappresentazione spettante ai discendenti dei figli legittimi. Con l'adozione sono poi revocate di diritto le disposizioni testamentarie assunte anteriormente, a norma dell'art. 687c.c., come in caso di sopravvenienza di prole.

mente per colmare il vistoso quanto assordante vuoto normativo derivante dalla mancanza di una disciplina specifica della *stepchild adoption*<sup>20</sup> rappresenta una vera e propria norma di chiusura del sistema, inteso a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante dell'"*interesse superiore*"<sup>21</sup> del minore a vedersi riconosciuti e tutelati i legami affettivi instauratisi con persone diverse dai genitori naturali.

La prima sezione della Suprema Corte, infatti, con la sentenza n.17100/19 ha avuto modo di ribadire ed approfondire alcuni concetti espressi nella sentenza della Corte di Appello di Napoli, sez. minorenni con la sentenza n. 98/2017 pubblicata il 04/05/2017 con la quale si confermava quella di primo grado emessa

<sup>20</sup> In tema di regolamentazione delle unioni omosessuali il "travaglio" normativo italiano è stato lungo e solo nel 2016 ha visto la luce la legge n. 76 recante norme in materia di "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" pur monca di una parte essenziale nel progetto del legislatore riguardante proprio la *stepchild adoption*.

Il grande interesse sociale dell'argomento portò, nel periodo precedente all'approvazione della legge, ad una forte contrapposizione tra chi era favorevole alla legge e chi, come autoproclamatosi portavoce delle famiglie tradizionali, era fortemente contrario a qualsiasi forma di normazione in materia temendo, capziosamente, uno svilimento del ruolo della famiglia così come inteso sino ad allora.

Lo slancio riformatore del legislatore veniva quindi ridimensionato non solo dalle notevoli pressioni extra parlamentari ma anche dall'ala più conservatrice della maggioranza politica che lo sosteneva in parlamento; l'istituto della *stepchild adoption* avrebbe, a tutti gli effetti, equiparato la famiglia di fatto a quella tradizionale. Tanto, secondo le argomentazioni degli oppositori a tale progetto normativo, non era possibile anche sull'erroneo presupposto che nella particolarità delle unioni tra persone dello stesso sesso, l'identica natura biologica dei due componenti del nucleo affettivo, avrebbe precluso la possibilità agli stessi di essere genitori.

Il bavaglio di natura ideologica imposto al legislatore impediva allo stesso di disciplinare situazioni già esistenti nel contesto sociale italiano (tra queste le famiglie *arcobaleno* e *rainbow*) aprendo, tuttavia, le porte a quella che sarebbe stata una inarrestabile elaborazione giurisprudenziale di supplenza al vuoto normativo creato con lo stralcio.

<sup>21</sup> "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente; gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati; gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo", art. 3 Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo, 1989.



dal Tribunale per i Minorenni di Napoli (n. 53/2016).

Quest'ultimo, aveva accolto già in prime cure la domanda dei ricorrenti adottanti, con la quale si chiedeva di dichiarare l'adozione speciale del minore, atteso non solo il legame affettivo instauratosi ma anche la particolare situazione in cui versava il minore, portatore di numerose e gravissime patologie fortemente invalidanti.

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli basava la propria decisione sulla scorta delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, affidata a due della Corte d'Appello, a "due esperti di altissima professionalità" i quali, nel descrivere dettagliatamente lo stato e la qualità dei rapporti tra il minore ed i genitori naturali nonché tra il minore e l'adottante, offrivano un quadro completo dello stato di salute del minore sia dal punto di vista medico che psicologico, andando a verificare e certificare l'esistenza di un rapporto affettivo tra il minore e l'adottante.

Le conclusioni a cui giungeva il Tribunale erano trancianti per i resistenti i quali si vedevano rigettata la domanda di revoca della declaratoria di decadenza della responsabilità genitoriale. Di converso alla sola ricorrente D.D. veniva riconosciuta l'adozione speciale di cui all'art. 44 della L.184/83 proprio in considerazione di come tra essa e l'adottando si fosse creato "quel rapporto speciale di accudimento, quell'intenso legame affettivo e quella completa presa in carico del minore.....che giustificava pienamente l'accoglimento della domanda", pur nella concreta impossibilità di realizzare un affidamento preadottivo, strada preclusa dal concreto rischio di esporre il minore ad un trauma derivante dall'inserimento in un "diverso nucleo familiare".

La Corte d'Appello di Napoli, chiamata a decidere sul ricorso dei soccombenti, rigettava il ricorso confermando l'impugnata sentenza, condividendone l'orientamento e le conclusioni.

In effetti, disattesi i motivi d'appello e di in particolare quelli relativi ai vizi procedurali, la Corte rilevava come l'adozione in favore della adottante D.D. fosse stata pronunciata ai sensi dell'art. 44 della L.184/83 secondo cui è possibile adottare i minori anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7 e quando sia constatata l'impossibilità dell'affidamento preadottivo. In particolare la Corte d'Appello richiamava la sentenza n. 12962/16 della Cassazione<sup>22</sup> la quale chiariva come il presupposto

<sup>22</sup> "L'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), L. n. 184/83, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie, la Suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva di-

dell'adozione speciale o non legittimante fosse proprio la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere non solo di fatto ma anche di diritto, in quanto a differenza dell'adozione piena o legittimante, non presuppone uno stato di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura anche in presenza di altri figli dell'adottante<sup>23</sup>.

In riferimento agli altri motivi di gravame, la Corte affermava come in ordine alla differenza d'età massima tra adottante e adottando la normativa vigente in materia si limitasse a prevedere come l'età dell'adottante dovesse superare almeno di diciotto anni quella dell'adottando, mentre nulla è detto con riferimento al limite massimo di differenza d'età.

In ordine alla doglianza relativa alla mancanza di assenso all'adozione da parte dei genitori del minore, la Corte osservava, richiamando la Suprema Corte, come questo fosse rilevante solo se questi ultimi avessero avuto un concreto esercizio della responsabilità genitoriale derivante da un rapporto effettivo con il minore non rilevando qualora questi fossero solamente dei meri titolari della responsabilità stessa<sup>24</sup>.

In ultimo la Corte d'Appello di Napoli chiariva come l'adozione speciale prevista dall'art. 44 L.184/83 non richiedesse nessun particolare status all'adottante confermando di fatto la possibilità per single o coppie di fatto di poter accedere a questo particolare tipo di adozione se pur non legittimante<sup>25</sup>.

Questa impostazione è stata accolta e confermata dalla Suprema Corte nella sentenza in esame ove si rileva come, a differenza dell'adozione piena o legittimante, l'adozione speciale non presuppone necessariamente una situazione di abbandono potendosi disporre allorché venga accertato, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di quella continuità affettiva instauratasi con quello che rappresenta a tutti gli effetti un nuovo contesto familiare.

Lo strumento dell'adozione speciale si configura come un rimedio sottoposto ad un doppio binario di indagine preliminare: da un lato la verifica dell'impos-

sposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina, di circa sei anni di età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore).", Cass. civ. Sez. I, n.12962/16.

<sup>23</sup> Cit. art. 44 comma 2 e 3 L.184/83.

<sup>24</sup> "Ritiene il Collegio che per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 46, 2° comma, impedisce l'adozione particolare, debbano intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto effettivo con il minore.", Cass. civ. Sez. I, n.18576/15.

<sup>25</sup> Sul punto v. V. CARBONE, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo fra regole e aspirazioni*, in *Corriere Giur.*, 2011, 5, 597.

sibilità di procedere ad un affidamento preadottivo e dell'altro l'indagine sull'interesse del minore a vedere riconosciuta e tutelata la relazione affettiva instaurata con chi si se ne prende stabilmente cura<sup>26</sup>.

Il legame affettivo stabile, il pieno inserimento del minore nel nucleo familiare dell'adottante, posti a fondamento dell'adozione speciale, diventano così i parametri di valutazione della rilevanza ed efficacia preclusiva della mancanza di consenso dei genitori naturali del minore all'adozione speciale. Tale efficacia preclusiva viene riconosciuta solo quando questo proviene dal genitore che non sia il mero titolare della responsabilità genitoriale, ma ne abbia l'esercizio concreto, proprio in forza di un rapporto affettivo con il minore basato sulla convivenza, in ragione della centralità attribuita al rapporto genitore-figlio dalla nostra carta costituzionale<sup>27</sup>. La disaffezione nei confronti del minore, che nel caso di specie versa in un gravissimo stato di disabilità, l'allontanamento dello stesso dal nucleo familiare naturale, sono parametri sufficienti a valutare l'inidoneità dei genitori naturali ad essere i "responsabili" della crescita e della formazione del minore.

In conclusione è indubbio come la giurisprudenza di legittimità, e da qualche tempo a questa parte sempre più anche quella di merito, abbia il gravoso compito di supplire ai vuoti normativi causati da un legislatore disattento e troppo fortemente ideologizzato ed orientato.

Il vuoto dei diritti e degli strumenti di tutela dei nuovi contesti sociali è oramai un problema da affrontare con gli occhi scevri da condizionamenti di qualsiasi tipo e non più procrastinabile.

<sup>26</sup> Cfr. cit. Cass. 12962/16.

<sup>27</sup> "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.", art. 29 Cost.; "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.", art. 30 Cost.

Giuseppe Tais  
Avvocato

## Sul risarcimento del danno nello sfratto per finita locazione.

*Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 16 luglio 2019, n. 18946*

### abstract

*The Court of Cassation deals with the issue of the amount and the quantum debeat in relation to claims for compensation for delayed redelivery of the property.*

### keywords

*Art. 1591 of the civil code – delay in delivery – compensation for damage.*

### abstract

*La Corte di Cassazione affronta la questione dell'ammontare e del quantum debeat in relazione alle richieste di risarcimento per ritardata riconsegna dell'immobile.*

### parole chiave

*Art. 1591 c.c. – ritardo nella riconsegna – risarcimento del danno.*

### Ritardata riconsegna dell'immobile – art. 1591 c.c. – risarcimento del danno – onere della prova

Il semplice ritardo nella riconsegna dell'immobile locato legittima il proprietario al risarcimento del danno da occupazione abusiva normativamente previsto, mentre ogni ulteriore e differente danno, come ad esempio quello da danneggiamento dell'immobile o quello derivante dalla perdita di opportunità di nuove locazioni, deve essere adeguatamente e puntualmente provato dal locatore

Corte di Cassazione, Sezione III civile, 16 luglio 2019, n. 18946 - Pres. Graziosi, Rel. Iannello

(*Omissis*)

#### FATTI DI CAUSA

1. All'esito della fase di merito di procedimento per convalida di sfratto, per quanto ancora di esso interessa, in accoglimento delle domande proposte da O.S. e T. nei confronti di F.M., il Tribunale di Foggia, Sezione distaccata di Cerignola, ha dichiarato risolto per inadempimento di quest'ultima il contratto di locazione ad uso non abitativo intercorso tra le parti, condannando

l'intimata al rilascio dell'immobile e al pagamento del complessivo importo di Euro 27.554,12, oltre interessi, imputato in parte (Euro 14.667,18) a canoni scaduti e non pagati dall'1/1/2004 al 1/11/2009, in parte (Euro 12.886,94) a "mensilità figurative" dovute, in base al valore di mercato stimato dal c.t.u., per il periodo di protratta occupazione dell'immobile dal 1/12/2009 al 30/9/2011.

Ha invece dichiarato inammissibile l'estensione della domanda di risarcimento del danno per la protratta occupazione dell'immobile nei confronti dell'interveniente O.G., coniuge della F.

2. Con la sentenza in epigrafe la Corte d'appello di Bari in parziale accoglimento dell'appello interposto da F.M. ha limitato la somma dalla stessa dovuta al solo importo di Euro 14.667,18, escludendo la fondatezza della pretesa riferita dai locatori al periodo compreso tra il 1 dicembre 2009 (prima mensilità successiva all'intimazione di sfratto) e il 30 settembre 2011 (data di esecuzione del sequestro giudiziario ordinato in corso di causa): ciò in ragione della accertata insussistenza, ancora nel 2013 al momento del deposito della c.t.u., delle condizioni di agibilità, manutentive e impiantistiche, necessarie per la destinazione dell'immobile ad uso commerciale e, dunque, della impossibilità di ritenere provato il maggior danno ex art. 1591 c.c., costituendo, in detto contesto, il valore locativo indicato dal consulente tecnico d'ufficio, "parametro virtuale e non attuale".

Ha conseguentemente dichiarato assorbito il motivo dell'appello incidentale proposto dai predetti locatori, con il quale gli stessi avevano reiterato la domanda di condanna (anche) dell'interveniente O.G. al risarcimento dei danni conseguenti alla protratta occupazione dell'immobile nel periodo predetto.

3. Avverso tale decisione O.T. e S. propongono ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui resistono F.M. e O.G. depositando controricorso.

Gli altri intimati non svolgono difese nella presente sede.

I ricorrenti e i controricorrenti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e falsa applicazione degli artt. 1224, 1587 e 1591 c.c., nonché dell'art. 112 c.p.c., e, contestualmente, "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", in relazione al mancato riconoscimento della dovutezza del canone nel periodo successivo alla intimazione di sfratto fino all'esecuzione del sequestro (1/12/2009 - 30/9/2011).

Lamentano, in sintesi, che la Corte d'appello ha azzerato del tutto l'importo posto a carico della conduttrice con riferimento al periodo di protratta occupazione dell'immobile, incentrando tuttavia la sua valutazione solo sulla spettanza del maggior danno e così trascurando di considerare che, a prescindere dall'eventuale sussistenza di questo, ai sensi dell'art. 1591 c.c., il conduttore in mora quanto all'obbligo di restituire la cosa è comunque tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna (termine che, sostengono, andrebbe più correttamente individuato al 18/7/2013, data di deposito della sentenza di primo grado).

2. Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e falsa applicazione degli artt. 1590, 1591, 2697 e 2729 c.c., nonché dell'art. 115 c.p.c., e, contestualmente, "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", per avere la Corte d'appello ritenuto mancante la prova del maggior danno, sebbene proprio le precarie condizioni manutentive in cui è stato rilasciato l'immobile e l'entità dei lavori necessari per ricollocarlo sul mercato dovessero farne presumere il ritardo per tale ricollocazione, con conseguente perdita di chance in capo ad essi richiedenti.

Sostengono inoltre i ricorrenti che l'utilizzazione dell'immobile ad uso commerciale, da parte degli odierni resistenti, per oltre quarant'anni, la sua centralissima ubicazione e l'interesse di terzi, emerso dalle testimonianze acquisite, avrebbero dovuto giustificare il convincimento circa l'esistenza di più vantaggiose potenzialità di sfruttamento locativo.

Assumono ancora che il danno avrebbe dovuto considerarsi in re ipsa.

3. Con il terzo motivo i ricorrenti deducono, con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e falsa applicazione degli artt. 1219, 1587 e 1591 c.c., nonché dell'art. 112 c.p.c., e, contestualmente, "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", per avere la Corte d'appello ritenuto assorbita, dal rigetto della domanda nei confronti di F.M., la domanda di risarcimento del danno proposta anche nei confronti di O.G..

4. Con il quarto motivo i ricorrenti denunciano infine, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione o falsa applicazione degli artt. 91, 92, 283 e 351 c.p.c., in relazione alla operata compensazione per metà delle spese di primo e secondo grado nel rapporto con l'appellante principale F.M..

Lamentano che a tal fine la Corte territoriale ha omesso di considerare che in primo grado la predetta risultò totalmente soccombente, che l'appello dalla stessa proposto è risultato per tre quarti infondato ed era stata pure rigettata l'istanza di inibitoria dalla stessa proposta ai sensi dell'art. 351 c.p.c..

5. È fondato il primo motivo di ricorso, nei termini e nei limiti appresso precisati.

5.1. Ai sensi dell'art. 1591 c.c., "il conduttore in mora nella restituzione della cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno".

Secondo pacifica interpretazione, quella disciplinata dalla prima parte di detta norma è un'obbligazione risarcitoria da inadempimento contrattuale, normativamente determinata, salvo il risarcimento dell'eventuale maggior danno (previsto nell'ultimo inciso), da dimostrare in concreto (Cass. 07/02/2006, n. 2525; 24/05/2003, n. 8240; v. pure Cass. 07/06/1995, n. 6368; 27/10/1966, n. 2660).

L'art. 1591 c.c., assicura, in altre parole, al locatore danneggiato dalla ritardata restituzione, una liquidazione automatica del danno, incentrata sulla presunzione secondo cui esso deve essere almeno pari al canone precedentemente pagato. Trattasi di presunzione assoluta, che non ammette prova contraria, se non in senso più favorevole al locatore (Cass. n. 6368 del 1995; n. 2660 del 1966, citt.): il conduttore in mora non può eccepire che il danno subito dal locatore è inferiore alla misura del canone, ma deve continuare a versare quest'ultimo, quale corrispettivo di una prosecuzione – non voluta dal locatore – della relazione di godimento con la res non ancora restituita.

Il canone convenuto costituisce, quindi, solo il parametro di riferimento per la quantificazione del risarcimento minimo spettante; versando il relativo importo, il conduttore che continua ad occupare l'immobile dopo la cessazione del contratto non adempie l'obbligazione di "dare il corrispettivo nei termini convenuti" (ai sensi dell'art. 1587 c.c., n. 2), bensì risarcisce un danno da mora, così adempiendo un'obbligazione risarcitoria che si sostituisce a quella contrattuale di pagamento del canone (Cass. n. 2525 del 2006; n. 8240 del 2003, citt.) e che costituisce, pertanto, debito di valore (v. Cass. 03/10/2013, n. 22592; 10/03/2010, n. 5843, sia pure non con riferimento all'art. 1591 c.c.; in senso contrario, ma solo sulla specifica questione della natura del debito, ritenuto di valuta anziché di valore, ferma la sua funzione risarcitoria su fondamento contrattuale, Cass. 20/06/2017, n. 15146; 14/02/2006, n. 318).

5.2. Nel caso di specie i suesposti principi non sono stati tenuti presenti dal giudice a quo; segnatamente risulta del tutto obliterata la distinzione, come visto netta e pacifica nella giurisprudenza di questa Corte, tra primo e secondo periodo dell'art. 1591 c.c., comma 1.

La Corte infatti, verosimilmente a ciò indotta anche, come subito appresso sarà detto, dai termini usati nella sentenza di primo grado ("mensilità figurative"), ha motivato esclusivamente sugli oneri probatori da osservarsi da parte del locatore per il riconoscimento del "maggior danno" ex art. 1591 c.c., comma 1, ultimo inciso, trascurando tuttavia di considerare il diritto del locatore ad ottenere comunque, ai sensi della prima parte della medesima disposizione, il riconoscimento di un danno (per così dire "minimo"), presunto iuris et de iure e parametrato ai canoni dovuti in costanza di rapporto.

Al riguardo però il ricorso consente di rilevare, alla stregua di una esposizione sufficientemente rispettosa degli oneri di specificità e autosufficienza imposti dall'art. 366 c.p.c., n. 6, riscontrata dalla lettura degli atti richiamati e prodotti, che:

- a) nella sentenza di primo grado (v. par. 7, pag. 11) l'importo di Euro 14.667,18 venne liquidato a titolo di canoni scaduti e non pagati fino al momento della anticipata cessazione del rapporto per effetto della intimazione di sfratto, cioè per prestazioni contrattuali maturate a carico della conduttrice quando era ancora vigente il contratto, non a titolo di risarcimento per mancata restituzione (il credito in tale misura riconosciuto non era dunque in nulla riferibile alla previsione di cui all'art. 1591 c.c., comma 1);
- b) per il periodo successivo il tribunale liquidò (v. par. 8, pag. 12 della sentenza medesima) il risarcimento del danno da protratta occupazione (questo sì dunque riconducibile alla previsione di cui all'art. 1591 c.c., comma 1) quantificandolo nell'ammontare di Euro 12.886,94, pari all'importo (Euro 585,77) del canone mensile ottenibile in astratto dall'immobile, quale stimato dal c.t.u. in base a valori di mercato (valore locativo), moltiplicato per n. 22 mensilità comprese tra la predetta cessazione del rapporto (1/12/2009) e l'attuazione del sequestro giudiziario ordinato in corso di causa (30/9/2011).

Il tribunale adottò sul punto una motivazione certamente distante dai principi sopra richiamati (e sui quali ancora appresso si tornerà nell'esame del secondo motivo), facendo erroneo riferimento a un danno figurativo o in re ipsa, derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile; quel che però qui importa rilevare è che l'importo mensile (Euro 585,77), e quello complessivo finale (Euro 12.886,94) liquidati dal tribunale, non si aggiungono ad altri importi (mensile e complessivo) per così dire "base", liquidati per il periodo predetto in misura corrispondente al canone

in precedenza corrisposto, ai sensi della prima parte dell'art. 1591 c.c., comma 1; essi piuttosto sono omnicomprendivi e comprendono pertanto, come il più comprende il meno, il minor importo, pari a (Euro 206,58 al mese x 22 mensilità =) Euro 4.544,76, che avrebbe comunque dovuto riconoscersi ai locatori in base a detta norma (quale danno minimo, presunto iuris et de iure).

È evidente pertanto che la Corte d'appello, negando la spettanza di detto importo per intero (e ciò motivando esclusivamente con l'impossibilità di riconoscere nella specie un "maggior danno") è incorsa nel denunciato error iuris (per violazione dell'art. 1591 c.c.), apprezzabile per aver utilizzato argomenti (impossibilità di configurare un concreto sfruttamento locativo successivamente alla cessazione del rapporto) che, se valgono effettivamente a escludere la spettanza del "maggior danno" e, dunque, della differenza tra Euro 12.886,94 ed Euro 4.544,76, non valgono invece ad escludere la spettanza di quest'ultimo importo, ossia del risarcimento minimo del danno presunto iuris et de iure, rapportato al canone mensile in precedenza dovuto.

5.3. Nè può sostenersi – con i controricorrenti (v. pagg. 8-9 del controricorso) – che, affinché la Corte potesse operare un tale distinguo, sarebbe stata necessaria la proposizione, da parte dei locatori/appellati, di pertinente motivo, sul punto, di appello incidentale, ancorché condizionato.

5.3.1. Il tema del risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligo di restituzione dell'immobile era stato infatti interamente devoluto al giudice di secondo grado per effetto dell'appello principale della conduttrice che, oltre a riproporre eccezione processuale di inammissibilità della relativa domanda perché nuova, ne aveva contestato nel merito la dovutezza in ragione (si legge nella sentenza qui impugnata) della "inidoneità dell'immobile ad essere adibito a locazione".

Con tale doglianza la Corte d'appello era dunque investita della questione relativa alla fondatezza della domanda di risarcimento del danno nella sua interezza, non potendo alla sua valutazione sul piano del diritto derivare alcun vincolo.. né dalla qualificazione datane dal primo giudice, né dalle ragioni dedotte dall'appellante.

È noto infatti che, per costante indirizzo della giurisprudenza di questa Corte, il giudice d'appello ha il potere di attribuire al rapporto in contestazione una qualificazione giuridica diversa da quella emergente dalla sentenza di primo grado o prospettata dalle parti, avendo egli il potere-dovere di inquadrare nell'esatta disciplina giuridica gli atti e i fatti che formano oggetto della controversia, anche in mancanza di una specifica impugnazione e indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, purché nell'ambito delle questioni riproposte col gravame e con il limite di lasciare inal-



terati il *petitum* e la causa *petendi* e di non introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto (cfr. ex plurimis Cass. 31/07/2015, n. 16213; 03/04/2009, n. 8142; 23/02/2006, n. 4008; 11/09/2007, n. 19090).

Né, in proposito, può dubitarsi che, nella specie, il contenuto della domanda sottoposto al nuovo vaglio del giudice d'appello per effetto del gravame proposto dall'appellante principale fosse tale – per causa *petendi* e *petitum* – da consentire e anzi richiedere un vaglio della Corte d'appello anche sotto il profilo in considerazione.

L'art. 1591 c.c., comma 1, prevede un solo obbligo risarcitorio, identico e non mutevole quanto a presupposti e fondamento giuridico (risarcimento danni da responsabilità contrattuale). Diverso è solo il regime probatorio: per una parte minima (pari al canone) il danno, come s'è ripetuto, è presunto *iuris et de iure*; per la parte eventualmente eccedente (maggior danno) va concretamente provato e non può ritenersi *in re ipsa*.

Con l'appello principale la conduttrice tendeva a negare in radice la spettanza di ogni obbligo risarcitorio; indipendentemente dalle argomentazioni a tal fine proposte (come s'è detto valide e pertinenti solo in parte, in quanto riferite al maggior danno), la “questione” con esso proposta investiva pertanto, come detto, per intero la domanda di risarcimento danni e per ciò stesso interpellava il potere-dovere del giudice d'appello di valutarne in diritto la fondatezza, eventualmente anche solo parziale, sulla base degli elementi di fatto ritualmente acquisiti, senza come detto essere vincolato alle argomentazioni del primo giudice o delle parti.

5.3.2. Per converso nessun interesse potevano avere i locatori a proporre appello incidentale sul punto (il quale dunque, se fosse stato proposto, avrebbe dovuto considerarsi inammissibile); nè vi era spazio per un appello incidentale condizionato, non essendo per quanto detto distinguibile all'interno del descritto tema di lite una “questione” per la quale i locatori erano rimasti soccombenti, diversa da quella per la quale erano invece risultati vittoriosi nell'esito finale della lite.

La questione esaminata era invero, come detto, unica e identica nel suo fondamento e presupposti: risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione dell'immobile locato; a cambiare era solo il regime di prova di detti presupposti, ossia dei danni; l'attenzione a tale mutevole regime di prova (per una parte di danno minimo risolvendosi in una presunzione assoluta, per la parte eventualmente eccedente richiedendo esso invece una prova positiva) pertineva all'attività qualificatoria in diritto della domanda, e come tale era attribuita al giudice indipendentemente dalle argomentazioni delle parti e non costituiva “questione” autonoma e diversa soggetta alle preclusioni proprie della disciplina delle impugnazioni.

In tale contesto ad escludere dunque la possibilità/necessità di un appello incidentale, ancorché condizio-

nato, è dirimente il rilievo che, nella specie, i locatori si erano visti accolta, per il periodo in questione, in massima misura la domanda di risarcimento del danno ex art. 1591 c.c., comma 1, risultando pertanto sul punto vittoriosi e in nessuna misura soccombenti, non potendo costituire idonea ragione di gravame il rilievo che, a giustificazione di tale esito pienamente favorevole, il tribunale avesse adottato una ragione giuridicamente erronea.

Nè può attribuirsi conseguenza processuale di sorta al fatto che, nel costituirsi nel giudizio di appello, essi non abbiano (per quanto risulta) contrapposto al gravame della conduttrice il rilievo della inconducenza delle argomentazioni proposte con riferimento al risarcimento (minimo) del danno presunto.

Trattandosi infatti di mera difesa, per ragioni di diritto, la sua mancata proposizione non impediva al giudice d'appello di operare ex se detto rilievo, nell'esercizio, come detto, del suo potere-dovere di autonoma qualificazione della domanda.

5.4. Mette conto sul punto soggiungere infine che l'obbligo risarcitorio deve essere parametrato con limitato riferimento al periodo intercorrente dal 1/11/2009 (prima mensilità successiva all'intimazione di sfratto, momento che segna la scadenza anticipata del contratto per effetto della sua risoluzione per inadempimento) al 30/9/2011 (data di esecuzione del sequestro giudiziario ordinato in corso di causa), e non, come incidentalmente sostenuto in ricorso, al 18/7/2013 (data di deposito della sentenza di primo grado).

Ciò per una duplice ragione:

- anzitutto perché a tale periodo era correlato il risarcimento, da protratta occupazione dell'immobile, riconosciuto in primo grado, e non risulta nemmeno dedotto che una sua diversa parametrizzazione temporale fosse stata richiesta in grado d'appello degli appellanti incidentali, odierni ricorrenti;
- in ogni caso perché, come precisato dalla già richiamata giurisprudenza, vertendosi in tema di risarcimento del danno, ed essendo il risarcimento correlato al danno effettivamente subito, l'importo dovuto dall'occupante, non più a titolo di canone, ma di risarcimento per la protratta occupazione, deve essere correlato al periodo di effettiva occupazione: effettiva occupazione che deve certamente ritenersi venuta meno per effetto del disposto sequestro in corso di causa, il quale evidentemente ha proprio lo scopo di sottrarre la disponibilità e il godimento del bene a quello dei contendenti che lo occupava per affidarlo in custodia a terzo nell'interesse e a vantaggio della parte che all'esito del giudizio risulterà averne diritto.

6. Il secondo motivo prospetta diverse censure, che vanno distintamente scrutinate.

6.1. Occorre invero anzitutto notare che nell'intestazione del motivo, evidenziata in grassetto alle pagg.

14-15 del ricorso, lo stesso sembra far riferimento ad un danno determinato dalle precarie condizioni in cui è stato restituito l'immobile e dal ritardo per una sua utile ricollocazione sul mercato pari al tempo occorrente per l'esecuzione dei lavori a tal fine necessari.

Per tale parte il motivo è inammissibile.

Quello ivi considerato, infatti, è un danno diverso da quello ad oggetto della sola domanda che risulta trattata sia nel primo che nel secondo grado di giudizio, rappresentato dalla protratta occupazione dell'immobile nel periodo compreso tra la scadenza del contratto, conseguente alla sua risoluzione, e l'effettivo rilascio del bene.

Sul punto (ossia sulla omessa considerazione di un tale diverso pregiudizio) non risulta proposto motivo di gravame, nè tantomeno in questa sede censura di omessa pronuncia, con i richiesti requisiti di specificità ex art. 366 c.p.c., n. 6.

6.2. Nella parte in cui poi, nella restante diffusa parte illustrativa, sembra ritornare sui binari segnati dal tema trattato in giudizio (maggiore danno ex art. 1591 c.c.), il motivo si appalesa in parte infondato, in altra parte inammissibile.

6.2.1. Una prima disamina va dedicata, in ordine logico, all'assunto (espresso al termine del paragrafo, pag. 18 del ricorso, primi due periodi) secondo cui sarebbe al riguardo predicabile l'esistenza di un (maggiore) danno in re ipsa, in consonanza alla giurisprudenza che tale concetto utilizza con riferimento al danno subito dal proprietario per l'occupazione sine titolo del proprio immobile da parte di terzi.

Al riguardo è sufficiente rilevare che l'evocata giurisprudenza (peraltro di recente sottoposta ad attenta rivisitazione critica: v. Cass. 25/05/2018, n. 13071; 04/12/2018, n. 31233; cui adde Cass. 24/04/2019, n. 11203) fa riferimento a casi diversi da quelli del danno da inadempimento dell'obbligo di restituire la cosa locata ex art. 1591 c.c., per il quale annoso e pacifico indirizzo, altrove peraltro richiamato dagli stessi ricorrenti, ha sempre costantemente affermato che tale maggior danno deve essere concretamente provato dal locatore, richiedendosi la specifica prova dell'esistenza del danno medesimo, in rapporto alle condizioni dell'immobile, alla sua ubicazione e alle possibilità di nuova sua utilizzazione, nonché all'esistenza di soggetti seriamente disposti ad assicurarsene il godimento dietro corrispettivo, dalle quali emerga il verificarsi di un'effettiva lesione del patrimonio (Cass. 12/12/2008, n. 29202; 16/09/2008, n. 23720).

6.2.2. Il motivo è poi inammissibile nella restante parte, là dove deduce violazione delle regole in tema di presunzioni semplici o degli artt. 115 e 116 c.p.c. ovvero, ancora, vizio di motivazione.

In particolare, la critica al ragionamento presuntivo seguito dalla Corte di merito, sotto il profilo della dedotta violazione dell'art. 2729 c.c., non rispetta i criteri e i requisiti al riguardo indicati di recente, sulla

falsariga di giurisprudenza precedente, da Cass. Sez. U. 24/01/2018, n. 1785 nei termini seguenti:

“la denuncia di violazione o di falsa applicazione della norma di diritto di cui all'art. 2729 c.c., si può prospettare (come altrove venne sostenuto: Cass. n. 17457 del 2007; successivamente. Cass. n. 17535 del 2008; di recente: Cass. n. 19485 del 2017) sotto i seguenti aspetti:

“aa) il giudice di merito (ma è caso scolastico) contraddice il disposto dell'art. 2729 c.c., comma 1, affermando (e, quindi, facendone poi concreta applicazione) che un ragionamento presuntivo può basarsi anche su presunzioni (*rectius*: fatti), che non siano gravi, precise e concordanti: questo è un errore di diretta violazione della norma;

“bb) il giudice di merito fonda la presunzione su un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota, così sussumendo sotto la norma dell'art. 2729 c.c., fatti privi di quelle caratteristiche e, quindi, incorrendo in una sua falsa applicazione, giacché dichiara di applicarla assumendola esattamente nel suo contenuto astratto, ma lo fa con riguardo ad una fattispecie concreta che non si presta ad essere ricondotta sotto tale contenuto, cioè sotto la specie della gravità, precisione e concordanza.

“Con riferimento a tale secondo profilo, si rileva che, com'è noto, la gravità allude ad un concetto logico, generale o speciale (cioè rispondente a principi di logica in genere oppure a principi di una qualche logica particolare, per esempio di natura scientifica o propria di una qualche *lex artis*), che esprime nient'altro – almeno secondo l'opinione preferibile – che la presunzione si deve fondare su un ragionamento probabilistico, per cui dato un fatto A noto è probabile che si sia verificato il fatto B (non è condivisibile, invece, l'idea che vorrebbe sotteso alla “gravità” che l'inferenza presuntiva sia “certa”).

“La precisione esprime l'idea che l'inferenza probabilistica conduca alla conoscenza del fatto ignoto con un grado di probabilità che si indirizzi solo verso il fatto B e non lasci spazio, sempre al livello della probabilità, ad un indirizzarsi in senso diverso, cioè anche verso un altro o altri fatti.

“La concordanza esprime – almeno secondo l'opinione preferibile – un requisito del ragionamento presuntivo (cioè di una applicazione “non falsa” dell'art. 2729 c.c.), che non lo concerne in modo assoluto, cioè di per sè considerato, come invece gli altri due elementi, bensì in modo relativo, cioè nel quadro della possibile sussistenza di altri elementi probatori considerati, volendo esprimere l'idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori, che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi.

“Ebbene, quando il giudice di merito sussume er-

roneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione fatti concreti accertati che non sono invece rispondenti a quei caratteri, si deve senz'altro ritenere che il suo ragionamento sia censurabile alla stregua dell'art. 360 c.p.c., n. 3, e compete, dunque, alla Corte di cassazione controllare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di proclamazione astratta dal giudice di merito, lo sia stata anche a livello di applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta.

“Essa può, pertanto, essere investita ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 dell'errore in cui il giudice di merito sia incorso nel considerare grave una presunzione (cioè un'inferenza) che non lo sia o sotto un profilo logico generale o sotto il particolare profilo logico (interno ad una certa disciplina) entro il quale essa si collochi. La stessa cosa dicasi per il controllo della precisione e per quello della concordanza.

“In base alle considerazioni svolte la deduzione del vizio di falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., comma 1, suppone allora un'attività argomentativa che si deve estrinsecare nella puntuale indicazione, enunciazione e spiegazione che il ragionamento presuntivo compiuto dal giudice di merito - assunto, però, come tale e, quindi, in facto per come è stato enunciato - risulti irrispettoso del paradigma della gravità, o di quello della precisione o di quello della concordanza.

“Occorre, dunque, una preliminare attività di individuazione del ragionamento asseritamente irrispettoso di uno o di tutti tali paradigmi compiuto dal giudice di merito e, quindi, è su di esso che la critica di c.d. falsa applicazione si deve innestare ed essa postula l'evidenziare in modo chiaro che quel ragionamento è stato erroneamente sussunto sotto uno o sotto tutti quei paradigmi.

“Di contro la critica al ragionamento presuntivo svolto da giudice di merito sfugge al concetto di falsa applicazione quando invece si concreta o in un'attività diretta ad evidenziare soltanto che le circostanze fattuali in relazione alle quali il ragionamento presuntivo è stato enunciato dal giudice di merito, avrebbero dovuto essere ricostruite in altro modo (sicché il giudice di merito è partito in definitiva da un presupposto fattuale erroneo nell'applicare il ragionamento presuntivo), o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica semplicemente diversa da quella che si dice applicata dal giudice di merito, senza spiegare e dimostrare perché quella da costui applicata abbia esorbitato dai paradigmi dell'art. 2729, comma 1 (e ciò tanto se questa prospettazione sia basata sulle stesse circostanze fattuali su cui si è basato il giudice di merito, quanto se basata altresì su altre circostanze fattuali).

“In questi casi la critica si risolve in realtà in un diverso apprezzamento della ricostruzione della quaestio facti e, in definitiva, nella prospettazione di una diversa ricostruzione della stessa quaestio e ci si pone

su un terreno che non è quello dell'art. 360 c.p.c., n. 3, (falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., comma 1), ma è quello che sollecita un controllo sulla motivazione del giudice relativa alla ricostruzione della quaestio facti.

“Terreno che, come le Sezioni Unite (Cass. Sez. U. nn. 8053 e 8054 del 2014) hanno avuto modo di precisare, vigente il nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c., è percorribile solo qualora si denunci che il giudice di merito ha ommesso l'esame di un fatto principale o secondario, che avrebbe avuto carattere decisivo per una diversa individuazione del modo di essere della detta quaestio ai fini della decisione, occorrendo, peraltro, che tale fatto venga indicato in modo chiaro e non potendo esso individuarsi solo nell'omessa valutazione di una risultanza istruttoria”.

Ebbene, nella specie, l'illustrazione del motivo non prospetta la falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., comma 1, nei termini su indicati, ma si risolve talora solo nella prospettazione di pretese inferenze probabilistiche diverse sulla base della evocazione di emergenze istruttorie e talora nella prospettazione di una diversa ricostruzione delle quaestiones facti ripercorse in relazione agli elementi acquisiti e già diversamente valutati dal giudice di merito.

Ne segue che il motivo non presenta le caratteristiche della denuncia di un vizio di falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., comma 1, ma si risolve nella sollecitazione di una nuova lettura delle risultanze processuali in termini, peraltro, chiaramente eccedenti il paradigma censorio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (posto che chiaramente il fatto storico di cui si discute risulta esaminato dal giudice di merito e così anche le prove testimoniali delle quali in sostanza si auspica in ricorso solo una diversa e più favorevole valutazione).

Esso peraltro non si confronta con la precipua ratio decidendi sul punto spesa in sentenza, rappresentata, come detto, dalla accertata insussistenza, ancora nel 2013 al momento del deposito della c.t.u., delle condizioni di agibilità, manutentive e impiantistiche, necessarie per la destinazione dell'immobile ad uso commerciale.

6.2.3. Allo stesso modo anche la censura di violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., è priva di fondamento, in quanto non risulta articolata nel modo in cui le Sezioni Unite l'hanno detto deducibile: “per dedurre la violazione del paradigma dell'art. 115 è necessario denunciare che il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti, cioè abbia giudicato in contraddizione con la prescrizione della norma, il che significa che per realizzare la violazione deve avere giudicato o contraddicendo espressamente la regola di cui alla norma, cioè dichiarando di non doverla osservare, o contraddicendola implicitamente, cioè giudicando sulla base di prove non introdotte dalle parti e disposte invece di sua iniziativa al di fuori dei casi in cui gli sia riconosciuto un potere officioso di



disposizione del mezzo probatorio (fermo restando il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio, previsti dallo stesso art. 115 c.p.c.), mentre detta violazione non si può ravvisare nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dal paradigma dell'art. 116 c.p.c., che non a caso è rubricato alla valutazione delle prove" (Cass. Sez. U. 05/08/2016, n. 16598; Cass. 10/06/2016, n. 11892; Cass. 20/10/2016, n. 21238).

Devesi altresì ricordare che "se spetta indubbiamente alle parti proporre i mezzi di prova che esse ritengono più idonei ed utili, e se il giudice non può fondare la propria decisione che sulle prove dalle parti stesse proposte (e su quelle eventualmente ammissibili d'ufficio), rientra però nei compiti propri del giudice stesso stabilire quale dei mezzi offerti sia, nel caso concreto, più funzionalmente pertinente allo scopo di concludere l'indagine sollecitata dalle parti, ed è perciò suo potere, senza che si determini alcuna violazione del principio della disponibilità delle prove, portato dall'art. 115 c.p.c., ammettere esclusivamente le prove che ritenga, motivatamente, rilevanti ed influenti al fine del giudizio richiestogli e negare (o rifiutarne l'assunzione se già ammesse: v. art. 209 c.p.c.) le altre (fatta eccezione per il giuramento) che reputi del tutto superflue e defatigatorie" (Cass. n. 11892 del 2016; Cass. n. 21238 del 2016; Cass. n. 2141 del 1970).

6.2.4. Del tutto generica e priva di alcuna spiegazione è infine l'indicazione, tra le norme asseritamente violate, dell'art. 2697 c.c..

È appena il caso in proposito di rammentare che, secondo Cass. Sez. U. 05/08/2016, n. 16598 (principio affermato in motivazione, pag. 33, p. 14) "la violazione dell'art. 2697 c.c., si configura se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'onere probandi a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni"; v. anche Cass. n. 23594 del 2017, cit.; Cass. 17/06/2013, n. 15107).

Nella specie, come detto, la contestazione, meramente oppositiva, attiene piuttosto al merito della valutazione operata circa l'assolvimento di tale onere e come tale impinge nel diverso piano della sufficienza e della intrinseca coerenza della motivazione adottata, non certo in quello del rispetto delle regole di riparto dell'onere probatorio.

7. All'accoglimento del primo motivo, nei termini sopra esposti, consegue l'accoglimento del terzo e l'assorbimento del quarto.

In virtù delle considerazioni che precedono viene infatti meno l'unica ragione per la quale il giudice d'appello ha ritenuto di non dover procedere all'esame

della domanda di condanna, al risarcimento del danno da protratta occupazione, nei confronti di O.G..

La sentenza impugnata deve dunque essere cassata in relazione ai motivi accolti e la causa rinviata al giudice a quo.

Avuto riguardo alla peculiarità della questione trattata e ai profili di carattere processuale per certi aspetti inediti affrontati nell'esame del primo motivo, si ravvisano i presupposti per l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*Nota a sentenza*

## sommario

1. La vicenda. – 2. L'art. 1591 c.c. e risarcimento del danno. – 3. La pronuncia della Corte di Cassazione.

### 1. La vicenda

L'annotata sentenza ha avuto origine da una sentenza del Tribunale di Foggia, Sezione distaccata di Cerignola, che, all'esito della fase di merito di procedimento per convalida di sfratto, in accoglimento delle domande proposte dagli intimanti, ha dichiarato risolto per inadempimento il contratto di locazione ad uso non abitativo intercorso tra le parti, condannando l'intimata al rilascio dell'immobile e al pagamento del complessivo importo di euro 27.554,12, oltre interessi, imputato in parte (euro 14.667,18) a canoni scaduti e non pagati dall'1/1/2004 al 1/11/2009, in parte (euro 12.886,94) a «mensilità figurative» dovute, in base al valore di mercato stimato dal c.t.u., per il periodo di protratta occupazione dell'immobile dal 1/12/2009 al 30/9/2011. Su ricorso in appello della soccombente, la Corte d'appello di Bari, ha limitato la somma dalla stessa dovuta al solo importo di euro 14.667,18, escludendo la fondatezza della pretesa riferita dai locatori al periodo successivo all'intimazione di sfratto e il 30 settembre 2011 (data di esecuzione del sequestro giudiziario ordinato in corso di causa). La Corte d'Appello ha fondato la propria decisione sull'accertata insussistenza delle condizioni di agibilità, manutentive e impiantistiche, necessarie per la destinazione dell'immobile ad uso commerciale e, dunque, della impossibilità di ritenere provato il maggior danno ex art. 1591 cod. civ., costituendo, in detto contesto, il valore locativo indicato dal consulente tecnico d'ufficio, un parametro virtuale e non attuale.

Avverso tale decisione i locatori hanno proposto ricorso per cassazione articolando quattro motivi. In particolare, con il primo motivo veniva dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 1224, 1587 e 1591 cod. civ., nonché dell'art. 112 cod. proc. civ. e, contestualmente, «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», in relazione al mancato riconoscimento

della dovutezza del canone nel periodo successivo alla intimazione di sfratto fino all'esecuzione del sequestro (1/12/2009 – 30/9/2011).

## 2. L'art. 1591 c.c. e risarcimento del danno

L'art. 1591 c.c. recita «Il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno». Ratio della norma, nel prevedere che il conduttore che non restituisce l'immobile è tenuto a pagare il corrispettivo convenuto sino alla effettiva riconsegna, è quella di stabilire in anticipo una somma da versare a titolo di danno al fine di evitare che nascano giudizi finalizzati solo allo scopo di quantificarlo. Fermo restando detto obbligo, è sempre facoltà del locatore richiedere l'ulteriore danno che ritiene di aver subito per non aver riottenuto il possesso dell'immobile.

Per pacifica giurisprudenza, in tema di responsabilità del conduttore per il ritardato rilascio di immobile locato, il maggior danno di cui all'art. 1591 deve essere provato in concreto dal locatore secondo le regole ordinarie, e, quindi, anche mediante presunzioni, tenendo presente che la carenza di specifiche proposte di locazione relative all'immobile è obiettivamente giustificabile proprio alla luce della persistente occupazione del bene da parte del conduttore successivamente alla scadenza del rapporto<sup>1</sup>.

Pertanto, per la configurabilità del maggior danno da ritardo nella restituzione del bene locato, ex art. 1591, debbono essere provate la situazione di mora del conduttore, il maggior danno subito dal locatore (prova che deve essere fornita secondo le regole ordinarie e, quindi, allegando e documentando più vantaggiose proposte di locazione o concrete possibilità di vendita dell'immobile occupato o anche mediante presunzioni) e deve essere dimostrata l'esistenza del nesso di causalità tra il ritardo nella riconsegna e la perdita della proposta vantaggiosa<sup>2</sup>.

Si è comunque osservato che nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali, disciplinate dagli artt. 27 e 34, della l. n. 392 del 1978 (e, in regime transitorio, dagli artt. 68, 71 e 73 della stessa legge), il conduttore che, alla scadenza del contratto, rifiuta la restituzione dell'immobile, in attesa che il locatore gli corrisponda la dovuta indennità di avviamento, è esonerato solo dal risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c., restando comunque obbligato al pagamento del corrispettivo convenuto per la locazione, salvo che offra al locatore, con le modalità dell'offerta reale formale ex artt. 1216, comma 2, e 1209, la riconsegna del bene condizionandola al pagamento dell'indennità di avviamento medesima, atteso il forte legame strumentale che lega le due prestazioni<sup>3</sup>.

Tra i danni risarcibili richiedibili dal proprietario dell'immobile, vi è anche il mancato guadagno, se e in quanto esso costituisca conseguenza immediata e diretta, ex art. 1223, dell'evento risolutivo. Tale pregiudizio si può individuare nell'incremento patrimoniale netto che la parte non inadempiente avrebbe conseguito mediante la realizzazione del contratto e che non ha potuto conseguire per la inadempienza dell'altra parte<sup>4</sup>. Si tratta di un danno potenziale e futuro, la cui concreta risarcibilità postula l'effettività della lesione dell'interesse del creditore all'esecuzione del contratto; il che comporta – nel caso di risoluzione della locazione per inadempimento dell'obbligazione di pagamento dei canoni da parte del conduttore – che la mancata percezione di un canone mensile, nel periodo successivo al rilascio per effetto della pronuncia risolutiva, sia dipesa da causa diversa dalla volontà del locatore di non locare nuovamente l'immobile riservandosene la disponibilità materiale.

Costituisce poi indagine di merito da farsi caso per caso e non sindacabile se non sotto il profilo del vizio di motivazione, la verifica nel caso concreto dell'ammontare del danno effettivamente subito dal locatore, per accertare se esso sia pari ai canoni non percepiti fino al reperimento di un nuovo conduttore e poi, da quel momento e fino alla scadenza naturale del contratto risolto, pari alla differenza tra i due canoni se esistente. All'interno di tale indagine potrà poi trovare spazio l'accertamento se il ritardo nel trovare un nuovo conduttore o il reperimento di esso ma a condizioni contrattuali a lui meno favorevoli sia in tutto o in parte addebitabile all'inerzia o ad altro atteggiamento del locatore (ad esempio una esasperata selettività nel vagliare gli aspiranti conduttori) che possa ritenersi in contrasto con l'art. 1227 comma 2<sup>5</sup>.

Nella giurisprudenza, in realtà, non è mancata – anche se minoritaria – la tesi secondo la quale in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, non configura di per sé un danno da perdita subita, né un danno da mancato guadagno, non ravvisandosi in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore-locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento<sup>6</sup>.

## 3. La pronuncia della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione, mediante l'annotata sentenza, ha ritenuto i motivi fondati e ha accolto il ricorso. Innanzitutto la Suprema Corte ha osservato

<sup>1</sup> Cass. civile sez. III, 31/01/2012, n. 1372.

<sup>2</sup> Cass. civile sez. III, 22/10/2014, n. 22352.

<sup>3</sup> Cass. civile sez. III, 20/01/2016, n. 890.

<sup>4</sup> Cass. civile sez. III, 14/01/2014, n. 530.

<sup>5</sup> Cass. civile sez. III, 13/02/2015, n. 2865.

<sup>6</sup> Cass. civile sez. VI, 10/12/2013, n. 27614.

che, secondo pacifica interpretazione, la prima parte dell'art. 1591 c.c. prevede un'obbligazione risarcitoria da inadempimento contrattuale "normativamente determinata", salvo il risarcimento dell'eventuale maggior danno (previsto nell'ultimo inciso), da dimostrare in concreto. L'art. 1591 c.c. assicura, pertanto, al locatore danneggiato dalla ritardata restituzione, una liquidazione automatica del danno, incentrata sulla presunzione secondo cui esso deve essere almeno pari al canone precedentemente pagato.

Trattasi di presunzione assoluta, che non ammette prova contraria, se non in senso più favorevole al locatore. In definitiva, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello, il conduttore in mora non può eccepire che il danno subito dal locatore è inferiore alla misura del canone, ma deve continuare a versare quest'ultimo, quale corrispettivo di una prosecuzione – non voluta dal locatore – della relazione di godimento con la res non ancora restituita. Il canone convenuto costituisce, quindi, solo il parametro di riferimento per la quantificazione del risarcimento minimo spettante.

Versando il relativo importo, il conduttore che continua ad occupare l'immobile dopo la cessazione del contratto non adempie all'obbligazione di «dare il corrispettivo nei termini convenuti» (ai sensi dell'art. 1587, n. 2, cod. civ.), bensì risarcisce un danno da mora, così adempiendo un'obbligazione risarcitoria che si sostituisce a quella contrattuale di pagamento del canone e che costituisce, pertanto, debito di valore.

## Sulla validità di un contratto di assicurazione con clausola *claims made* con retroattività limitata.

*Nota a Tribunale di Napoli, Sezione ottava civile, 21 novembre 2019, n. 10429*

### abstract

*The Court of Naples confirms that the claims made clause is valid and typical, while any invalidity must be proven by the insured.*

### keywords

*Clause claims made – Valid and typical – Proof to the contrary – Burden of the insured.*

### abstract

*Il Tribunale di Napoli conferma che la clausola claims made è valida e tipica, mentre l'eventuale invalidità deve essere provata dall'assicurato.*

### parole chiave

*Clausola claims made – Validità e tipicità – Prova contraria – Onere dell'assicurato.*

**Spetta all'assicurato che eccepisca l'invalidità della clausola claims made allegare e provare lo squilibrio dell'assetto sinallagmatico del contratto creato da tale pattuizione nonché gli elementi sintomatici di carenza, in concreto, della causa della operazione economica posta in essere.**

Tribunale di Napoli, Sezione ottava civile,  
21 novembre 2019, n. 10429 - G.U. Francesco Pastore

(*Omissis*)

### FATTO

Con citazione notificata in data 11.2.2013 G.... G.... chiede la condanna di A.O.R.N. .... al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza dell'errato trattamento sanitario eseguito presso la struttura sanitaria convenuta nel febbraio 2003.

In particolare, il G....., premesso di essersi ricoverato in data 19.2.2003, presso l'Azienda Ospedaliera M. di Napoli, per essere sottoposto ad intervento di

TEA carotidea, lamentava che l'intervento non fu eseguito perché, non essendo stato debitamente informato sulle controindicazioni all'intervento, si era bagnato le labbra con acqua. Per tale motivo, veniva dimesso il giorno 20, in vista di un successivo ricovero per il successivo 27 febbraio, al fine di essere operato il 28. E tuttavia, questo intervento veniva rinviato a data da destinarsi, per motivi tecnici legati al sovraffollamento della rianimazione.

Ciò premesso, l'attore aggiungeva che in data 1.3.2003 si ricoverava presso l'ospedale Cardarelli di Napoli, a seguito di un episodio lipotimico, riconducibile al ritardato intervento di TEA. Per tale motivo, il 28 marzo veniva sottoposto ad intervento chirurgico di PTA/stenting dell'arteria carotide interna destra.

A.O.R.N..... chiede il rigetto della domanda.

In subordine, chiede:

- di essere garantito da A....., in virtù di polizza assicurativa con esso stipulata.

A..... contesta la domanda di garanzia e la domanda principale.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

#### *La responsabilità*

Nella relazione depositata in data 10.7.2017 i CTU dott.ri Patrizio Rossi e Innocenzo Bertoldi hanno riferito:

1) G.... G...., paziente 54enne all'epoca dei fatti che qui interessano, a seguito di un controllo elettivo vedeva riscontrare una patologia aterosclerotica a carico dell'arterie carotidi interne con stenosi del lume in misura del 55% a destra e del 90% a sinistra, quest'ultima definita emodinamicamente significativa. L'inquadramento è corretto. Dai dati emersi, sulla base delle Linee Guida SICVE, l'endoarterectomia, con documentato rischio perioperatorio di morte e ictus è procedura indicata nella stenosi carotidea asintomatica > del 70% quale era documentata nel paziente G.....



L'indicazione alla TEA formulato dai sanitari della AORN M.... era corretta. L'intervento andava eseguito in elezione, come pure determinato dai predetti sanitari, ma senza differimenti ulteriori rispetto alla data stabilita, posto che la diagnosi era stata formulata già un mese prima (20.01.2003). Per le ragioni discusse in consulenza l'intervento poteva e doveva essere effettuato in epoca successiva al 20 febbraio e precedente al 26 febbraio 2003;

2) Il ritardato intervento di TEA causò l'episodio lipotimico verosimilmente secondario ad attacco ischemico transitorio (TIA) che rese necessario procedere a stenting dell'arteria carotide interna destra, presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico, in data 28 marzo; Dunque, sussiste una responsabilità per non avere eseguito tempestivamente un intervento che poteva e doveva essere fatto e che avrebbe evitato l'episodio lipotimico.

Le conclusioni dei due ausiliari relative alla responsabilità dei sanitari, appaiono certamente condivisibili, perché sono sorrette da argomentazioni medico-legali (che si intendono integralmente richiamate e trascritte) convincenti e ragionevoli, non inficiate dalla contrarie considerazioni critiche delle parti che appaiono sicuramente superabili.

Il riferimento è alla osservazione fatta dalla difesa dell'assicuratore, secondo cui la mancata esecuzione degli interventi sarebbe ascrivibile a colpa esclusiva del G....., per il fatto di aver bevuto prima dell'intervento programmato per il 20.02.2003.

Questa tesi non è condivisibile: sia perché manca la prova che il paziente fu informato di non dover bere; sia perché i CTU hanno ben spiegato che l'intervento avrebbe potuto essere eseguito il giorno dopo, o nei giorni immediatamente successivi, senza che l'AORN abbia dimostrato che l'ulteriore ritardo fu dovuto a causa non imputabile.

Alla luce di quanto esposto innanzi, va perciò affermata la responsabilità dell'A.O.R.N....., che risponde ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., dell'inadempimento delle obbligazioni assunte.

\*\*\*

### *Il danno non patrimoniale*

Per effetto dell'errato trattamento sanitario ricevuto, G..... G..... riportò i postumi descritti nella relazione di CTU innanzi richiamata.

In particolare, gli ausiliari hanno evidenziato quanto segue.

1) Tenuto conto di quanto documentato in fascicolo e in particolare: della distanza dai fatti delle documentate lesioni encefaliche, della bilateralità delle stesse e della natura cronica, acuta e subacuta che le caratterizza al 2012, tenuto conto altresì che necessità terapeutiche sono correlate alla patologia vascolare in se e non esclusivamente all'ostruzione dell'arteria

carotide interna sinistra, considerato il quadro clinico-obiettivo certificato all'ottobre 2003 in cartella clinica, considerato altresì che il riflesso psichico reattivo certificato dal Servizio di Neurologia dell'ASL Napoli "... stato d'ansia con aspetti depressivi e fobici" sempre nel 2012 è stato già ricompreso quale esito della separata vertenza giudiziaria più volte richiamata in narrativa, è giustificato individuare quale esito del rinviato intervento di TEA la menomazione anatomica da ostruzione dell'arteria carotide interna sinistra in aggravamento di stenosi già al 90% con, in aggiunta, sfumato peggioramento a distanza delle lesioni encefaliche delle aree tributarie del sistema perfusionale garantito dalla carotide interna di sinistra ...;

2) a seguito del mancato intervento di TEA può ritenersi giustificato attribuire un maggior danno nella misura del 4%, quale danno biologico permanente. È altresì prospettabile danno biologico temporaneo assoluto nella esclusiva misura di giorni 6.

La difesa dell'attore contesta questa conclusione, perché:

I) i CTU non avrebbero tenuto conto dello stato di salute pregresso del G..... e della percentuale di IP che sarebbe comunque residua, anche in caso di corretto trattamento sanitario;

II) il danno iatrogeno residuo andrebbe valutato come aggravamento della preesistente condizione anatomo-clinica, integrante una invalidità del 50%:

- sia in caso di menomazioni concorrenti (incidenti, cioè, sullo stesso organo e sulla stessa funzione);
- sia in caso di menomazioni coesistenti (incidenti, cioè, su sistemi organo-funzionali diversi e non influenzanti tra loro);

III) il danno iatrogeno residuo non sarebbe del 4%, ma del 15% che andrebbe liquidato come danno differenziale tra (le somme liquidabili per postumi del) 65% e 50%.

Queste censure non appaiono condivisibili.

La prima parte del rilievo sub III), secondo cui il danno sarebbe del 15%, riprende la critica mossa dal proprio CTP dott. G. M. alla bozza di relazione anticipata dai CTU. Tale critica è ampiamente superabile alla luce delle esaustive spiegazioni fornite al riguardo dagli stessi CTU, alle quali si rimanda integralmente (cfr. relazione cit., pag. 23 e ss.).

I restanti rilievi della difesa dell'attore vanno disattesi per la seguente ragione.

I postumi di cui il G..... era portatore prima dei fatti di causa ("preesistenze") sarebbero rilevanti nella misura in cui aggravano le conseguenze dell'illecito, nel senso che, senza di esse, il danno ingiusto sarebbe stato minore.

Al tal fine, è intuitivo che rilevano solo le cd. "preesistenze concorrenti", cioè quelle che incidono sul medesimo organo o sulla medesima funzione e si aggravano reciprocamente le une con le altre.

Ora, se è vero che i CTU non hanno quantificato

il grado di invalidità da cui era affetto il G..... prima dell'errato trattamento sanitario oggetto di causa, è anche vero che la pretesa di ottenere una monetizzazione della invalidità come danno differenziale, pari allo scarto tra i postumi complessivi e quelli non riconducibili alla responsabilità del sanitario, deve essere necessariamente giustificata da una maggiore disfunzionalità residua dopo il fatto illecito. Per questo motivo, la difesa dell'attore avrebbe dovuto chiarire in quali specifici termini la preesistente menomazione sarebbe stata aggravata dall'errore sanitario. In altre parole, avrebbe dovuto chiarire:

- qual era la disfunzionalità preesistente al trattamento sanitario errato;
- qual è la maggiore disfunzionalità residua dopo il predetto trattamento.

Viceversa, ha argomentato il suo assunto in termini puramente teorici ed astratti. Peraltro, sul punto, neppure il suo CTP dott. .... è stato più preciso, avendo genericamente e apoditticamente affermato che " ... *il danno biologico ... riferibile a profili di colpa professionale ... deve intendersi quale maggior danno, in quanto concretizzatosi in aggravamento di condizione anatomo-clinica preesistente integrante una invalidità a intendersi deduttivamente nell'ordine del 50% della totale*". Di conseguenza, un ulteriore approfondimento sul punto (peraltro non sollecitato dalla difesa dell'istante) avrebbe avuto una inammissibile finalità esplorativa.

Per queste ragioni, le conclusioni dei due ausiliari relative alla quantificazione dei postumi invalidanti residuati possono essere condivise.

In definitiva sono accreditabili

- 1) ITT di gg. 6;
- 2) invalidità psico-fisica permanente del 4% (cfr. perizia in atti).

Per la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico si applicano gli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni, richiamati dall'art. 3, comma 3, del decreto legge n. 158/2012, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. L. Balduzzi), confermati dalla legge n. 24/2017 (cd. L. Gelli) (Sez. 3, Sentenza n. 28990 del 2019).

Il relativo importo va desunto dal D.M. 22 luglio 2019 pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 189 del 13 agosto 2019.

Considerato che il G..... aveva 54 anni al momento del fatto, gli spettano € 3.302,68 per i postumi permanenti ed € 284,94,00 per i 6 gg. di ITT (€ 47,49 x 6 gg.).

Il totale di € 3.587,62 così determinato, appare idoneo a ristorare integralmente il danno non patrimoniale subito, non potendosi riconoscere una ulteriore personalizzazione, perché la modestia dei postumi residuati non accredita nessuna delle ricadute negative sulla vita di relazione (sociale, familiare, sessuale ecc...) prospettate in citazione.

\*\*\*

### *Il danno patrimoniale*

L'attore ha documentato un esborso di € 5,16 relativo al costo della cartella clinica. Poiché la vicenda risale al 2003 e il giudizio è stato iniziato dopo circa dieci anni, l'assoluta assenza di un qualsiasi altro documento di spesa osta alla liquidazione di ulteriori importi, anche in via equitativa.

Per la stessa ragione, e cioè per l'assoluta carenza di prova, va rigettata la domanda di risarcimento del danno patrimoniale richiesto per l'incidenza negativa che le menomazione residue avrebbero avuto sull'attività lavorativa, costringendolo addirittura a chiedere il pensionamento anticipato, precludendogli le brillanti prospettive di carriera avute fino a quel momento (cfr. pag. 20 della citazione).

In aggiunta, va liquidata la somma di € 300,00 a titolo di ristoro delle spese di assistenza legale stragiudiziale, non potendosi riconoscere il maggiore importo preteso.

Sia perché è da ritenere sicuramente eccessivo in rapporto alla entità del credito risarcitorio (e dunque non ripetibile ex art. 1227/2 c.c.: Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 2644 del 02/02/2018); sia perché la pretesa creditoria avanzata (per il danno biologico differenziale) per somma notevolmente superiore a quella effettivamente spettante al danneggiato costituisce fattore oggettivamente ostativo proprio alla composizione stragiudiziale della lite.

Per questo motivo, l'esborso per l'assistenza stragiudiziale appare (non solo eccessivo ma) anche (per la maggior parte) superfluo.

Conclusivamente, il danno liquidabile ammonta ad € 3.892,78 (€ 300,00 + 5,16 + 3.587,62).

\*\*\*

Alla luce delle considerazioni svolte, l'A.O.R.N. .... va condannata al pagamento in favore di G..... della somma di € 3.892,78 (che trattandosi di debito di valore è stata rivalutata all'attualità), oltre interessi legali dalla pubblicazione della presente sentenza al saldo (Cass. S.U. n. 1712/95). Per il periodo anteriore, dalla data del fatto (febbraio 2003) e fino alla pubblicazione della presente sentenza, la soccombente va condannata al pagamento degli interessi compensativi al tasso legale sulla minor somma corrispondente per arrotondamento ad € 3.892,78 attuali, secondo il coefficiente di rivalutazione istat (impiegati e operai relativo al periodo febbraio 2003/data pubblicazione sentenza), annualmente rivalutata secondo i medesimi indici.

\*\*\*

*Azioni di regresso e/o garanzia*

La domanda di garanzia proposta da A.O.R.N. .... confronti del suo assicuratore A. .... va rigettata

La polizza n° ITOMM1100512, stipulata il 31.1.2011, all'art. 2 [VALIDITA' TERRITORIALE E TEMPORALE DELL'ASSICURAZIONE ("CLAIMS MADE") RETROATTIVITA'], prevede che:

*"L'assicurazione è prestata nella forma "Claims made" e vale per i danni che si manifestano in qualunque parte del mondo e per i sinistri che abbiano luogo per la prima volta nel corso della durata di questo contratto, purché siano conseguenza di eventi, errori od omissioni accaduti o commessi non prima del 31/03/2005 a condizione che il Contraente ne dia regolare avviso agli Assicuratori, nei modi e nei termini stabiliti dall'art. 10, nel corso del periodo di durata di questo contratto e comunque non oltre il trentesimo giorno dalla data di cessazione di questo contratto".*

Il fatto illecito generatore della responsabilità dell'assicurato risale al gennaio/febbraio dell'anno 2003, cioè ad epoca antecedente all'inizio di operatività del contratto (che retroagisce all'1.4.2005), per cui il sinistro non rientra temporalmente nell'oggetto del contratto di assicurazione.

Né l'assicurato ha allegato circostanze relative al momento precedente la conclusione del contratto, e/o alla sua attuazione, e/o al suo contenuto, e/o all'ammontare del premio, che siano sintomatici di un palese squilibrio dell'assetto sinallagmatico del contratto e (sintomatici) di carenza della causa in concreto della operazione economica posta in essere, e che possano perciò far dubitare della validità della clausola (Sez. U - , Sentenza n. 22437 del 24/09/2018).

\*\*\*

*Le spese di lite*

A norma dell'art. 92 c.p.c., tenuto conto della notevole sproporzione tra la somma liquidata a titolo di risarcimento e quella richiesta (per il solo danno biologico la pretesa in conclusionale è stata di € 185.438,00: cfr. pag. 60), le spese del giudizio tra l'attore e la struttura convenuta possono essere integralmente compensate, configurandosi la soccombenza reciproca (Sez. 3, Sentenza n. 3438 del 22/02/2016), tranne quelle di CTU che restano definitivamente a carico di A.O.R.N. ....

Possono essere compensate anche quelle tra l'A.O.R.N. .... ed il suo assicuratore, tenuto conto degli oscillamenti interpretativi tuttora esistenti in tema di interpretazione delle clausole claims made.

Sentenza esecutiva ex lege.

P.Q.M.  
(Omissis)

*Nota a sentenza*

**sommario**

Premessa. L'oggetto del giudizio. – **1.** La clausola *claims made* e le conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte nel corso degli anni. Dalla vessatorietà alla meritevolezza sino al definitivo riconoscimento nel 2018. – **2.** L'immediato recepimento del principio enunciato dalle SS.UU. 22437/2018. – **3.** La decisione del Tribunale di Napoli.

**Premessa. L'oggetto del giudizio**

Con l'annotata sentenza il Tribunale di Napoli ha affrontato, tra le altre, la questione della validità dei contratti con clausola *claims made* con retroattività limitata.

Il giudizio trae origine dalla richiesta risarcitoria di un paziente che, nel sostenere di aver subito dei danni dall'assistenza sanitaria ricevuta, pretendeva il risarcimento citando in giudizio l'Azienda Ospedaliera ove fu ricoverato che, a sua volta, chiamava in causa la propria compagnia assicurativa al fine di essere manlevata. Costituitasi in giudizio la compagnia assicurativa, oltre a contestare la domanda attorea, eccepiva l'ineoperatività della polizza in ragione proprio della prevista "claims made" con retroattività limitata. Nello specifico la richiesta di risarcimento atteneva a fatti accaduti nel 2003 mentre la polizza prevedeva una retroattività sino al 31/03/2005.

**1. La clausola *claims made* e le conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte nel corso degli anni. Dalla vessatorietà alla meritevolezza sino al definitivo riconoscimento nel 2018**

La clausola *claims made* ovvero "a richiesta fatta", condiziona la operatività della polizza alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza o in un delimitato arco temporale si differenzia dalla più classica clausola "*loss occurrence*" con la quale, al contrario, vengono coperte le conseguenze dannose derivanti da un sinistro originatosi durante la validità della polizza, ma evidenziate oltre la validità del contratto assicurativo.

Il contratto assicurativo contenente la clausola *claims made*, sin dai primi anni del nuovo millennio fino ad arrivare ai giorni d'oggi, è stata oggetto di diverse diatribe giurisprudenziali che hanno affrontato la tematica sotto diversi aspetti.

Da subito la giurisprudenza si interrogò sulla validità dei contratti assicurativi con detta clausola siccome differenti rispetto al modello legale di contratto di assicurazione indicato dalla disciplina codicistica. Su tale censura la Corte di Cassazione ebbe, a suo tempo, modo di chiarire che il contratto assicurativo con clausola *claims made*, pur non rientrando nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., costituiva un contratto atipico, generalmente lecito ex art. 1322 c.c.. Nello specifico si riteneva che, del suindicato art. 1917, l'art. 1932 c.c. prevedesse l'inderogabilità – se non in sen-

so più favorevole all'assicurato – solo del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, ovvero del comma in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell'assicurazione. In definitiva per tale giurisprudenza, essendo derogabile dall'autonomia contrattuale delle parti il primo comma dell'art. 1917 c.c., il contratto con clausola claims made costituiva un contratto atipico ex art. 1322 c.c. e pertanto valido ed efficace, mentre veniva riservato al giudice stabilire, caso per caso, se quella clausola avesse avuto eventualmente natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.<sup>1</sup>.

Tale è stato l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza<sup>2</sup> sino alla sentenza n. 3662 del 2014<sup>3</sup>, emessa dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione, con la quale gli Ermellini, dopo aver premesso che “il problema dell'efficacia della clausola claims made viene qui esaminato e deciso con esclusivo riferimento al caso oggetto di esame, cioè al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto” e dopo aver concluso per l'efficacia della clausola stessa, lasciarono poi intendere di nutrire dubbi con riferimento ai diversi casi in cui la domanda risarcitoria fosse stata per la prima volta proposta dopo lo scioglimento del contratto medesimo. I giudici affermarono che “in questo secondo caso la clausola potrebbe effettivamente porre problemi di validità, venendo a mancare, in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, per il solo fatto che la domanda risarcitoria viene proposta dopo lo scioglimento del contratto.”<sup>4</sup>.

Tale contrasto giustificò la prima rimessione della questione alle Sezioni Unite che, chiamate a dirimere il contrasto, in parte confermarono il precedente orientamento maggioritario, in parte lo innovarono. La Corte, riprendendo la giurisprudenza precedente, ribadì la validità in astratto della clausola, da un lato per il non venir meno dell'alea di rischio quale elemento essenziale, dall'altro per non essere esclusa dalla normativa codicistica la deroga all'art. 1917 1° c.p.c., realizzando un contratto atipico ex art. 1322 c.c. del pari valido ed efficace.

A questo punto però, le Sezioni Unite si distinsero rispetto alle precedenti pronunce.

Difatti i giudici di legittimità ritennero che discostarsi dal modello codicistico introdotto dalla clausola claims made impura, mirando a circoscrivere la copertura

assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, rientrava “nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto”, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. Poiché l'assicurazione della responsabilità civile risulta ontologicamente compatibile con tale disposizione, il patto claims made è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità. Pertanto la clausola claims made, oltre ad essere astrattamente valida risultava altresì non essere mai vessatoria in quanto non limitativa della responsabilità dell'assicuratore.

Con tale pronuncia la Suprema Corte sembrava poter risolvere i conflitti giurisprudenziali sottraendo ai giudici di merito la valutazione (discrezionale) sulla vessatorietà della clausola. In realtà ha creato le basi per successivi contrasti. Difatti, sempre secondo le Sezioni Unite del 2016, se è vero che il contratto con claims made è da ritenersi un contratto tipico con all'interno un patto atipico tutelato ai sensi del 1322 c.c. secondo comma, di conseguenza lo stesso soggiace al giudizio di meritevolezza degli interessi cui è diretto a realizzare. Nello specifico le Sezioni Unite espressero il seguente principio di diritto: «Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola “claims made” mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata».

In definitiva, se è pur vero che venne esclusa la vessatorietà della pattuizione, tuttavia residuarono le incertezze in relazione alla validità.

Tale pronuncia disorientò le Corti di merito che si trovarono, d'improvviso, ad effettuare giudizio di meritevolezza su polizze assicurative anche in relazione a tutte le cause in corso (la nullità del contratto può essere fatta valere in ogni stato e grado).

Ci fu un ulteriore punto di svolta. Difatti, ancora la terza sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 1465 dell'8 gennaio 2018, pose nuovi dubbi sulla validità della clausola sino a sostenere che le polizze con clausole claims made dovevano ritenersi sempre immeritevoli di tutela. Così

<sup>1</sup> Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; Trib. Milano, 18 marzo 2010; Trib. Bari, 12 luglio 2012; Cass. civ. Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273; Cass. civ. Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872.

<sup>2</sup> cfr. Cass. Civ., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891.

<sup>3</sup> Che ha rimesso per la prima volta la questione alle SSUU.

<sup>4</sup> Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3662.



facendo, della questione, furono nuovamente investite le Sezioni Unite.

Alle Sezioni Unite, nello specifico, furono poste due questioni:

- a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.;
- b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca il diritto, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Ebbene, con la sentenza n. 22437 del 24/09/2018, le Sezioni Unite hanno infine effettuato un vero e proprio "dietrofront" rispetto alla loro precedente pronuncia del 2016.

Preliminarmente v'è da precisare che successivamente alla sentenza del maggio 2016, il Legislatore ha emanato due normative con le quali sono stati espressamente previsti i contratti assicurativi con pattuizioni *claims made on basis*. Ci si riferisce innanzitutto alla L. 08 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli/Bianco) ed in particolare all'art. 10 concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera ed al successivo art. 11. Tale articolo stabilisce che la "garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". La norma prevede, poi, che, in caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa", la garanzia debba contemplare "un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura". È evidente – come sostengono le stesse Sezioni Unite – che il meccanismo presupposto dall'art. 11 in esame non sia quello legato al "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" di cui all'art. 1917 c.c., comma 1 non avendo altrimenti ragion d'essere la previsione, al tempo stesso, di un periodo di retroattività e uno di ultrattività della copertura. La seconda normativa è rappresentata dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26 che ha novellato l'art. 3, comma 5, lett. e) del D.L. 13 agosto 2011, n. 138. Con tale disposizione non solo è stato previsto l'obbligo di assicurazione per gli esercenti una libera professione, ma è stato disposto il contenuto minimo di tali polizze

prevedendo un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. Il meccanismo prefigurato è quello di una clausola *claims made* su cui si viene ad innestare una *sunset clause*.

Partendo proprio da tali normative, che in realtà hanno solo recepito gli usi oramai consolidatisi nel settore assicurativo, le Sezioni Unite hanno affermato che il modello *claims made* si è oramai inserito nell'area della tipicità legale, ed è un modello pacificamente praticato "per la copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza", ribadendo altresì che le *claims made* delimitano l'oggetto del contratto e non sono limitative della responsabilità talché le stesse non possono mai considerarsi vessatorie. Il modello contrattuale basato sulle *claims made* rientra nell'assicurazione della responsabilità civile e rappresenta una deroga pattizia all'art. 1917 c. 1 c.c. consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1932 c.c. e confermata dalle recenti scelte legislative sopra menzionate.

Ciò premesso le Sezioni Unite hanno poi posto fine (almeno così sembra) alle varie diatribe dottrinali e giurisprudenziali, ritenendo definitivamente che le polizze basate sul modello *claims made* debbano ritenersi oramai tipizzate e non possono più considerarsi pattuizioni atipiche ai sensi dell'art. 1322 2° co. c.c. Di conseguenza non soggiacciono al giudizio di meritevolezza da parte del giudicante, ma al controllo sul regolamento talché non violi i limiti imposti dalla legge così come dettato dall'art. 1322 1° co. c.c. In definitiva secondo gli Ermellini, in caso di contestazioni, si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione (avendo riguardo al corretto adempimento degli obblighi informativi in sede precontrattuale) e quello relativo all'attuazione del rapporto (giudizio sull'adeguatezza del regolamento in relazione agli interessi dei contraenti – assenza di clausole abusive).

Le Sezioni Unite del 2018, pertanto, hanno affermato il seguente principio di diritto «Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita all'art. 1917 c.c., comma 1 non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perse-

guiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)<sup>5</sup>.

## 2. L'immediato recepimento del principio enunciato dalle SS.UU. 22437/2018

Come in precedenza anticipato, quest'ultimo arresto delle Sezioni Unite sembra aver posto fine alla lunga trafila giurisprudenziale della *claims made*, e ciò anche in ragione dell'immediato recepimento dell'enunciato principio sia da parte delle corti di merito sia da parte delle sezioni semplici della stessa Corte di Cassazione. Ad esempio, a pochi mesi dalle Sezioni Unite, la Corte d'Appello di Napoli, nel trovarsi di fronte una sentenza di primo grado nella quale era stata rigettata l'eccezione di inoperatività della polizza per la vessatorietà della clausola *claims made* (fondata su risalente e superata giurisprudenza), ha riformato detta sentenza ed ha proceduto, non ad un giudizio di "meritevolezza" ex art. 1322 c.c., bensì ad un ampio giudizio sull'intero regolamento contrattuale che condusse il Collegio, in estrema sintesi, alle seguenti conclusioni: - il premio pagato era adeguato al rischio garantito; - l'informativa precontrattuale era stata corretta; - assenza di clausole abusive. In ragione di tale accertamento, nonostante la presenza di una clausola a richiesta a fatta con retroattività inferiore ai 10 anni, la Corte ebbe a concludere che "il contenuto del contratto consente di affermare che gli interessi delle parti, affatto squilibrati, abbiano trovato un adeguato assetto negoziale, anche alla luce dell'informativa precontrattuale"<sup>6</sup>.

Parimenti, di recente, si è espressa di nuovo la Corte di Cassazione, terza sezione civile, la quale, nel ribadire che in ipotesi di contestazioni sulla validità di contratti assicurativi con *claims made*, ha nuovamente specificato che l'indagine del magistrato deve verte sulla causa concreta del contratto – non sotto il profilo della meritevolezza ma sotto il più ampio profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle

parti –, non arrestandosi al momento della genesi del regolamento negoziale, ma investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive) "con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati"<sup>7</sup>.

## 3. La decisione del Tribunale di Napoli

Nel caso sottoposto al giudizio del tribunale partenopeo, la compagnia di assicurazioni chiamata in garanzia dalla convenuta azienda ospedaliera, eccitava l'inoperatività della polizza in virtù di clausola *claims made* con retroattività fissata al 31/03/2005 (6 anni – la polizza era stata conclusa nel 2011) mentre i fatti di causa attenevano a fatti accaduti nel 2003. Nel corso del giudizio, durato 6 anni (iscritto a ruolo nel 2013), la chiamante in causa nonché parte attrice (che intendeva evidentemente avvantaggiarsi della presenza in giudizio della Compagnia), hanno eccepito dapprima la vessatorietà della clausola ed, in seguito, la nullità della stessa per "immeritevolezza" degli interessi perseguiti.

Il Tribunale di Napoli, nel disattendere le difese dell'assicurato (e di parte attrice) e richiamando proprio la sentenza delle Sezioni Unite 24 settembre 2018 n. 22437, ha bypassato il richiesto giudizio di meritevolezza effettuandone, di contro, uno di adeguatezza del regolamento contrattuale al termine del quale ha evidenziato come l'assicurato non avesse, nel caso di specie, allegato "circostanze relative al momento precedente la conclusione del contratto, e/o alla sua attuazione, e/o al suo contenuto, e/o all'ammontare del premio, che siano sintomatici di un palese squilibrio dell'assetto sinallagmatico del contratto e (sintomatici) di carenza della causa in concreto della operazione economica posta in essere, e che possano perciò far dubitare della validità della clausola". Ciò posto il giudice ha accolto l'eccezione di inoperatività della polizza e rigettato la domanda di manleva.

<sup>5</sup> Cass. Civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437.

<sup>6</sup> Corte di Appello di Napoli, Sez. IV civile, 29 gennaio 2019, n. 432.

<sup>7</sup> Corte di Cassazione, sez. III civile, 13 novembre 2019, n. 29365.

Pietro Sorrentino  
Avvocato

## Sugli obblighi di tutela del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. *Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 09 agosto 2019, n. 21287*

### abstract

*The Court of Cassation specifies the limits and the extension of the legislative decree of the art. 2087 c.c.*

### keywords

*Art. 2087 c.c. – Employer's obligations – Worker safety.*

### abstract

*La Corte di Cassazione specifica i limiti e l'estensione del dettato normativo dell'art. 2087 c.c.*

### parole chiave

*Art. 2087 c.c. – Obblighi del datore di lavoro – Sicurezza del lavoratore.*

### Assenza di specifica normativa – art. 2087 c.c. – fumo passivo – pericolo potenziale – oneri del datore di lavoro

Indipendentemente dall'esistenza di una normativa specifica, grava sul datore di lavoro un obbligo generale ex art. 2087 c.c. teso all'adozione di tutte le misure di sicurezza idonee a tutelare la salute dei dipendenti.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 09 agosto 2019, n. 21287 - Pres. Bronzini, Rel. Arienzo

(*Omissis*)

#### FATTI DI CAUSA

1. Il Tribunale di Roma aveva rigettato il ricorso proposto da C.D. e dagli altri eredi di D.S.R. con il quale i predetti avevano chiesto, sia iure proprio che iure hereditatis, la condanna dell'Azienda USL RM/ (OMISSIS) al risarcimento dei danni collegati al decesso del proprio congiunto, sul presupposto che la morte fosse stata causata dall'esposizione al fumo passivo.

2. La Corte d'appello capitolina, con sentenza del 15.10.2013, premesso che era passato in giudicato il capo della pronuncia di primo grado relativo alla declaratoria di incompetenza per materia in ordine

alla domanda di risarcimento dei danni avanzata iure proprio dai ricorrenti, quanto alla domanda di danni proposta iure successionis, osservava che la L. n. 584 del 1975, art. 1 vietava il fumo nelle corsie d'ospedale e nei locali chiusi adibiti a pubblica riunione e che il D.Lgs. n. 626 del 1994, all'art. 65, prevedeva divieto di fumo nei luoghi esposti ad agenti cancerogeni come la segreteria del CPO dove lavorava il *de cuius*, contigua al centro di radiologia.

3. Veniva evidenziato che l'art. 2087 c.c. obbligava il datore di lavoro ad attuare tutte le misure di sicurezza idonee a tutelare la salute dei lavoratori, indipendentemente dall'esistenza di norme esplicite che prescrivessero determinate condotte, sicché l'ASL avrebbe dovuto porre in essere misure atte ad impedire o ridurre il danno, come l'utilizzazione di locali idonei o di areatori, e che alla stessa competeva la relativa dimostrazione, essendo irrilevante che il lavoratore non avesse protestato o chiesto controlli o provvedimenti. Peraltro, come evidenziato dalla Corte, anche la sentenza emessa in relazione alla domanda di causa di servizio ed equo indennizzo aveva accertato che il locale ove lavorava il D.S. era insalubre e che ciò ne aveva cagionato la morte, avvenuta nel 2002, dopo due anni dall'insorgenza della patologia, non solo a causa del fumo passivo, ma anche per le ridotte dimensioni dell'ufficio dove il predetto lavorava insieme ad altri due dipendenti, entrambi fumatori, ufficio che conteneva due macchine fotocopiatrici che aggravavano le condizioni di insalubrità dell'ambiente.

4. Con riguardo al risarcimento del danno, la Corte rilevava che le valutazioni del perito, officiato in primo grado, che non avevano formato oggetto in appello di specifici rilievi, deponevano per una malattia consolidata già al momento della diagnosi della neoplasia tumorale, commisurata ad una percentuale di invalidità del 100%, e che quanto al risarcimento del correlativo danno, trasmissibile agli eredi, sulla base delle tabelle del danno biologico di Milano, lo stesso dava titolo ad un importo pari ad Euro 200.000, comprensivo del danno morale (Euro 76.000 per l'inabilità temporanea, con riferimento ad un danno che, se pure tem-

poraneo, era massimo nella sua entità ed intensità, cui andava aggiunto il danno morale, connotato non solo per la malattia per ben due anni, ma anche dalla consapevolezza di dovere lasciare due figlie minori).

5. Di tale decisione domanda la cassazione l'Azienda USL Roma D, affidando l'impugnazione a tre motivi, cui resistono, con controricorso, gli eredi di D.S.R., che hanno depositato memoria in prossimità dell'udienza.

#### RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, l'Azienda USL ROMA (*OMISSIS*) denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 584 del 1975, del D.Lgs. n. 626 del 1994, nonché degli artt. 2087 e 1218 c.c., osservando che le conoscenze scientifiche, al tempo dei fatti di causa, non erano tali da mettere in guardia i fumatori sui danni alla salute connessi al cd. "fumo passivo" e che il datore adottava tutte le misure di prevenzione, diligenza e prudenza e le dovute cautele secondo le norme tecniche e di esperienza vigenti all'epoca, che non ponevano alcuna restrizione imperativa e tassativa in materia di fumo. La ricorrente assume che i divieti imposti dalla normativa del 1975 erano riferiti a luoghi contemplati in un elenco tassativo, nell'ambito dei quali erano previste le corsie degli ospedali, senza che fosse applicabile un'estensione normativa della disposizione, essendo peraltro la previsione collegata a possibile rischio incendi ed ad una cognizione del nesso causale tra fumo passivo e insorgenza di patologie professionali che escludeva le patologie tumorali. Solo con L. 16 gennaio 2003, n. 3 era stato sancito il divieto assoluto di fumo nei locali chiusi, ad eccezione di quelli privati o di quelli riservati ai fumatori. Anche della nocività dei macchinari radiologici non si aveva una cognizione appropriata in termini di idoneità cancerogena ed il D.Lgs. n. 626 del 1994, al titolo VII, rubricato Protezione da agenti cancerogeni mutageni, prevedeva, all'art. 64, l'utilizzo di agenti cancerogeni nelle lavorazioni in misura non superiore alle necessità delle lavorazioni e limitava al minimo possibile il numero dei lavoratori esposti o che potessero essere esposti ad agenti cancerogeni, isolando le lavorazioni in aree predeterminate provviste di adeguati segnali di avvertimento e sicurezza, compresi quelli di divieto di fumo. La ricorrente richiama il principio della prevedibilità e della regolarità causale, rapportato allo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca ed alla concreta possibilità di avere cognizione del nesso causale tra un determinato fattore e l'insorgere della patologia professionale, ed assume che l'azienda si sia attenuta alla normativa in materia vigente all'epoca dei fatti, che non poneva un espresso divieto di fumo, diversamente da quanto previsto dalla normativa successiva.

2. Con il secondo motivo, l'azienda sanitaria si duole della violazione del D.P.R. n. 1124 del 1965, artt. 52, 53 e 135 nonché del D.Lgs. n. 38 del 2000, art. 13

contestando la decisione in relazione all'applicabilità della disciplina del D.P.R. n. 1124 del 1965, sul rilievo che la data del ricovero del 3.5.2000 sia ininfluenza ai fini considerati, dovendo averci riguardo alla data della denuncia presentata dal D.S. il 13.10.2000, con relativo certificato medico della malattia professionale, che accertava la consapevolezza della manifestazione della stessa, in base a ciò sostenendo che la richiesta di risarcimento dei danni per malattia professionale non poteva più essere presentata al datore di lavoro in quanto, come disposto dal D.Lgs. n. 38 del 2000, art. 13, comma 2, i danni conseguenti a malattie professionali denunciate successivamente alla data di entrata in vigore del D.M. di cui al comma 3 vengono indennizzati direttamente dall'INAIL nell'ambito del sistema di indennizzo e sostegno sociale. L'Azienda sanitaria locale richiama il D.P.R. n. 1124 del 1965, art. 52, comma 2 e art. 53, comma 5, a conforto dell'assunto che la denuncia sull'esistenza della malattia è a carico del lavoratore e che alla data della stessa, ai sensi dell'art. 135, comma 2, occorre avere riguardo ai fini della individuazione della normativa applicabile per l'indennizzo del danno biologico,

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139 sostenendo che non sia configurabile un danno da inabilità permanente in senso medico legale e che il danno tanatologico o da morte costituisca pregiudizio non suscettibile di risarcimento, diversamente dal danno maturato in capo alla vittima, trasmissibile agli eredi, ove la morte della stessa non sia seguita immediatamente alle lesioni, ma tra l'infortunio e la morte sia intercorso un apprezzabile lasso temporale; osserva che tale pregiudizio può essere oggetto di ristoro solo ove venga fornita la prova del decorso di un apprezzabile lasso di tempo tra il verificarsi dell'evento lesivo e la morte ed assume che nel caso di specie tale prova non sia stata fornita. Critica, poi, il criterio di quantificazione tabellare utilizzato, che ha a riferimento le tabelle per l'invalidità permanente.

4. Quanto al primo motivo, deve osservarsi che, in presenza di eventi lesivi verificatisi in pregiudizio del lavoratore e causalmente ricollegabili alla nocività dell'ambiente di lavoro, viene in rilievo l'art. 2087 c.c., che, come norma di chiusura del sistema antinfortunistico, impone al datore di lavoro, anche dove faccia difetto una specifica misura preventiva, di adottare comunque le misure generiche di prudenza e diligenza, nonché tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e di esperienza, a tutelare l'integrità fisica del lavoratore assicurato. Tale responsabilità datoriale non è configurabile solo nell'ipotesi in cui il nesso causale tra l'uso di una sostanza e la patologia professionale non fosse configurabile allo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca, sicché non poteva essere prospettata l'adozione di adeguate misure precauzionali (cfr. Cass. 10.2.2011 n. 3227, 5066/2018, 12/2018).



È stato invero al riguardo osservato da questa Corte che “la responsabilità dell'imprenditore ex art. 2087 c.c., non è limitata alla violazione di norme d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma va estesa, nell'attuale sistema italiano, supportato a livello costituzionale, alla cura del lavoratore attraverso l'adozione, da parte del datore di lavoro, nel rispetto del suo diritto di libertà d'impresa, di tutte quelle misure e delle cautele che, in funzione della diffusione e della conoscibilità, pur valutata in concreto, delle conoscenze, si rivelino idonee, secondo l'“id quod plerumque accidit”, a tutelare l'integrità psicofisica di colui che mette a disposizione della controparte la propria energia vitale (cfr. in tali termini, Cass. 14.1.2005 n. 644, con richiamo a Cass. 23 maggio 2003, n. 8204; 29 dicembre 1998, n. 12863; aprile 1995, n. 4078).

5. Nel caso considerato, non può dubitarsi della correttezza delle argomentazioni spese dalla Corte del merito con riferimento ad una situazione di accertata azione del fumo passivo in ambiente inidoneo allo svolgimento di attività lavorativa senza rischi per la salute dei lavoratori, al di là della introduzione di specifiche norme contenenti divieti di fumo in ambienti diversi da quelli indicati nella normativa del 1975 e del 1994, posto che doveva ritenersi pacifica, specie da parte di una struttura sanitaria, la conoscenza dei rischi del fumo e dei raggi degli apparecchi esistenti nel locale?adibito ad esami radiologici.

6. È stato, infine, evidenziato come, “in tema di accertamento della sussistenza di una malattia professionale non tabellata e del relativo nesso di causalità (nella specie, esposizione al fumo passivo) – posto che la prova, gravante sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere ravvisata in presenza di un notevole grado di probabilità – il giudice può giungere al giudizio di ragionevole probabilità sulla base della consulenza tecnica d'ufficio che ritenga compatibile la malattia non tabellata con la “noxa” professionale utilizzando, a tale scopo, anche dati epidemiologici, per suffragare una qualificata probabilità desunta anche da altri elementi. In tal caso, il dato epidemiologico (che di per sé attiene ad una diversa finalità) può assumere un significato causale, tant'è che la mancata utilizzazione di tale dato da parte del giudice, nonostante la richiesta della difesa corroborata da precise deduzioni del consulente tecnico di parte, è denunciabile per casazione” (cfr. Cass. 3227/2011 cit.).

7. Tali principi hanno una evidente validità in relazione al caso esaminato, che verte sulle conseguenze in tema di danno biologico temporaneo derivato al D.S. per effetto della esposizione al fumo dei colleghi di lavoro, non impedita, con efficace predisposizione di misure preventive da parte del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 c.c.

8. Con riferimento al secondo motivo, avuto ri-

guardo a quanto disposto al D.Lgs. n. 1124 del 1965, art. 52, comma 2, in tema e termini di denuncia da parte dell'assicurato della malattia professionale, dall'art. 53, comma 5, con riguardo al successivo dovere di trasmissione della stessa da parte del datore all'istituto assicuratore e dall'art. 135 del citato testo normativo quanto ad individuazione della data di verifica della malattia professionale (completa astensione dal lavoro, ovvero presentazione della denuncia corredata di certificato medico), vero è che oggetto della nuova disciplina, secondo il tenore testuale della L. n. 38 del 2000, art. 13, comma 2, è il trattamento dei danni conseguenti, per quanto interessa, a malattie professionali denunciate cautelativamente a decorrere dal 9 agosto 2000, data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui alla L. n. 38 del 2000, art. 13, comma 5 emanato il 12 luglio 2000 (cfr. Cass. 5.5.2005 n. 9353, Cass. 9956/2011), tuttavia, con riferimento al danno biologico temporaneo di cui si discute nel presente giudizio, la censura è contraddetta da quanto affermato da questa Corte secondo cui “In tema di responsabilità del datore di lavoro per il danno da inadempimento l'indennizzo erogato dall'INAIL ai sensi del D.Lgs. n. 38 del 2000, art. 13 non copre il danno biologico da inabilità temporanea, atteso che, sulla base di tale norma, in combinato disposto con il D.P.R. n. 1124 del 1965, art. 66, comma 1, n. 2, il danno biologico risarcibile è solo quello relativo all'inabilità permanente” (cfr. Cass. 2.3.2018 n. 4972).

9. Correttamente, pertanto, il danno in questione è stato ritenuto a carico del datore, tenuto al pagamento dello stesso, iure successionis, in favore degli eredi del danneggiato deceduto.

10. In relazione al terzo motivo, va, infine, osservato che il giudice del gravame, con motivazione incensurabile in questa sede, perché fondata su un accertamento in fatto sostenuto da coerenti e argomentate proposizioni, ha rilevato l'esistenza di un apprezzabile intervallo tra l'insorgenza della patologia diagnosticata ed il decesso, tale da dar luogo ad un danno biologico da invalidità temporaneo di massima entità, trasmissibile agli eredi. Ciò è in linea con quanto ripetutamente affermato da questa Corte, secondo cui “Nel caso in cui intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse è configurabile un danno biologico risarcibile, da liquidarsi in relazione alla menomazione della integrità psicofisica patita dal danneggiato per quel periodo di tempo, ed il diritto del danneggiato a conseguire il risarcimento del danno è trasmissibile agli eredi “iure hereditatis”; in questo caso, l'ammontare del danno biologico terminale sarà commisurato soltanto all'inabilità temporanea, e tuttavia la sua liquidazione dovrà tenere conto, nell'adeguare l'ammontare del danno alle circostanze del caso concreto, del fatto che, se pure temporaneo, tale danno è massimo nella sua entità ed intensità, tanto che la lesione alla salute è così elevata

da non essere suscettibile di recupero ed esitare nella morte” (cfr. Cass. 28.4.2006 n. 9959, Cass. 8.7.2014 n. 15491, Cass. 31.10.2014 n. 23183). In tali sensi il giudice del gravame ha motivato e, per il resto, le critiche della ricorrente sul criterio di quantificazione sono genericamente formulate e come tali sono da ritenere inammissibili.

11. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza della ricorrente e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, con attribuzione al difensore dichiaratosene distrattario.

12. Sussistono le condizioni di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*.

P.Q.M.  
(*Omissis*)

*Nota a sentenza*

### sommario

Premessa. – 1. Il *casus decisis*. – 2. Art. 2087 c.c. e gl'obblighi del datore di lavoro. – 3. La decisione.

### Premessa

Con l'annotata sentenza, dovendosi occupare della richiesta danni avanzata dagli eredi di un lavoratore deceduto – a dire degli istanti – a causa del fumo passivo, la Corte di Cassazione ha affrontato la tematica dell'estensione dell'art. 2087 c.c. ed in particolare del ruolo che riveste tale norma in assenza di una disciplina specifica che fronteggi determinati pericoli.

### 1. Il *casus decisis*

Il caso giunto all'attenzione della Suprema Corte riguarda la richiesta di risarcimento degli eredi di un uomo, dipendente di una USL, dei danni collegati al decesso del proprio congiunto, sul presupposto che la morte fosse stata causata dall'esposizione al fumo passivo. Il *de cuius* aveva lavorato per anni in un piccolo ufficio assieme ad altri due colleghi, entrambi fumatori, che conteneva altresì due macchine fotocopiatrici che aggravavano la condizione di insalubrità dell'ambiente. Senza contare che la insalubre stanzetta era proprio accanto al locale in cui si effettuavano esami radiologici.

La Corte d'Appello osservava come l'art. 1 della legge n. 584/75 vietava il fumo nelle corsie d'ospedale e nei locali chiusi adibiti a pubblica riunione e che il d.lgs. 626/64 all'art. 65 prevedeva divieto di fumo nei luoghi esposti ad agenti cancerogeni, come la segreteria del CPO dove lavorava il *de cuius* contigua al centro di radiologia. Nel condannare l'USL, la Corte territoriale richiama l'art 2087 c.c. che obbligava il datore di lavoro ad attuare tutte le misure di sicurezza idonee a tutelare la salute dei lavoratori, indipendentemente dall'esistenza di norme esplicite che prescrivessero

determinate condotte. Pertanto, l'ASL avrebbe dovuto agire con misure per impedire o ridurre il danno, ad esempio utilizzando di locali idonei oppure degli aeratori.

In Cassazione, invece, la USL pone in evidenza che le conoscenze scientifiche al tempo dei fatti non erano tali da mettere in guardia i fumatori sui danni alla salute e che, pertanto, doveva ritenersi adottate, nel caso specifico, tutte le misure di prevenzione, diligenza e prudenza e le dovute cautele secondo le norme tecniche e di esperienza vigenti all'epoca, che non ponevano alcuna restrizione imperativa e tassativa in materia di fumo.

### 2. Art. 2087 c.c. e gl'obblighi del datore di lavoro

Il datore di lavoro è il soggetto responsabile della sicurezza negli ambienti di lavoro in virtù della generale disposizione di cui all'art. 2087 c.c. secondo cui «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

La norma impone all'imprenditore, in ragione della sua posizione di garante dell'incolumità fisica del lavoratore, di adottare tutte le misure atte a salvaguardare chi presta la propria attività lavorativa alle sue dipendenze.

La dottrina individua nell'art. 2087 una norma di chiusura del sistema di tutela dell'integrità del lavoratore, sottolineandone il carattere di dovere generale e la finalità prevenzionistica. Difatti la norma contiene un principio generale, di cui la legislazione in materia di prevenzione e di assicurazione degli infortuni sul lavoro costituisce applicazione specifica.

Le misure che il datore di lavoro deve adottare sono distinte in: quelle tassativamente imposte dalla legge; quelle generiche dettate dalla comune prudenza; quelle ulteriori che in concreto si rendano necessarie. Proprio in relazione a tale ultimo aspetto, la recente giurisprudenza è arrivata a sostenere come il datore di lavoro sia tenuto a prevenire anche le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore, dimostrando di aver messo in atto a tal fine ogni mezzo preventivo idoneo, con l'unico limite del cd. rischio elettivo, da intendere come condotta personalissima del dipendente, intrapresa volontariamente e per motivazioni personali, al di fuori delle attività lavorative ed in modo da interrompere il nesso eziologico tra prestazione e attività assicurata<sup>1</sup>.

Alla posizione di vincolo del datore di lavoro corrisponde il diritto del singolo prestatore ad un ambiente di lavoro sano ed esente da rischi, entro il quale l'obbligazione possa essere adempiuta senza pregiudizio per l'integrità fisica e morale del debitore di opere.

<sup>1</sup> Cass. Civ., Sez. Lavoro, ordinanza 18 giugno 2018, n. 16026.

Pertanto, l'art 2087 c.c., grazie al suo carattere di norma "in bianco", sancisce l'esistenza in capo al datore di lavoro di un obbligo continuo di adattamento ed aggiornamento degli standard di prevenzione e dell'obbligo di adottare, anche in mancanza di specifiche misure (normative) di prevenzione, le misure generiche di prudenza e le cautele necessarie a tutelare l'integrità del prestatore di lavoro<sup>2</sup>.

La violazione dell'obbligo generale di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. determina la responsabilità civile del datore di lavoro, ma concorre anche all'integrazione dell'elemento soggettivo dei reati di evento previsti dal diritto penale generale. Tuttavia questo non significa che in capo al datore si riconosca un obbligo assoluto di rispettare «ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno» non potendosi pertanto configurare «la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che un danno si sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da norma di fonte legale o suggerita dalla tecnica, ma concretamente individuati»<sup>3</sup>.

L'art. 2087 c.c., infatti, delimita l'amplissimo contenuto dell'obbligo di sicurezza sotto un duplice profilo: quantitativo e qualitativo. Sotto il profilo quantitativo l'art. 2087 c.c. impone l'adozione «sia delle cosiddette misure tipiche (ossia stabilite espressamente da disposizioni di legge), sia delle misure cosiddette atipiche (vale a dire quelle generiche cautele di scienza, prudenza ed esperienza da individuarsi in base ai criteri generali che lo stesso art 2087 c.c. fissa». Mentre, dal punto di vista qualitativo, la norma in questione «richiede che le stesse misure tipiche siano normalmente interpretate, concretamente adottate e costantemente aggiornate in omaggio ai medesimi canoni generali contenuti nella norma del codice». Quindi, tali misure devono essere individuate in concreto «attraverso una lettura integrata dei tre canoni contenuti nell'art. 2087 c.c.: a) la particolarità del lavoro; b) l'esperienza; c) la tecnica; i quali peraltro sono pedissequamente mutuati nella definizione di prevenzione contenuta nel d.lgs. n. 81/2008 (art. 2, comma 1, lett. n.)»<sup>4</sup>.

Come in precedenza anticipato, nonostante l'art. 2087 c.c. continui a rivestire un ruolo centrale nel sistema posto a tutela della salute e sicurezza in azienda, allo stato attuale l'obbligo di sicurezza si fonda su un tessuto normativo particolarmente complesso, al quale concorrono una pluralità di fonti. Invero, fonte dell'obbligo di sicurezza è anche la legislazione speciale prevenzionistica, ossia quella normativa di derivazione comunitaria oggi confluita nel d.lgs. n. 81/2008. Ri-

spetto ad essa l'art. 2087 c.c. deve essere inteso come norma generale che si pone in rapporto di *genus a species*. Le norme speciali operano come specificazioni della norma generale e permettono all'art. 2087 c.c. di cogliere le implicazioni concrete della sua funzione prevenzionale.

### 3. La decisione

Come anticipato ai punti precedenti, a fronte della richiesta di risarcimento promossa dagli eredi del defunto lavoratore, l'Usl si è difesa sostenendo che all'epoca dei fatti non era chiaro il nesso di causalità tra l'esposizione al fumo passivo e l'insorgenza della malattia, tanto che i divieti di fumo previsti dalla legge 584/75 erano riferiti a luoghi contemplati in un elenco tassativo e motivati con la prevenzione dal rischio incendi. Solo la successiva legge 3/2003 venne sancito il divieto assoluto di fumo in locali chiusi.

Tuttavia tale giustificazione è stata bocciata dalla Suprema Corte secondo cui «in presenza di eventi lesivi verificatisi in pregiudizio del lavoratore e causalmente ricollegabili alla nocività dell'ambiente di lavoro, viene in rilievo l'art. 2087 c.c., che, come norma di chiusura del sistema antinfortunistico, impone al datore di lavoro, anche dove faccia difetto una specifica misura preventiva, di adottare comunque le misure generiche di prudenza e diligenza, nonché tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e di esperienza, a tutelare l'integrità fisica del lavoratore assicurato». E, prosegue la decisione, nel caso concreto doveva «ritenersi pacifica, specie da parte di una struttura sanitaria, la conoscenza dei rischi del fumo e dei raggi degli apparecchi esistenti nel locale adibito ad esami radiologici». Dunque, «al di là della introduzione di specifiche norme contenenti divieti di fumo in ambienti diversi da quelli indicati nella normativa del 1975 e del 1994», non può «dubitarsi della correttezza delle argomentazioni spese dalla Corte del merito con riferimento ad una situazione di accertata azione del fumo passivo in ambiente inidoneo allo svolgimento di attività lavorativa senza rischi per la salute dei lavoratori».

<sup>2</sup> Cass. Civ., Sez. Lavoro 25 luglio 2003 n. 12467, Cass. Civ., Sez. Lavoro. 30 luglio 2003 n. 11704.

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2007, n. 8710.

<sup>4</sup> A. DELOGU, voce *Salute e sicurezza sul lavoro*, in "Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione commerciale", VIII ed., Utet, Milano, 2017, p. 437-438.

## Rassegna di legittimità

**Borsa – intermediazione finanziaria – contratto quadro – nullità per difetto di forma scritta – deducibilità da parte del solo investitore – conseguenze – operatività in suo favore degli effetti sostanziali e processuali – eccezione di buona fede dall'intermediario – ammissibilità – condizioni.**

*Le Sezioni Unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del D.Lgs. n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro».*

Cass., sez. un., 04/11/2019, n. 28314 - Pres. Mammone, Est. Acerno

**Comunione ordinaria o ereditaria – domanda di divisione di un fabbricato – regolarità edilizia – necessità – mancanza della relativa documentazione – rilevabilità d'ufficio.**

*Le Sezioni Unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «Quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 c.c., sotto il profilo della “possibilità giuridica”, e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio».*

Cass., sez. un., 07/10/2019, n. 25021 - Pres. Mammone, Est. Lombardo

**Contratto di locazione ad uso abitativo stipulato da usufruttuario – percezione di somme, a titolo di canone, eccedenti quelle dovute – decesso dell'usufruttuario – domanda di ripetizione proposta dal conduttore – legittimazione passiva del nudo proprietario divenuto pieno proprietario – esclusione – legittimazione passiva degli eredi dell'usufruttuario – configurabilità.**

*In tema di locazione immobiliare, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato dall'usufruttuario il quale, nel corso del rapporto, abbia indebitamente percepito somme eccedenti quelle dovute a titolo di canone, alla morte del concedente la domanda del conduttore volta a conseguire la ripetizione delle somme deve essere proposta nei confronti degli eredi dell'usufruttuario, e non già del nudo proprietario divenuto “medio tempore” pieno proprietario.*

Cass., sez. III, 30/09/2019, n. 24222 - Pres. Amendola, Est. Graziosi

**Contratti bancari – interessi moratori – disciplina antiusura – applicabilità.**

*La Prima Sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale rimessione della causa alle Sezioni Unite ai fini dell'ulteriore approfondimento della seguente questione di massima di particolare importanza: se la disciplina antiusura sia riferibile anche agli interessi moratori, dovendosi in particolare valutare, anche alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e dell'art. 2 della Legge n. 108 del 1996, se il principio di simmetria consenta o meno di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto*



*di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio; qualora si opti per la soluzione contraria, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma 1 dell'art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro, alla luce della segnalata irregolarità nella rilevazione.*

Cass., sez. I, 22/10/2019, n. 26946, Ord. - Pres. De Chiara, Est. Mercolino

### **Divisione ereditaria – presenza di edifici abusivi nell'asse ereditario – domanda giudiziale di divisione solo degli altri beni – ammissibilità – consenso degli altri conviventi – necessità – esclusione.**

*Le Sezioni unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «Allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi all'art. 713, comma 1, c.c., di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri conviventi».*

Cass., sez. un., 07/10/2019, n. 25021 - Pres. Mammone, Est. Lombardo

### **Giudizio di divisione cd. endoesecutiva o cd. endoconcorsuale relativa ad edificio abusivo – nullità prevista dall'art. 46, comma 1, del d.p.r. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985 – applicabilità – esclusione.**

*Le Sezioni unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «In forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5 del d.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione cd. endoesecutiva) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione cd. endoconcorsuale) è sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985».*

Cass., sez. un., 07/10/2019, n. 25021 - Pres. Mammone, Est. Lombardo

### **Ipotesi di non spettanza dell'indennizzo previste dall'art. 2, comma 2-quinquies, della Legge n. 89 del 2001, modificato dalla Legge n. 208 del 2015 – applicabilità ai soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016.**

*L'art. 2, comma 2-quinquies, della Legge n. 89 del 2001, come modificato dalla Legge n. 208 del 2015, che esclude l'indennizzo in favore della parte che ha agito o resistito in giudizio consapevole dell'infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande, trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016, per effetto dell'art. 11 disp. att. c.c., in quanto, pur realizzando la recezione di un principio costituente "diritto vivente", rientra tra le disposizioni che incidono sulla disciplina giuridica del fatto generatore del diritto all'equa riparazione.*

Cass., sez. II, 14/10/2019, n. 25826 - Pres. Petitti, Est. Cosentino

### **Locazione di immobile ad uso non abitativo – indennità di avviamento – rinuncia preventiva da parte del conduttore a fronte della riduzione del canone – nullità della clausola per contrarietà all'art. 79 Legge n. 392 del 1978 – fondamento.**

*In tema di locazione di immobile ad uso non abitativo, la clausola del contratto contenente una rinuncia preventiva, da parte del conduttore, all'indennità di avviamento a fronte della riduzione del canone, è, in virtù dell'art. 79 della Legge 27 luglio 1978, n. 392, nulla, non essendo precluso al conduttore di rinunciare alla detta indennità successivamente alla conclusione del contratto, quando può escludersi che si trovi in quella posizione di debolezza alla cui tutela la richiamata disciplina è preordinata.*

Cass., sez. III, 30/09/2019, n. 24221 - Pres. Amendola, Est. Graziosi

### **Locazione di immobile ad uso non abitativo – cessione agevolata dell'immobile dalla società locatrice ai suoi soci ex art. 1, commi 115-120 Legge n. 208 del 2015 – diritto di prelazione spettante al conduttore – esclusione – fondamento.**

*In tema di locazione di immobili urbani ad uso non abitativo, l'istituto della prelazione e quello del riscatto, contemplati dall'art. 38 della Legge 27 luglio 1978, n. 392, non si applicano al caso in cui una società di persona abbia ceduto in via agevolata, ai sensi dell'art. 1, commi 115-120, della Legge 28 dicembre 2015, n. 208, ai propri soci l'immobile concesso in locazione, avendo il legislatore plasmato l'atto di trasferimento oneroso per renderlo idoneo*

*ad una vera e propria causa tributaria (parziale sgravio fiscale) che viene affiancata, quale specialità del negozio, alla ordinaria causa di compravendita.*

Cass., sez. III, 30/09/2019, n. 24223 - Pres. Amendola, Est. Graziosi

### Misure dell'indennizzo previste dall'art. 2-bis, comma 1 e 1-ter, della l. n. 89 del 2001, introdotti dalla Legge n. 208 del 2015 – applicabilità ai soli giudizi instaurati dopo l'1 gennaio 2016

*In assenza di norme che dispongano diversamente ed in forza dell'art. 11 disp. att. c.c., l'art. 2-bis, commi 1 e 1-ter, della Legge n. 89 del 2001, introdotti dalla Legge n. 208 del 2015, dettando una nuova disciplina che prevede l'applicabilità dell'abbassamento a 400 euro del minimo annuo, nonché la riducibilità ulteriore di un terzo in caso di rigetto della domanda nel procedimento cui l'azione per l'equa riparazione si riferisce, costituiscono uno "ius superveniens", che trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016.*

Cass., sez. II, 14/10/2019, n. 25837 - Pres. Manna, Est. Scarpa

### Presunzioni di non spettanza dell'indennizzo previste dall'art. 2, comma 2-sexies, della l. n., 89 del 2001, introdotto dalla l. 208 del 2015 – applicabilità ai soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016.

*In assenza di norme che dispongano diversamente ed in forza dell'art. 11 disp. att. c.c., l'art. 2, comma 2-sexies, della Legge n. 89 del 2001, introdotto dalla Legge n. 208 del 2015, dettando una nuova disciplina della formazione e valutazione della prova nel processo di equa riparazione e dando, dunque, luogo ad uno "ius superveniens", che opera sugli effetti della domanda e, al contempo, implica un mutamento dei presupposti legali cui è condizionata la disciplina di ogni singolo caso concreto, trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016.*

Cass., sez. II, 10/10/2019, n. 25542 - Pres. Manna, Est. Scarpa

### Ricorso per cassazione – adunanza plenaria – principio di diritto enunciato ex art. 99, comma 4, c.p.a. – eccesso di potere giurisdizionale – ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione – ammissibilità – esclusione fondamento.

*Il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza resa, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, dall'Adunanza plenaria che, a norma dell'art. 99, comma 4, c.p.c., abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, non avendo detta statuizione carattere decisorio e definitivo, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della regula iuris al caso concreto, che è rimessa alla sezione remittente.*

Cass., sez. un., 30/10/2019, n. 27842 - Pres. Mammone, Est. Lamorgese

a cura di  
**Antonio De Simone**  
 Avvocato  
**Walter Giacomo Caturano**  
 Avvocato

## Rassegna di merito

### ACCERTAMENTO NEGATIVO: infondata la domanda proposta solo con i riassunti scalari

*Nel caso di domanda di accertamento negativo anche in ipotesi senza azione di ripetizione di indebito, l'onere allegatorio e probatorio grava esclusivamente sul correntista in relazione all'intero periodo dedotto in giudizio, che deve produrre gli estratti conto e non i riassunti scalari.*

Tribunale di Roma, 28.05.2019 - Giudice Francesco Remo Scerrato

### APPELLO ORDINANZA EX ART. 186 QUATER C.P.C.: la parte intimata può immediatamente rinunciare alla sentenza

*L'eccezione di inammissibilità e di improcedibilità dell'appello sollevata dall'appellata è infondata in quanto l'ultimo comma dell'art. 186 quater c.p.c. dispone che "l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni la volontà che sia pronunciata sentenza. Il giudizio di rendiconto non può essere utilmente coltivato senza la produzione di tutti gli estratti conto acquisibili anche ex art. 210 c.p.c."*

Corte d'Appello di Bari, 24.09.2019 - Pres Di Leo - Rel. Dibisceglia

### CONTRATTI BANCARI: obbligatorio esperire preliminarmente il procedimento di mediazione

*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di contratti bancari è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione previsto dal decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 e che tale esperimento obbligatorio è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, eccettata dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.*

Tribunale di Salerno, 23.07.2019 - Giudice Guerino Iannicelli

### LA LEGITTIMITÀ DELLA CLAUSOLA DI INDICIZZAZIONE DEL TASSO D'INTERESSE NEL CONTRATTO DI LEASING

*La clausola di "indicizzazione" prevista in un contratto di leasing costituisce una clausola accessoria che non assume una causa autonoma rispetto a quella del contratto di leasing in cui è inserita. La clausola di indicizzazione, dunque, non dà vita ad una operazione dotata di causa autonoma (di cui agli artt. 21 ss. T.U.F.), ovvero sganciata dal contenuto del contratto di leasing finanziario, in quanto, con essa, le parti adeguano il valore del corrispettivo per il godimento dei beni strumentali ai valori di mercato, senza costituire una diversa operazione negoziale avente natura di investimento finanziario e trovano applicazione dunque le disposizioni del TUB e ulteriori previsioni regolamentari del CIRC (n. 229 del 21 aprile 1999 e ss. mm.) e della Banca d'Italia in materia di trasparenza.*

Tribunale di Ancona, 20.06.2019 - Giudice Gabriella Pompetti

### LITE TEMERARIA: condanna ex art. 96 c.p.c. quando l'impugnazione è priva di supporto normativo e contraria ai principi in materia di obbligazioni solidali.

*L'infondatezza dell'atto di appello ne determina il pieno rigetto, con condanna degli appellanti al pagamento delle spese processuali, oltre che di una ulteriore somma dovuta ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.c. (che si ritiene di liquidare nel triplo di quanto liquidato dal primo giudicante, apparendo vieppiù intenso ed ingiustificato l'abuso del diritto ad opera degli opposenti), essendo l'impugnazione proposta (al pari dell'originaria opposizione a decreto ingiuntivo) puramente dilatoria e quindi temeraria, poiché sfornita di qualsiasi supporto normativo ed anzi palesemente contraria ai principi civilistici in materia di obbligazioni solidali, quale è quella gravante sulle parti processuali in relazione alla liquidazione di spese ed onorari degli ausiliari del giudice in caso di compensazione delle spese processuali.*

Sentenza Tribunale di Lanciano, 07.05.2019 - Giudice Massimo Canosa

**OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO TARDIVA: è ammissibile solo se contiene domande**

*L'inammissibilità dell'opposizione ad un decreto ingiuntivo, per mancata osservanza del termine all'uopo fissato per la sua proposizione, non osta a che l'opposizione stessa produca gli effetti di un ordinario atto di citazione nel corso dei requisiti previsti dagli artt. 163 e 163-bis cod. proc. civ., con riguardo alle domande che quella opposizione contenga, autonome e distinte rispetto alla richiesta di annullamento e revoca del decreto (tardivamente opposto).*

*L'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo preclude solo la possibilità di riproporre la domanda tendente a contrastare l'accertamento contenuto nel decreto stesso, ma non la domanda riconvenzionale avanzata con il medesimo atto di opposizione. Tuttavia la domanda contenuta nell'atto di opposizione, deve essere autonoma e distinta dalla richiesta di revoca del decreto per non restare travolta dall'inammissibilità di quest'ultima.*

Tribunale di Spoleto, 09.07.2019 - Giudice Sara Trabalza

**RESPONSABILITÀ NOTAIO: sussiste quando vi è ipoteca non cancellata di cui la parte venditrice ha affermato che gravava solo formalmente**

*Colui il quale si affida ad un professionista (di qualsiasi tipo) può legittimamente attendersi di ricevere una prestazione diligente ai sensi dell'articolo 1176, comma secondo, c.c., mentre non è esigibile dal cliente alcun controllo sull'operato del prestatore d'opera, quale che siano le sue competenze o qualifiche professionali.*

*Nel rapporto di prestazione d'opera intellettuale, infatti, il committente ha diritto di pretendere dal professionista una prestazione eseguita a regola d'arte, non è perciò tenuto a controllare se l'opera stessa sia stata compiuta in modo tecnicamente corretto.*

Tribunale di Roma, 08.07.2019 - Giudice Alberto Cisterna

**RIPETIZIONE INDEBITO: l'istante deve provare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi**

*Nella domanda di ripetizione di indebito oggettivo, l'onere della prova grava sul creditore istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa, e perciò sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (ovvero il venir meno di questa), prova che può essere fornita dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario, o anche mediante presunzioni.*

Tribunale di Catanzaro, 25.07.2019 - Giudice Rosanna Scillone

**SEGNALAZIONE CRIF: l'obbligo di preavviso opera solo a favore del consumatore**

*L'obbligo di preavviso di segnalazione al CRIF al cliente opera solo a favore del consumatore e non a favore dell'ente societario operante professionalmente in chiave imprenditoriale.*

Tribunale di Chieti, 10.06.2019 - Giudice Nicola Valletta

**USURA: il tasso di mora ha funzione di penalità la cui incidenza va rapportata al protrarsi e alla gravità dell'inadempienza**

*Il tasso di mora ha un'autonoma funzione quale penalità del fatto, imputabile al mutuatario e solo eventuale, del ritardato pagamento, e quindi la sua incidenza va rapportata al protrarsi ed alla gravità dell'inadempienza, del tutto diversa dalla funzione di remunerazione propria degli interessi corrispettivi.*

Tribunale di Ravenna, 30.07.2019 - Giudice Letizia De Maria

**USURA: per la determinazione del TEGM è necessaria la produzione in giudizio dei decreti ministeriali**

*La mancata produzione della copia dei decreti ministeriali che stabilivano, all'epoca della stipula del contratto, la soglia antiusura può essere superata, come correttamente ha ritenuto la sentenza impugnata, con la produzione di equipollenti. Con la produzione in giudizio dei comunicati stampa della Banca d'Italia non può, dunque, ritenersi soddisfatto l'onere probatorio gravante sulla ricorrente. La copia dei suddetti decreti ministeriali costituisce, infatti, elemento di prova essenziale della fattispecie, non altrimenti surrogabile.*

Tribunale di Castrovillari, 11.09.2019 - Giudice Matteo Prato

**USURA: irrilevante la penale di estinzione anticipata ai fini del superamento della soglia**

*La penale da estinzione anticipata è una prestazione alternativa al pagamento degli interessi corrispettivi (art. 1285 c.c.). L'eventualità della sua applicazione succedanea ne giustifica l'esclusione dalle voci di costo computabili nel tasso effettivo globale, atteso che, al momento della conclusione del contratto, esprime un valore finanziario pari a zero.*

Tribunale di Modena, 27.06.2019 - Giudice Martina Grandi



## Diritto e procedura penale

IL TESTIMONE DI GIUSTIZIA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO; DEFINIZIONE, DISCIPLINA E RICADUTE PROCESSUALI .....	758
di Sergio Ricchitelli	
RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO E TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA DI REATI SESSUALI: ABNORMITÀ DEL RIGETTO DEL G.I.P. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16 maggio 2019, n. 34091</i> .....	766
di Raffaele Carfora	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI .....	781
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	786
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO .....	789
a cura di Giuseppina Marotta	



## Il testimone di giustizia nel sistema penale italiano; definizione, disciplina e ricadute processuali

### abstract

*The present work examines the figure of the witness of justice in the Italian legal system. The subject in question is offered the notion and the discipline is traced in a timely and detailed manner. The law n. 6/2018 which deals with this figure has affected the pre-existing legal system; therefore, in this case, the relapses are investigated.*

### keywords

*Witness of justice – Protection and safeguard – Organization – System changes.*

### abstract

*Il presente lavoro prende in esame la figura del testimone di giustizia nell'ordinamento giuridico italiano. Del soggetto in questione se ne offre la nozione e se ne traccia, in modo puntuale e dettagliato, la disciplina. La legge n. 6/2018 che tratta di tale figura ha inciso sul sistema giuridico preesistente; pertanto, in questa sede, se ne indagano le ricadute.*

### parole chiave

*Testimone di giustizia – Tutela e salvaguardia – Organizzazione – Modifiche di sistema.*

### sommario

Premessa. – **1.** La nozione di testimone di giustizia. – **2.** Il procedimento di tutela del testimone di giustizia. – **3.** Il referente del testimone di giustizia. – **4.** Le ricadute sul sistema penale vigente. – **5.** Conclusioni

### Premessa

In data 21 febbraio 2018, a seguito della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del 6 febbraio 2018, è entrata in vigore la legge 11 gennaio 2018, n. 6 recante disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia.

Trattasi d'un provvedimento legislativo atteso da tempo; con esso si dà, finalmente, riconoscimento giuridico ad una categoria soggettiva finora tenuta, improvvidamente, ai margini del sistema giuridico italiano la cui importanza era da tutti gl'operatori di settore conclamata quale indefettibile dall'attuazione normativa indifferibile ed urgente.

Il sistema ordinamentale sin ora riconosceva, in

punto di normazione, la sola figura del collaboratore di giustizia<sup>1</sup> mediaticamente rinominato «pentito», per quale erano specificate ed attuate speciali misure di tutela, con preciso riguardo alle modalità esecutive del programma definitivo di protezione curato dal servizio centrale di protezione [...] nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica [...]»<sup>2</sup>.

La materia, nella sua pregnante delicatezza, si presenta complessa; proviamo a dipanarla per rapide ed essenziali sintesi concettuali successive.

### 1. La nozione di testimone di giustizia

Il legislatore della legge 11 gennaio 2018, n.6 individua in quattro categorie concettuali soggettive le persone che possono essere qualificate giuridicamente quali testimoni di giustizia. Per la verità, la norma che li tipizza non lascia spazio a poteri valutativo discrezionali; essa adopera l'indicativo presente<sup>3</sup> in esordio dispositivo<sup>4</sup> statuendo che:

«È testimone di giustizia» colui che:

- a) rende, nell'ambito di un procedimento penale, dichiarazioni di fondata attendibilità intrinseca, rilevanti per le indagini o per il giudizio;
- b) assume, rispetto al fatto delittuoso oggetto delle sue dichiarazioni, la qualità di persona offesa dal reato ovvero di persona informata sui fatti o di testimone;
- c) non ha riportato condanne per delitti non colposi connessi a quelli per cui si procede e non ha rivolto a proprio profitto l'essere venuto in relazione con il contesto delittuoso su cui rende le dichiarazioni. Non escludono la qualità di testimone di giustizia i comportamenti posti in essere in ragione dell'assoggettamento verso i singoli o le associazioni criminali oggetto delle dichiarazioni, né i meri rapporti di parentela, di affinità o di coniugio con

<sup>1</sup> Decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82.

<sup>2</sup> La legge 6/2018 in rassegna, tesauroizza l'indicazione riportata nel testo e, con l'articolo 14, specifica ed attua le speciali misure di tutela in termini analoghi per le due figure del collaborante e del testimone di giustizia.

<sup>3</sup> vedi l'incipit dell'art. 2 L. n. 6/2018.

<sup>4</sup> Art. 2. «Definizione di testimone di giustizia».

- indagati o imputati per il delitto per cui si procede o per delitti ad esso connessi;
- d) non è o non è stato sottoposto a misura di prevenzione né è sottoposto a un procedimento in corso nei suoi confronti per l'applicazione della stessa, ai sensi del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, da cui si desumano la persistente attualità della sua pericolosità sociale e la ragionevole probabilità che possa commettere delitti di grave allarme sociale;
- e) si trova in una situazione di grave, concreto e attuale pericolo, rispetto alla quale risulti l'assoluta inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza, valutata tenendo conto di ogni utile elemento e in particolare della rilevanza e della qualità delle dichiarazioni rese, della natura del reato, dello stato e del grado del procedimento, nonché delle caratteristiche di reazione dei singoli o dei gruppi criminali oggetto delle dichiarazioni<sup>5</sup>.

## 2. Il procedimento di tutela del testimone di giustizia

Acquisita la veste di testimone di giustizia, il sistema preordina il procedimento per la salvaguardia delle persone così normativamente denotate. La conformazione dell'*iter* di tutela<sup>6</sup> segue tappe concettualmente consolidate e scandite da scadenze chiare e precise.

Proposta d'ammissione alle speciali misure di protezione – piano provvisorio per la protezione – programma definitivo per la protezione. I protagonisti operativi della fase procedimentale di tutela e salvaguardia sono, istituzionalmente, i medesimi contemplati dalla legislazione in materia di collaboratori di giustizia<sup>7</sup>. Nella proposta di ammissione alle speciali misure di protezione l'autorità proponente indica, oltre quanto previsto dall'articolo 13 del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e dai relativi decreti attuativi, anche la sussistenza dei requisiti stabiliti dall'articolo 2 della legge. La proposta ammissiva

<sup>5</sup> Va all'uopo rilevato che a mente dell'articolo 23 del testo coordinato con le previgenti disposizioni in materia (Norme transitorie) è testimone di giustizia ai sensi della presente legge anche colui che, alla data di entrata in vigore della medesima, è sottoposto al programma o alle speciali misure di protezione ai sensi del capo II-*bis* del decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82. Peraltro con l'articolo 20 della legge 6/2018 si stabilisce l'abrogazione del capo II *bis* appena richiamato conseguendone che, a partire dall'entrata in vigore di tali disposizioni, le uniche norme applicabili in tema di testimoni di giustizia sono quelle contenute nella normativa oggetto di novazione. Difatti, l'art. 20. (Abrogazione) testualmente recita [...] Il comma 3 dell'articolo 12 e il capo II-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, sono abrogati [...].

<sup>6</sup> articoli 11, 12, 13, 14 della legge 6/2018.

<sup>7</sup> d.l. 8/91 convertito in L. 82/91 cit.

è trasmessa alla commissione centrale, che richiede il parere, in caso di delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*, del codice di procedura penale<sup>8</sup>, al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. La commissione richiede altresì al Servizio centrale di protezione e al prefetto competente per il luogo di dimora di colui che rende le dichiarazioni, le informazioni nella loro rispettiva disponibilità. Nel caso in cui la proposta ammissiva riguardi soggetti di minore età in condizioni di disagio familiare o sociale, essa è altresì trasmessa al tribunale per i minorenni territorialmente competente per l'adozione di eventuali determinazioni di sua competenza. La commissione centrale, se ne ricorrono le condizioni, delibera, senza formalità, senza indugio e, comunque, entro la prima seduta successiva alla proposta, un piano provvisorio di misure di protezione, assicurando agli interessati le speciali misure di protezione e condizioni di vita congrue rispetto alle precedenti<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> C.p.p. art. 51. Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale. [...] 3-*bis*. Quando si tratta dei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter*, 452-*quaterdecies* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. 3-*ter*. Nei casi previsti dal comma 3-*bis* e dai commi 3-*quater* e 3-*quinqües*, se ne fa richiesta il procuratore distrettuale, il procuratore generale presso la corte di appello può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni di pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate da un magistrato designato dal procuratore della Repubblica presso il giudice competente. 3-*quater*. Quando si tratta di procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. [...].

<sup>9</sup> Nel piano provvisorio di protezione, opera il referente del testimone di giustizia individuato secondo quanto previsto all'articolo 16 della legge 6/2018, di cui si dice appresso nel testo: Art. 16. Referente del testimone di giustizia. 1. Il testimone di giustizia, insieme con il relativo nucleo degli altri protetti, ha diritto di avvalersi di un referente specializzato del Servizio centrale di protezione che mantenga un rapporto costante, diretto e personale con gli interessati per tutta la durata delle misure speciali. 2. Il referente deve: a) informare regolarmente il testimone di giustizia e gli altri protetti sulle misure speciali applicate, sulle loro conseguenze, sulle loro possibili modifiche, sulla loro attuazione, nonché sui diritti, patrimoniali e non patrimoniali, interessati dal programma di protezione; b) individuare e quantificare il patrimonio, attivo e passivo, e le obbligazioni del testimone di giu-

Il referente – figura fondamentale nella pianificazione legislativa e di cui si dice ampiamente nel punto che segue – informa immediatamente il testimone di giustizia e gli altri protetti sul contenuto delle misure applicate e di quelle applicabili, nonché sui diritti e sui doveri derivanti dalla condizione di persona protetta. Gli interessati rilasciano all'autorità proponente, tramite il referente, completa e documentata attestazione sul proprio stato civile, di famiglia e patrimoniale, sulle loro obbligazioni, su procedimenti penali, civili e amministrativi pendenti, sui titoli di studio e professionali e su ogni titolo abilitativo di cui siano titolari. Entro trenta giorni dalla deliberazione del piano provvisorio, il referente trasmette alla commissione centrale le informazioni sulle condizioni personali, familiari e patrimoniali degli interessati e chiede, se questi vi abbiano consentito o ne abbiano fatto richiesta, che la stessa commissione provveda alla nomina di una figura professionale idonea a offrire loro immediato e diretto sostegno psicologico. Il piano provvisorio cessa di avere effetto se, decorsi novanta giorni dalla sua deliberazione, l'autorità che ha formulato la proposta non richiede l'applicazione del programma definitivo con le modalità previste e non è stata deliberata la sua applicazione. Il presidente della commissione centrale può disporre la prosecuzione del piano provvisorio di protezione per il tempo strettamente necessario a consentire l'esame della proposta da parte della commissione medesima. Il termine su indicato di novanta giorni è prorogabile fino a centottanta giorni con provvedimento motivato dell'autorità legittimata a formulare la proposta e comunicato alla commissione centrale.

La commissione centrale da ultimo indicata, previa acquisizione dei pareri previsti e di ogni altro parere o informazione che ritenga utile, delibera, nelle forme ordinarie del procedimento e se ne ricorrono i

stizia e degli altri protetti; c) informare periodicamente la commissione centrale sull'andamento del programma di protezione, sull'eventuale necessità di adeguarlo alle sopravvenute esigenze dell'interessato, nonché sulla condotta e sull'osservanza degli impegni assunti; d) assistere gli interessati, con il loro consenso, nella gestione del patrimonio e dei beni aziendali, delle situazioni creditorie e debitorie e di ogni altro interesse patrimoniale del testimone di giustizia e degli altri protetti se questi non possono provvedervi a causa delle dichiarazioni rese o dell'applicazione del programma di protezione; e) assistere gli interessati nella presentazione dei progetti di reinserimento sociale e lavorativo e verificare la loro concreta realizzazione; f) assistere gli interessati nella presentazione dei progetti di capitalizzazione, nella concreta realizzazione e nella rendicontazione periodica alla commissione centrale dell'utilizzazione delle somme attribuite ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera g); g) collaborare tempestivamente per assicurare l'esercizio di diritti che potrebbero subire limitazione dall'applicazione delle speciali misure di protezione. 3. La titolarità delle decisioni di cui al comma 2 resta attribuita al testimone di giustizia e agli altri protetti. 4. L'assistenza del referente si protrae per la durata del programma di protezione e, comunque, finché il testimone di giustizia e gli altri protetti riacquistano la propria autonomia economica.

presupposti, il programma definitivo di applicazione delle speciali misure di protezione. Il programma definitivo è accettato e sottoscritto dagli interessati i quali, contestualmente, assumono l'impegno di riferire tempestivamente all'autorità giudiziaria quanto a loro conoscenza sui fatti di rilievo penale, di non rilasciare dichiarazioni su tali fatti a soggetti diversi dall'autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore, di osservare le norme di sicurezza prescritte, di non rivelare o divulgare in qualsiasi modo elementi idonei a svelare la propria identità o il luogo di residenza qualora siano state applicate le misure di tutela, di non rientrare senza autorizzazione nei luoghi dai quali sono stati trasferiti e, comunque, di collaborare attivamente all'esecuzione delle misure, eleggendo il proprio domicilio nel luogo in cui ha sede la commissione centrale. Il programma di protezione può essere modificato o revocato in ogni momento dalla commissione centrale, d'ufficio o su richiesta dell'autorità che ha formulato la proposta o di quella preposta all'attuazione delle misure speciali di protezione, in relazione all'attualità, alla concretezza e alla gravità del pericolo, all'idoneità delle misure adottate, alle esigenze degli interessati, all'osservanza degli impegni da loro assunti, alla rinuncia espressa alle misure, al rifiuto di accettare l'offerta di adeguate opportunità di lavoro o di impresa. La commissione centrale provvede entro venti giorni dalla richiesta, previa acquisizione dei pareri previsti e, in ogni caso, dell'autorità giudiziaria qualora essa non abbia richiesto la modifica o la revoca del programma, nonché, se ne ricorrono le condizioni, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo<sup>10</sup>.

### 3. Il referente del testimone di giustizia

Trattasi, come nel punto che precede anticipato, di figura nuova e fondamentale nel nuovo impianto normativo e per il nostro sistema giuridico; esemplata su altri sistemi giudiziari<sup>11</sup> essa può essere ricapitolata ed enunciata nei seguenti termini.

Il testimone di giustizia, insieme con il relativo nucleo degli altri protetti, ha diritto di avvalersi di un referente specializzato del Servizio centrale di protezione che mantenga un rapporto costante, diretto e personale con gli interessati per tutta la durata delle misure speciali.

Il referente, nel sistema della legge 6 del 2018, ha precise doverose incombenze. Egli deve:

- a) informare regolarmente il testimone di giustizia e gli altri protetti sulle misure speciali applicate, sulle loro conseguenze, sulle loro possibili modifiche, sulla loro attuazione, nonché sui diritti, patrimo-

<sup>10</sup> Ogni sei mesi dall'inizio dell'applicazione del programma definitivo, la commissione centrale procede alla sua verifica, così introducendo nel sistema un'azione di monitoraggio permanente che offra conto dell'andamento del programma all'attualità.

<sup>11</sup> Vedi, in particolare, il sistema nord americano ed altri giuridicamente uniformati ad esso.



- niali e non patrimoniali, interessati dal programma di protezione;
- b) individuare e quantificare il patrimonio, attivo e passivo, e le obbligazioni del testimone di giustizia e degli altri protetti;
  - c) informare periodicamente la commissione centrale sull'andamento del programma di protezione, sull'eventuale necessità di adeguarlo alle sopravvenute esigenze dell'interessato, nonché sulla condotta e sull'osservanza degli impegni assunti;
  - d) assistere gli interessati, con il loro consenso, nella gestione del patrimonio e dei beni aziendali, delle situazioni creditorie e debitorie e di ogni altro interesse patrimoniale del testimone di giustizia e degli altri protetti se questi non possono provvedervi a causa delle dichiarazioni rese o dell'applicazione del programma di protezione;
  - e) assistere gli interessati nella presentazione dei progetti di reinserimento sociale e lavorativo e verificare la loro concreta realizzazione;
  - f) assistere gli interessati nella presentazione dei progetti di capitalizzazione, nella concreta realizzazione e nella rendicontazione periodica alla commissione centrale dell'utilizzazione delle somme attribuite in virtù dell'acquisito *status*<sup>12</sup>;
  - g) collaborare tempestivamente per assicurare l'esercizio di diritti che potrebbero subire limitazione dall'applicazione delle speciali misure di protezione<sup>13</sup>.

Con efficace disposizione di chiusura viene statuito che l'assistenza del referente si protrae per la durata del programma di protezione e, comunque, finché il testimone di giustizia e gli altri protetti riacquistano la propria autonomia economica<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera g del testo normativo in rassegna.

<sup>13</sup> Va detto che le disposizioni in materia, con senso opportunamente realistico, prevedono che la titolarità delle decisioni di cui al compendio esposto nel corpo del testo, resta attribuita al testimone di giustizia e agli altri protetti.

<sup>14</sup> Il viatico della disciplina normativa approntata in materia di testimoni di giustizia, si completa con due disposizioni legislative, quanto mai opportune e provvide in tema d'audizione dei testimoni di giustizia. Art. 17. (Audizione dei testimoni di giustizia e degli altri protetti) Gli interessati, in qualunque momento, anche nel corso dell'esecuzione del piano provvisorio di protezione, possono chiedere alla commissione centrale o al Servizio centrale di protezione di essere sentiti personalmente. Si procede entro trenta giorni dalla richiesta attraverso l'audizione da parte della commissione centrale o del Servizio centrale di protezione. - Art. 18. (Misure urgenti) Quando risultano situazioni di particolari gravità e urgenza che non consentono di attendere la deliberazione della commissione centrale e fino a che tale deliberazione non interviene, si applicano le disposizioni previste dall'articolo 13, comma 1, sesto e settimo periodo, del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e dai regolamenti di cui all'articolo 26 della presente legge, e degli altri protetti e di misure urgenti dettate da situazioni di particolare gravità. Le si riportano qui di seguito fedelmente

#### 4. Le ricadute sul sistema penale vigente

Per come emerge dal titolo del presente scritto, le ricadute sul sistema penale sono di prevalente matrice processuale. Cionondimeno il legislatore ha ritenuto d'inserire nel corpo legislativo in rassegna anche note di carattere strettamente sostanziale. Lo ha fatto prefigurando precise aggravanti ad effetto speciale per il delitto di calunnia previsto e punito dall'articolo 368<sup>15</sup> del codice penale.

Le pene previste per il reato in parola sono state, difatti, aumentate da un terzo alla metà quando il colpevole ha commesso il fatto allo scopo di usufruire o di continuare ad usufruire delle speciali misure di protezione previste dalla legge. L'aumento è dalla metà ai due terzi se uno dei benefici è stato conseguito.

Ma, come anticipato, le ricadute di sistema più significative, ineriscono gli assetti processuali. Segnatamente il legislatore della novella n. 6 del 2018 ha rivisto due fondamentali istituti processuali integrandoli con la nuova figura neo elaborata.

Si tratta dell'incidente probatorio e dell'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso.

La prima modifica attiene all'articolo 392<sup>16</sup> del co-

non necessitando di particolari ragguagli informativo-chiarificatori a commento esplicativo. Si tratta degli articoli 17 e 18 della legge n. 6 in commento. Essi chiudono la novellata disciplina in materia di testimoni di giustizia e protezione degli stessi nei seguenti termini testuali.

<sup>15</sup> C.p. art. 368. Calunnia. Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'autorità giudiziaria o ad un'altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne o alla Corte penale internazionale, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni. La pena è aumentata se s'incolpa taluno di un reato pel quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a dieci anni, o un'altra pena più grave. La reclusione è da quattro a dodici anni, se dal fatto deriva una condanna alla reclusione superiore a cinque anni; è da sei a venti anni, se dal fatto deriva una condanna all'ergastolo; e si applica la pena dell'ergastolo, se dal fatto deriva una condanna alla pena di morte.

<sup>16</sup> C.p.p. art. 392. Casi. 1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri; d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 e all'esame dei testimoni di giustizia; e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b); f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile; g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento. 1-bis. Nei

dice di procedura penale e segnatamente ai casi d'incidente probatorio. Esso risulta oggi esteso, oltreché all'esame delle persone indicate nell'articolo 210<sup>17</sup> del codice di rito, anche all'esame dei testimoni di giustizia. Tutto sommato un accorgimento dovuto ed in linea con le esigenze sottese all'istituto.

Decisamente più pregnante l'intervento dispiegato sulle disposizioni d'attuazione al codice di procedura penale con l'inserimento dell'articolo 147-*bis* in tema di esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso.

In rapida sintesi, raccordando il sistema all'attualità, viene previsto che l'esame in dibattimento delle persone ammesse, in base alla legge, a programmi o misure di protezione anche di tipo urgente o provvisorio si svolge con le cautele necessarie alla tutela della persona sottoposta all'esame, determinate, d'ufficio

---

procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza. 2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224-*bis*.

<sup>17</sup> C.p.p. art. 210. Esame di persona imputata in un procedimento connesso. 1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio. 2. Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni. 3. Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. 4. Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere. 5. All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 498, 499 e 500. 6. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato. Tuttavia a tali persone è dato l'avvertimento previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone. Al loro esame si applicano, in tal caso, oltre alle disposizioni richiamate dal comma 5, anche quelle previste dagli articoli 197-*bis* e 497.

ovvero su richiesta di parte o dell'autorità che ha disposto il programma o le misure di protezione, dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente del tribunale o della corte di assise<sup>18</sup>.

Il sistema approntato considera, altresì, l'ipotesi d'inidoneità dello strumentario tecnico statuendo che ove siano disponibili strumenti tecnici idonei, il giudice o il presidente, sentite le parti, può disporre, anche d'ufficio, che l'esame si svolga a distanza, mediante collegamento audiovisivo che assicuri la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova. In tal caso, un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza, designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente, è presente nel luogo ove si trova la persona sottoposta ad esame e ne attesta le generalità, dando atto della osservanza delle disposizioni contenute nel presente comma nonché delle cautele adottate per assicurare le regolarità dell'esame con riferimento al luogo ove egli si trova<sup>19</sup>.

Vi è poi una clausola di salvezza sistemica. Salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza della persona da esaminare, l'esame si svolge a distanza esclusivamente nei seguenti casi:

- a) quando l'esame è disposto nei confronti di persone ammesse al piano provvisorio di protezione previsto dall'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni, o alle speciali misure di protezione di cui al citato articolo 13, commi 4 e 5, del medesimo decreto-legge;
- a-*bis*) quando l'esame o altro atto istruttorio è disposto nei confronti di persone ammesse al piano provvisorio o al programma definitivo per la protezione dei testimoni di giustizia<sup>20</sup>;
- b) quando nei confronti della persona sottoposta ad esame è stato emesso il decreto di cambiamento delle generalità di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119; in tale caso, nel procedere all'esame, il giudice o il presidente si uniforma a quanto previsto dall'articolo 6, comma 6, del medesimo decreto legislativo e dispone le cau-

---

<sup>18</sup> Il comma 1-*bis* dell'articolo in questione, soggiunge che l'esame in dibattimento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, degli ausiliari e delle interposte persone, che abbiano operato in attività sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, si svolge sempre con le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza della persona sottoposta all'esame e con modalità determinate dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente, in ogni caso idonee a evitare che il volto di tali soggetti sia visibile.

<sup>19</sup> In linea coi criteri di verbalizzazione adottati dal codice di procedura penale, viene previsto che delle operazioni svolte l'ausiliario redige verbale a norma dell'articolo 136 del codice.

<sup>20</sup> ed è questo il caso strettamente inerente la figura del testimone di giustizia.

tele idonee ad evitare che il volto della persona sia visibile;

- c) quando, nell'ambito di un processo per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*<sup>21</sup>, o dall'articolo 407<sup>22</sup>, comma 2, lettera a), n. 4, del codice, devono essere esaminate le persone indicate nell'articolo 210<sup>23</sup> del codice nei cui confronti si procede per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis* o dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4, del codice, anche se vi è stata separazione dei procedimenti;
- c-bis*) quando devono essere esaminati ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, nonché ausiliari e interposte persone, in ordine alle attività dai medesimi svolte nel corso delle operazioni sotto copertura di cui all'articolo 9<sup>24</sup> della legge 16 marzo 2006, n.146, e

<sup>21</sup> Vedi nota 8.

<sup>22</sup> C.p.p. art. 407. Termini di durata massima delle indagini preliminari. [...] comma 2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano: [...] a) i delitti appresso indicati: [...] nr. 4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale.

<sup>23</sup> C.p.p. art. 210. Esame di persona imputata in un procedimento connesso - 1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio. 2. Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni. 3. Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. 4. Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere. 5. All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 498, 499 e 500. 6. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato. Tuttavia a tali persone è dato l'avvertimento previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone. Al loro esame si applicano, in tal caso, oltre alle disposizioni richiamate dal comma 5, anche quelle previste dagli articoli 197-*bis* e 497.

<sup>24</sup> L. n. 146/2006, Art.9. Operazioni sotto copertura. 1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili: a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter*, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai

delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali; b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a). 1-*bis*. La causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi del presente articolo. La disposizione di cui al precedente periodo si applica anche alle interposte persone che compiono gli atti di cui al comma 1. 2. Negli stessi casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati dagli organismi competenti secondo le modalità stabilite dal decreto di cui al comma 5, anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività. 3. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 è disposta dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato, d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. L'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 in relazione ai delitti previsti dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, di seguito denominate «attività antidroga», è specificatamente disposta dalla Direzione centrale per i servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dagli organi di vertice ovvero, per loro delega, dai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia giudiziaria impiegato. 4. L'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2 deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini. Dell'esecuzione delle attività antidroga è data immediata e dettagliata comunicazione alla Direzione centrale per i servizi antidroga e al pubblico ministero competente per le indagini. Se necessario o se richiesto dal pubblico ministero e, per le attività antidroga, anche dalla Direzione centrale per i servizi antidroga, è indicato il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati. Il pubblico ministero deve comunque essere informato senza ritardo, a cura del medesimo organo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati

della stessa. 5. Per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone, ai quali si estende la causa di non punibilità prevista per i medesimi casi. Per l'esecuzione delle operazioni può essere autorizzata l'utilizzazione temporanea di beni mobili ed immobili, di documenti di copertura, l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione e la gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi. 6. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1, per i delitti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente ai casi previsti agli articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74, gli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e le autorità doganali, limitatamente ai citati articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, e successive modificazioni, possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero, che può disporre diversamente, e trasmettendo allo stesso pubblico ministero motivato rapporto entro le successive quarantotto ore. Per le attività antidroga, il medesimo immediato avviso deve pervenire alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale. 6-bis. Quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui all'articolo 630 del codice penale, il pubblico ministero può richiedere che sia autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate per il pagamento del riscatto, indicandone le modalità. Il giudice provvede con decreto motivato. 7. Per gli stessi motivi di cui al comma 6, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro. Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei predetti provvedimenti può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore. Il pubblico ministero impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa, comunicando i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente per il luogo in cui l'operazione deve concludersi ovvero attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito in uscita dal territorio dello Stato ovvero in entrata nel territorio dello Stato delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti nonché delle sostanze stupefacenti o psicotrope e di quelle di cui all'articolo 70 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni. 8. Le comunicazioni di cui ai commi 4, 6 e 6-bis e i provvedimenti adottati dal pubblico ministero ai sensi del comma 7 sono senza ritardo trasmessi, a cura del medesimo pubblico ministero, al procuratore generale presso la corte d'appello. Per i delitti indicati all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, la comunicazione è trasmessa al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. 9. L'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto di cui al presente articolo ovvero per lo svolgimento dei compiti d'istituto. 9-bis. I beni informatici o telematici confiscati in quanto utilizzati per la commissione dei delitti di cui al libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice

successive modificazioni. In tali casi, il giudice o il presidente dispone le cautele idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile.

La norma indugia, quindi, sulle garanzie difensive statuendo che se la persona da esaminare deve essere assistita da un difensore si applicano le disposizioni previste dell'articolo 146-bis<sup>25</sup>, commi 3, 4 e 6 del codice di procedura penale.

Le modalità indicate possono essere altresì adottate, a richiesta di parte, per l'esame della persona di cui è stata disposta la nuova assunzione a norma dell'articolo 495, comma 1, del codice di procedura penale<sup>26</sup>,

penale sono assegnati agli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 9. 10. Chiunque indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni di cui al presente articolo è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da due a sei anni. 11. Sono abrogati: a) l'articolo 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, e successive modificazioni; b) l'articolo 12-*quater* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; c) l'articolo 12, comma 3-*septies*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; d) l'articolo 14, comma 4, della legge 3 agosto 1998, n. 269; e) l'articolo 4 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438; f) l'articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228; f-bis) l'articolo 7 del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni.

<sup>25</sup> C.p.p. art. 146-bis. Partecipazione al dibattimento a distanza. [...] co. 3. Quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri. Co. 4. È sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato. Il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. [...] co. 6. Un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto altresì della osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 ed al secondo periodo del comma 4 nonché, se ha luogo l'esame, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpella, ove occorra, l'imputato ed il suo difensore. Durante il tempo del dibattimento in cui non si procede ad esame dell'imputato il giudice o, in caso di urgenza, il presidente, può designare ad essere presente nel luogo ove si trova l'imputato, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Delle operazioni svolte l'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redigono verbale a norma dell'articolo 136 del codice.

<sup>26</sup> C.p.p. Art. 495. Provvedimenti del giudice in ordine alla prova. comma 1. Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove a norma degli articoli 190, comma 1, e



o quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparazione della persona da sottoporre ad esame.

Le gravi difficoltà a cui fa riferimento la disposizione sono oggetto della prudente valutazione del giudice<sup>27</sup>.

Come si vede, l'inserimento nel corpo delle disposizioni d'attuazione relative al dibattimento degli innesti operati sull'articolo 147-*bis* costituiscono il proprium innovativo del sistema processuale in linea con la normativa che, in materia, ha caratterizzato il percorso decennio<sup>28</sup>.

## 5. Conclusioni

Il tema e la materia del testimone di giustizia, come avvisato in premessa, si rivela assai delicato e sentito rilevandosi quale indefettibile la disciplina approntata dal legislatore con la legge n. 6 del 2017 in disamina. L'operata concettualizzazione della categoria soggettiva di riferimento, in uno al procedimento per la salvaguardia delle persone che la rivestono nell'ambito delle fattispecie così come costruite dal normante nel percorso di disciplina tracciato, va salutata con favore dagli operatori pratici e dall'opinione pubblica per il riavvicinamento del sistema normativo alla realtà fattuale ipotizzato.

La novella s'inserisce in un percorso di tutela per il collaborante collaudato e ben noto alla prassi giudiziaria del nostro come d'altri Paesi dell'Europa continentale.

Sarà la medesima prassi a dirci del valore effettivo della normativa approntata per il tramite dell'efficienza e dell'efficacia della sua applicazione. Le premesse ci sono tutte; la sensibilità umana e giuridica degli operatori settoriali, ne siamo certi, farà il resto. Così adeguando il Paese dei testi giuridici a quello della realtà effettuale sussistente nella società<sup>29</sup>.

I principi d'ascendenza costituzionale di solidarietà e tutela dell'uguaglianza di fatto<sup>30</sup> fungono da scaturigine ultima delle disposizioni qui disaminate, anche in tal caso contribuendo all'orientamento culturale dei consociati adeguandone gli esiti alla tavola dei valori della Costituzione Repubblicana<sup>31</sup>.

190-*bis*. Quando è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento

<sup>27</sup> Come tali sottratte al sindacato di legittimità ex art. 606 c.p.p.

<sup>28</sup> Segnatamente dalla legge 136 del 2010 in poi. Gli articoli 147-*bis* e *ter* delle disposizioni attuative al codice di rito sono stati inseriti in origine dalla legge n. 356 del 1992 di conversione del decreto legge n. 306 del 1992.

<sup>29</sup> L'adeguamento del diritto al sistema sociale – e viceversa – è tematica sempre più avvertita dalla dottrina contemporanea. Per tutti, sul tema, vedi G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto Penale*, parte generale, Zanichelli, Bologna, 2000, pag. 1 ss.

<sup>30</sup> Vedi articoli 2 e 3 cpv. Cost.

<sup>31</sup> Sulla tavola dei valori costituzionali, vedi per tutti V. ITALIA, *Diritto Costituzionale*, PBG, Milano, 2000.

## Richiesta di incidente probatorio e testimonianza della persona offesa di reati sessuali: abnormità del rigetto del G.I.P.

*Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16 maggio 2019, n. 34091*

### abstract

*With the sentence in examination, the Supreme Court goes back on the topic of abnormality, this time relative to the pre-trial hearing for gathering evidence before a criminal trial in the sphere of sexual abuses, noticing that the rejection warrant of the application for the special evidence pre-trial hearing formulated in accordance with the article 392, clause 1-bis, c. p. p., is abnormal and filing an appeal with the the Supreme Court, based on opportunity assessments. The rule excludes any discretionary power of the judge to accept the request because it considers that the parties can ask to the judge for the pre-trial hearing for gathering evidence before the criminal trial for the crime of rape also beyond the hypothesis contemplated by the clause 1. The unique allowed assessments concern the subsistence of requirements indicated by the disposition that is to say: the application comes from legitimate processual subject; the lawsuit is in pending preliminary investigation or preliminary hearing; it is proceeding for one of the crimes indicated by the article 392, clause 1-bis, c. p. p. or when the person is in conditions of particular vulnerability; the required testimony concerns an underage or the victim is an adult.*

### keywords

*Pre-trial hearing for gathering evidence before a criminal trial - Request - Victim testimony - Rape - Rejection - Abnormal legal deed.*

### abstract

*Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ritorna ancora sul tema della abnormità stavolta in tema di incidente probatorio sub specie di testimonianza della persona offesa in ambito di abusi sessuali, rilevando che è abnorme e ricorribile per cassazione l'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., fondata su valutazioni di opportunità. La norma in questione, nel prevedere che le parti possono chiedere al G.I.P. di procedere con*

*incidente probatorio all'assunzione della testimonianza, minorenni o maggiorenne, del reato di violenza sessuale «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», esclude qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta. Le uniche valutazioni consentite attengono alla sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione vale a dire che: l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato; il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare; si stia procedendo per uno dei reati indicati dall'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. o quando la persona versi in condizioni di particolare vulnerabilità; la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età ovvero la persona offesa maggiorenne.*

### parole chiave

*Incidente probatorio - Richiesta - Testimonianza persona offesa - Violenza sessuale - Rigetto - Abnormità dell'atto.*

### Violenza sessuale - Richiesta di incidente probatorio della testimonianza della persona offesa - Rigetto della richiesta da parte del G.I.P. - Atto abnorme

*È abnorme l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di incidente probatorio avanzata per assumere la testimonianza della persona offesa in procedimenti per il reato di violenza sessuale*

*Cass., sez. III penale, 16 maggio 2019, n. 34091*

*(Omissis)*

### RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 23 gennaio 2019, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli ha rigettato la richiesta di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero per assumere la testimonianza di C.D. (n. il (OMISSIS)), persona offesa in proce-

dimento per il reato di violenza sessuale commesso, quando ella era minorenni, il (OMISSIS).

2. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica, deducendo, in via principale, l'abnormità del provvedimento e, in via subordinata, la sua illegittimità, con richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 c.p.p., comma 1 bis, e art. 398 c.p.p., nella parte in cui non prevedono la ricorribilità per cassazione – quantomeno per violazione di legge – nel caso in cui il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'obbligo internazionale assunto dall'Italia di evitare la vittimizzazione secondaria della persona offesa minorenne (ovvero maggiorenne) dei reati di c.d. violenza di genere individuati dalla stessa disposizione processuale.

Detto obbligo – rileva il ricorrente – sarebbe desumibile dagli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176), dagli artt. 13, 14 e 31 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 (ratificata con L. n. 172 del 2012); dagli artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012; dagli artt. 18, 26, 49 e 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 (ratificata con L. 77/2013).

Proprio in forza dei menzionati obblighi assunti dall'Italia – osserva il ricorrente – l'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, prevede, per quanto qui interessa, che nei procedimenti per il reato di cui all'art. 609-bis c.p., si proceda con incidenteprobatorio, anche al di fuori delle ipotesi di cui al comma 1, di tale disposizione, all'assunzione della testimonianza della persona offesa, minorenne (tale dovendo intendersi chi lo fosse al momento di commissione del reato) o anche maggiorenne, essendone presunta la vulnerabilità. In tal caso, a fronte della richiesta ritualmente avanzata dal pubblico ministero, sarebbe obbligatorio per il G.I.P. disporre l'incidente probatorio.

Nel caso di specie – rileva il ricorrente – a fronte di un'istanza con cui, tra l'altro, si richiedeva che l'assunzione della testimonianza avvenisse con le modalità protette ritenute opportune per garantire le finalità di tutela di cui all'art. 398 c.p.p., comma 5-bis, l'ordinanza di rigetto non fa alcun riferimento alla particolare situazione di specie, rendendo una motivazione con cui si esclude soltanto la sussistenza di presupposti di cui all'art. 392 c.p.p., comma 1. Tale provvedimento – recante dunque una motivazione soltanto apparente – si pone al di fuori degli ordinari schemi processuali, è illegittimo per violazione dell'art. 392

c.p.p., comma 1-bis, e comporta una sostanziale stasi del procedimento, atteso che la sua prosecuzione in assenza di incidente probatorio farebbe sorgere la responsabilità del pubblico ministero (e dello Stato) nel verificarsi della vittimizzazione secondaria, in violazione degli obblighi internazionali più sopra richiamati. Di qui la sua abnormità, da considerarsi anche alla luce di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata o, in via subordinata, la sua illegittimità, da dichiararsi previa rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale di cui sopra.

3. Con requisitoria scritta, il Procuratore generale ha richiesto l'accoglimento del ricorso con riferimento alla principale doglianza circa l'abnormità del provvedimento impugnato e, in subordine, la rimessione del procedimento alle Sezioni unite affinché decidano se ci si trovi di fronte ad un provvedimento abnorme.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. L'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, – disposizione introdotta nel codice di rito dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66 (recante Norme contro la violenza sessuale), da ultimo sostituito dalla L. 1 ottobre 2012, n. 172 (rubricata Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) – prevede che nei procedimenti relativi a taluni gravi reati, tra cui il delitto di violenza sessuale previsto dall'art. 609-bis c.p., “il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi del comma 1”. La disposizione – in questa parte integrata dal d.lgs. n. 15 dicembre 2015, n. 212 (recante Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI) – aggiunge che si procede allo stesso modo, “in ogni caso”, vale a dire, indipendentemente dal reato oggetto di indagine, all'assunzione della testimonianza della persona offesa che “versa in condizione di particolare vulnerabilità”.

1.1. La genesi della disposizione ed il progressivo ampliamento del suo campo di applicazione in ottemperanza ad obblighi pattizi assunti dallo Stato in convenzioni internazionali, ovvero discendenti dalla necessità di conformarsi all'ordinamento eurounitario, mostrano con evidenza come la ratio della previsione – che resta comunque ancorata anche ad esigenze investigative ed all'opportunità, in reati in cui la prova a carico è spesso principalmente fondata sulle di-

chiarazioni della persona offesa, di assumerne quanto prima la testimonianza nel contraddittorio delle parti, al fine di garantirne la genuinità rispetto a possibili fattori di condizionamento esterni, oltre che al semplice passare del tempo – abbia indubbiamente assunto una marcata impronta di protezione della vittima di reati di violenza domestica, di condotte persecutorie, di gravi forme di aggressione della personalità e libertà che coinvolgono la sfera sessuale. La vulnerabilità che di regola connota la persona offesa di tali reati spesso, ma non sempre, minorenni – e, in ogni caso, la consapevolezza della sofferenza psicologica connessa alla reiterazione delle audizioni volte alla ricostruzione di fatti gravi subiti (anche da altri, nel caso di testimoni minorenni che non siano persone offese), propria di un sistema processuale fondato sulla rigida distinzione tra la fase delle indagini e quella del giudizio, hanno indotto il legislatore, nelle situazioni descritte dall'art. 392 c.p., comma 1 bis, a derogare al principio secondo cui la prova si forma in dibattimento, nel contraddittorio delle parti ed avanti al giudice chiamato ad assumere la decisione. Nella versione vigente, cioè, la disposizione, da leggersi in combinato disposto con l'art. 190-*bis* c.p.p., comma 1 bis, mira soprattutto ad evitare il c.d. fenomeno della “vittimizzazione secondaria”, vale a dire – per usare le parole che si leggono in una recente sentenza della Corte costituzionale – quel processo che porta il testimone persona offesa “a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto” (Corte Cost., sent. 21/02-27/04/2018, n. 92).

1.2. L'importanza della tutela delle persone offese, in particolare dei reati suscettibili di arrecare conseguenze gravissime sul piano psicologico come la violenza sessuale, è da tempo avvertita e le riflessioni condotte in base ad un attento esame della realtà e con il supporto delle acquisizioni scientifiche hanno indotto le organizzazioni internazionali e gli Stati a promuovere ed implementarne i livelli di generale protezione anche all'interno del processo penale con l'adozione di atti normativi vincolanti per i paesi membri e con la stipula di apposite convenzioni internazionali.

Come si legge in una recente decisione della Sezione unite di questa Corte, «l'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, e gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione. I testi normativi prodotti dall'Unione Europea in materia di tutela della vittima possono essere suddivisi in due categorie: da un lato quelli che si occupano della protezione della vittima in via generale e dall'altro lato quelli che riguardano la tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell'integrità fisica

e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili. Tra i primi assume un posto di assoluta rilevanza la Direttiva 2012/29 UE in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato, che ha sostituito la decisione-quadro 2001/220 GAI, costituente uno strumento di unificazione legislativa valido per tutte le vittime di reato, dotato dell'efficacia vincolante tipica di questo strumento normativo. Ad essa è stata data recente attuazione nell'ordinamento interno con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. Tra i testi incentrati su specifiche forme di criminalità e correlativamente su particolari tipologie di vittime, assumono particolare rilievo la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, e la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, entrambe incentrate sulla esigenza di garantire partecipazione, assistenza, informazione e protezione a particolari categorie di vittime. Come è stato osservato, la Direttiva 2012/29/UE, con il suo pendant di provvedimenti-satellite (le Direttive sulla tratta di esseri umani, sulla violenza sessuale, sull'ordine di protezione penale, tra le altre) e di accordi internazionali (le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul, in particolare), rappresenta un vero e proprio snodo per le politiche criminali, di matrice sostanziale e processuale, dei legislatori Europei» (Cass., sez. un., n. 10959 del 29/01/2016, C., Rv. 265893, in motivazione).

1.3. In tutti gli atti normativi internazionali evocati dalla decisione appena citata si afferma la necessità della tutela della persona offesa di reati come la violenza sessuale dalla vittimizzazione secondaria.

Solo per citare le più rilevanti disposizioni in materia, con particolare riguardo a quelle attuate con il disposto di cui all'art. 392 c.p.p., comma 1 bis, si consideri:

- l'art. 18 Direttiva 2012/29/UE: «fatti salvi i diritti della difesa, gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta»;
- l'art. 20 della stessa Direttiva prevede che: «fatti salvi i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale, gli Stati membri provvedono a che durante le indagini penali: a) l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente; b) il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale»;
- sempre al fine di evitare la reiterazione delle audizioni, l'art. 24 della Direttiva aggiunge che se la vittima è un minore, gli Stati membri provvedono affinché «nell'ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano es-



sere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali»;

- sulla stessa linea, l'art. 35 della Convenzione di Lanzarote stabilisce, con riguardo alle audizioni processuali del minore vittima di sfruttamento o abusi sessuali, che ciascuna delle Parti adotta le misure legislative o di altra natura necessarie affinché «il numero di audizioni sia limitato al minimo e allo stretto necessario per lo svolgimento del procedimento penale» (comma 1, lett. e) e «le audizioni della vittima o, ove necessario, di un minore testimone dei fatti, possano essere oggetto di una registrazione audiovisiva, e che tale registrazione possa essere ammessa quale mezzo di prova nel procedimento penale, conformemente alle norme previste dal proprio diritto interno» (comma 2);
- l'art. 18 della Convenzione di Istanbul, tra gli obblighi generali a carico degli Stati pone quello di adottare «le necessarie misure legislative o di altro tipo per proteggere tutte le vittime da nuovi atti di violenza» (comma 1), «al fine di proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione» (comma 2), accertandosi che le misure adottate «mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria» (comma 3; v. anche art. 56, comma 1, lett. a).

2. Ciò premesso, reputa il Collegio che l'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, nel prevedere – per quanto qui interessa – che le parti possano chiedere al G.I.P. di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa, minorenni o maggiorenne, del reato di violenza sessuale «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1» (vale a dire quelle in cui l'immediata assunzione della prova tradizionalmente si giustifica, salvi gli ampliamenti dovuti a successive integrazioni della norma sorrette da altre ragioni, per mere ragioni di urgenza modellate sul paradigma della «testimonianza a futura memoria»), escluda qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta. Le uniche valutazioni consentite (oltre a quella di cui più oltre si dirà e che discende dai principi generali in tema di ammissione della prova) attengono alla sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione, vale a dire che: l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini); il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare (cfr. Corte Cost., sent. 10 marzo 1994, n. 77); si stia procedendo per il reato di cui all'art. 609-bis c.p. (o per altro dei reati indicati dalla norma, ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità); la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattisi di

persona offesa) ovvero la persona offesa maggiorenne.

La conclusione si trae, innanzitutto, dal fatto che la disposizione non prevede alcun ulteriore – differente – criterio di valutazione da parte del giudice, non potendosi giungere ad altra interpretazione sulla base dei principi generali. In particolare, una volta che, nei casi considerati, il legislatore ha inteso evitare i fenomeni di vittimizzazione secondaria ritenendo detto interesse prevalente sul principio generale secondo cui la prova si forma in dibattimento, non sarebbe ragionevole invocare quest'ultimo valore, di carattere squisitamente processuale, per sacrificare il primo, di carattere sostanziale e giudicato ex lege preminente.

In secondo luogo, la necessità di non conculcare la tutela dei diritti delle vittime che la disposizione all'evidenza fonda trova conforto proprio nel fatto che essa attua vincoli che lo Stato italiano è tenuto ad adempiere per la sua appartenenza all'Unione Europea o per aver altrimenti stipulato convenzioni internazionali e la cui mancata osservanza può in quelle sedi originare responsabilità. L'evidente rilevanza degli interessi in gioco, peraltro, non depone – in assenza di diversi indicatori normativi – per una lettura restrittiva della disposizione. Come giustamente ha osservato il procuratore generale nella sua requisitoria, nei casi delineati il legislatore ha modificato lo statuto della prova dichiarativa prevedendo quale ipotesi ordinaria la raccolta anticipata della testimonianza attraverso lo strumento dell'incidente probatorio. Piuttosto, residui – e marginali – ambiti di discrezionalità valutativa potrebbero configurarsi, in quest'ottica, laddove l'immediata assunzione della prova contrasti con altri interessi ritenuti meritevoli di protezione dalle stesse fonti internazionali e a cui, in concreto, sia da assicurarsi la preminenza, ovvero con la stessa esigenza di ridurre al minimo il rischio di vittimizzazione secondaria. In quest'ultima prospettiva, potrebbe ad es. pensarsi alla richiesta di assunzione della prova del minore vittima di violenza sessuale che provenga dalla difesa dell'indagato ed a cui il pubblico ministero opponga un'eccezione d'irrelevanza per essere il fatto graniticamente provato sulla base di altre fonti di prova.

Le considerazioni che precedono non possono essere inficiate dalla formalistica interpretazione letterale che dell'art. 392 c.p.p., potrebbe farsi giusta il rilievo per cui la disposizione non prevede espressamente un obbligo del giudice di «disporre» l'incidente probatorio nei casi ivi disciplinati, ma una semplice facoltà di «richiesta» da parte dei soggetti processuali indicati, laddove l'art. 398 c.p.p., comma 1, si limita a stabilire che «il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio». La formulazione letterale della prima norma, di fatti, si spiega perché essa disciplina una particolare ipotesi di richiesta di ammissione di prove e, dunque, si conforma al lessico di regola seguito da consimili disposizioni, le quali evidenziano il diritto

potestativo delle parti processuali (cfr. artt. 190 e 190-*bis* c.p.p., art. 438 c.p.p., comma 5, artt. 493 e 603 c.p.p.) e, se del caso, delineano espressamente i poteri di valutazione attribuiti al giudice. Ove nulla sia specificamente previsto – come accade nel caso dell’art. 392 c.p.p., comma 1-*bis*, e dell’art. 398 c.p.p., comma 1, – vale il principio generale, sul quale è fondato l’ordinamento processuale, giusta il quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, fatta salva l’assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione, si prevede l’obbligo di ammissione da parte del giudice, cui compete soltanto la possibilità di escludere «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti» (art. 190 c.p.p., comma 1). Questa valutazione è certamente consentita anche nei casi previsti dall’art. 392 c.p.p., ma è d’immediata evidenza che essa, in concreto, ha un pressoché nullo campo di applicazione laddove sia richiesta l’assunzione della testimonianza di chi sia stato vittima di violenza sessuale, soprattutto se l’istanza provenga dalla parte che ha interesse all’assunzione della prova a carico (si è detto supra di un ipotetico caso d’irrelevanza che, per la natura del reato e le condizioni in cui lo stesso di regola si verifica, certo non appare di agevole verificazione).

3. Analizzando, sulla base degli esposti principi, le doglianze avanzate in ricorso le stesse si prospettano decisamente fondate, sia quanto all’illegittimità del diniego opposto dal G.I.P. alla richiesta di assunzione della prova, sia quanto alla natura abnorme di tale decisione, che la rende pertanto ricorribile per cassazione e suscettibile di declaratoria d’annullamento.

Quanto al primo profilo, a fronte della richiesta d’incidente probatorio del 18 dicembre 2018 avanzata dal pubblico ministero – nella quale si indicava chiaramente l’ipotesi di indagine per un grave episodio di violenza sessuale rubricato come violazione dell’art. 609-*bis* c.p., e commesso in danno di una ragazza minorenni all’epoca dei fatti (sia pur prossima al raggiungimento della maggiore età) e nella quale si faceva espresso riferimento alla sussistenza dei presupposti di cui all’art. 392 c.p.p., comma 1-*bis*, (oltre che, genericamente, all’inopportunità di rinviare la prova al dibattimento) per assumere la testimonianza della stessa con le modalità protette di cui all’art. 398 c.p.p., comma 5-*bis*, – il G.I.P. ha respinto l’istanza con la motivazione che integralmente, di seguito, si riporta: «l’assunzione della testimonianza della persona offesa circa i fatti per cui si procede non presenta caratteri di urgenza tali da non consentirne l’espletamento nella sede deputata alla formazione della prova, quale il dibattimento, nè appaiono ricorrere ulteriori condizioni che suggeriscano l’adozione del mezzo di prova nelle forme richieste».

Se la prima parte del provvedimento può essere logicamente riferita alla generica opportunità di non

rinviare l’assunzione della prova a dibattimento quale indicata nella richiesta – vale a dire ad un’ipotesi di testimonianza “a futura memoria” astrattamente riconducibile a taluno dei casi disciplinati dall’art. 392 c.p.p., comma 1, – e la decisione non è sul punto censurabile in questa sede (né, per vero, è stata fatta oggetto di doglianza in ricorso con riguardo all’ipotesi di cui al comma 1, della citata disposizione processuale), essa non è invece in alcun modo riconducibile alla diversa istanza avanzata con riguardo all’ipotesi di cui all’art. 392 c.p.p., comma 1-*bis*, e, qualora la si volesse intendere in tal senso, sarebbe macroscopicamente illegittima per quanto più sopra osservato. Lo stesso dicasi con riguardo alla seconda parte della motivazione, nella quale ci si limita ad osservare che non appaiono ricorrere ulteriori condizioni che suggeriscano l’adozione del mezzo di prova nelle forme richieste.

Il giudice, cioè, non si è in alcun modo confrontato con la specifica istanza che gli era stata avanzata e ha in sostanza rigettato la richiesta facendo generico riferimento a non meglio specificate valutazioni di opportunità che l’art. 392 c.p.p., comma 1 *bis*, in alcun modo prevede o consente.

4. Ciò precisato, reputa il Collegio che il giudice abbia esercitato un potere astrattamente previsto dalla disciplina processuale – posto che, come già si è ricordato, l’art. 398 c.p.p., comma 1, prevede che sulla richiesta di incidente probatorio «il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta» l’istanza – ma lo abbia fatto al di là di qualsiasi ragionevole limite, essendosi trattato di un rigetto arbitrario perché fondato su una non meglio precisata valutazione di “inopportunità” che nulla ha a che vedere con la disciplina processuale attuativa degli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale di cui più sopra si è detto. Senza contare che, nella specie, lo stesso difensore dell’indagato (con memoria del 19 dicembre 2018, trasmessa a seguito della notificazione della richiesta avvenuta ai sensi dell’art. 395 c.p.p.) non si era opposto, e aveva anzi sostanzialmente aderito all’istanza d’incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero, ciò che rende ancor più incomprensibile l’immotivato rigetto del G.I.P.

4.1. Per questa ragione, reputa il Collegio di non poter seguire nella vicenda de qua il consolidato orientamento – fondato sul principio di tassatività delle impugnazioni (art. 568 c.p.p., comma 1) – secondo cui è inammissibile il ricorso per cassazione avverso l’ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari accoglie, rigetta o dichiara inammissibile la richiesta di incidente probatorio (da ultimo, v. Sez. 5, n. 49030 del 17/07/2017, Palmeri e aa., Rv. 271776; Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e aa., Rv. 260590; Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013, Agrama e aa., Rv. 256573; Sez. 4, Sentenza n. 42520, Antonelli e aa., del 07/10/2009, Rv. 245780)

Questo principio – che il Collegio condivide, lad-

dove il giudice si limiti ad esercitare il potere attribuitogli dalla legge, magari anche in modo non corretto, ma senza esorbitare dagli astratti limiti previsti e che è stato di regola affermato a fronte delle valutazioni di ipotesi riconducibili alla richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392 c.p.p., comma 1, spesso, peraltro, in casi in cui la stessa era stata accolta – non si ataglia al caso di specie.

Il Collegio non ignora che tale orientamento è stato richiamato in relazione ad una vicenda analoga a quella qui in esame, essendosi affermato che l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile anche nel caso in cui abbia riguardo alle ipotesi di cui all'art. 392 c.p.p., comma 1 bis, (Sez. 3, ord. n. 21930 del 13/03/2013, Bertolini, Rv. 255483), ma reputa di non dover dare continuità, nella sua assolutezza, a quest'ultimo indirizzo.

4.1.1. La conclusione poggia innanzitutto sulla considerazione del sempre maggior rilievo che negli ultimi anni ha assunto la necessità di tutelare le vittime del reato di violenza sessuale (tanto più se minorenni all'epoca del fatto), degli altri reati indicati dall'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, e, comunque, delle vittime vulnerabili – e questa notazione trova sicura conferma nella recente approvazione, da parte del Parlamento, della legge, definita “codice rosso”, recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere anche alla luce degli obblighi internazionali che gravano sullo Stato quali più sopra richiamati, circostanza, questa, non approfondita nel citato precedente.

4.1.2. In secondo luogo – e soprattutto – la ricorribilità per cassazione va affermata con riguardo alla singolarità del provvedimento nella specie adottato, che, come accennato, si configura come strutturalmente abnorme per il suo contenuto.

Ed invero, nella misura in cui esso fa evidente, ancorché implicito, riferimento ad una disposizione diversa da quella che si sarebbe dovuta applicare – vale a dire all'art. 392 c.p.p., comma 1, (posto che si rigetta l'istanza rilevando come l'assunzione della testimonianza non presenti caratteri di urgenza) anziché al comma 1-bis (le cui particolarissime condizioni non vengono neppure evocate, come se il giudice non si fosse curato di valutare la ricorrenza dei presupposti della norma su cui il pubblico ministero richiedente aveva espressamente fondato la richiesta) - l'ordinanza è espressione di un potere non previsto dalla legge e si configura come abnorme, essendosi in sostanza “disapplicata”, senza alcuna argomentazione, una regola generale di assunzione della prova prevista in ottemperanza ad obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale. Non si tratta, soltanto, di violazione di norme processuali, ma di un provvedimento reso al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite, e quindi affetto da c.d. abnor-

mità strutturale, secondo il consolidato orientamento (cfr. Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, Battistella).

Richiamando la motivazione di una (di poco) successiva sentenza delle Sezioni unite, va rilevato che «provvedimento abnorme è quello che presenta anomalie genetiche o funzionali tanto radicali da non potere essere inquadrato nello schema normativo processuale. La categoria dell'abnormità è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in stretto collegamento con il tema della tassatività, che, come è noto, pervade il regime delle impugnazioni, in genere, e del ricorso per cassazione in specie. Rimedio, quest'ultimo, che, significativamente, racchiude in sé l'esigenza di approntare uno strumento eventualmente alternativo e residuale rispetto a tutti gli altri rimedi – che assicurino il controllo sulla legalità del procedere della giurisdizione. L'abnormità, quindi, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra – sempre e comunque – uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. Tanto che si tratti di un atto strutturalmente eccentrico rispetto a quelli positivamente disciplinati, quanto che si versi in una ipotesi di atto normativamente previsto e disciplinato, ma utilizzato al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale, ciò che segnala la relativa abnormità è proprio l'esistenza o meno del potere di adottarlo. In questa prospettiva, dunque, abnormità strutturale e funzionale si saldano all'interno di un fenomeno unitario. Se all'autorità giudiziaria può riconoscersi l'attribuzione circa l'adottabilità di un determinato provvedimento, i relativi, eventuali vizi saranno solo quelli previsti dalla legge, a prescindere dal fatto che da essi derivino effetti regressivi del processo. Ove, invece, sia proprio l'attribuzione a far difetto – e con essa, quindi, il legittimo esercizio della funzione giurisdizionale – la conseguenza non potrà essere altra che quella dell'abnormità, cui consegue l'esigenza di rimozione» (sez.un., n. 25957 del 26/03/2009, Toni e a., in motivazione).

La decisione prosegue osservando che «le Sezioni unite della Corte di Cassazione, in particolare, hanno tracciato le caratteristiche della categoria dell'abnormità (sez. un. 18-6-1993, P.M. in proc. Garonzi; S.O. 24-3-1995, P.M. in proc. Cirulli; sez. un. 9-7-1997, P.M. in proc. Balzan; sez. un. 9-7-1997, P.M. in proc. Quarantelli; sez. un. 10-12-1997, Di Battista; sez. un. 24-11-1999, Magnani; sez. un. 2411-1999 confl. giur. in proc. Di Dona; sez. un. 22-11-2000, P.M. in proc. Boniotti; sez. un. 31-1-2001, P.M. in proc. Romano; sez. un. 11-7-2001, P.G. in proc. Chirico; sez. un. 29-5-2002, Manca; sez. un. 25-2-2004, P.M. in proc. Lustrì). Al riguardo, si è affermato che è affetto da vizio di

abnormità, sotto un primo profilo, il provvedimento che, per singolarità e stranezza del suo contenuto risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite. Sotto altro profilo, si è detto che l'abnormità può discendere da ragioni di struttura allorché l'atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, ovvero può riguardare l'aspetto funzionale nel senso che l'atto stesso, pur non essendo estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo» (sez. un., n. 25957 del 26/03/2009, Toni e a., in motivazione).

Quest'orientamento – anche di recente ribadito dalle Sezioni unite – ha portato all'ulteriore affermazione secondo cui la categoria dell'abnormità così elaborata è «riferibile alle sole situazioni in cui l'ordinamento non appresti altri rimedi idonei per rimuovere il provvedimento giudiziale, che sia frutto di sviamento di potere e fonte di un pregiudizio altrimenti insanabile per le situazioni soggettive delle parti» (sez.un., n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri).

Proprio quest'ultimo aspetto viene nella specie in considerazione.

Ed invero, laddove, come nella specie, non si rimuovesse l'ordinanza con cui il G.I.P. ha arbitrariamente negato l'incidente probatorio dal pubblico ministero richiesto in un caso disciplinato dalla legge, pur non essendo ovviamente precluso il prosieguo del procedimento – né conculcati il dovere di svolgere le indagini (essendo possibile l'acquisizione di s.i.t. dalla persona offesa) ed il diritto all'assunzione della prova testimoniale nel corso del giudizio – l'alternativa procedimentale determinerebbe quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, d'altro lato, esponendo lo Stato a possibile responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea.

5. In conformità alle richieste avanzate dal procuratore generale, l'ordinanza impugnata va pertanto annullata senza rinvio con trasmissione degli atti al G.I.P. del Tribunale di Tivoli per l'ulteriore corso.

P.Q.M.

(*Omissis*)

\*\*\*Nota a sentenza

### sommario

Premessa. – 1. La vicenda fattuale. – 2. Le argomentazioni in ricorso del Procuratore della Repubblica e il quadro normativo internazionale di riferimento richiamato in sede di impugnazione. – 3. La posizione

della giurisprudenza di legittimità sulla abnormità degli atti. – 4. Il *decisum* della Corte nella fattispecie. – 5. Osservazioni conclusive.

### Premessa

Con la sentenza n. 34091 depositata lo scorso 26 luglio, la III sezione penale della Corte di Cassazione, ha revocato l'ordinanza con cui un G.I.P. – con un provvedimento ritenuto abnorme – aveva arbitrariamente negato l'incidente probatorio richiesto dal pubblico ministero in un caso di violenza sessuale ai danni di una minorenni, rilevando come l'ascolto della persona offesa in dibattimento avrebbe determinato «quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e esponendo lo Stato a possibile responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea».

### 1. La vicenda fattuale

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte prende avvio da un'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli rigettava la richiesta di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero per assumere la testimonianza di una ragazza, persona offesa in procedimento per il reato di violenza sessuale commesso quando ella era minorenni.

A fronte della richiesta d'incidente probatorio nella quale si faceva espresso riferimento alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 392 c.p.p., comma 1- *bis*, ed all'inopportunità di rinviare la prova al dibattimento, il G.I.P. respingeva l'istanza ritenendo che l'assunzione della testimonianza della persona offesa non presentasse caratteri di urgenza tali da non consentirne l'espletamento nella sede deputata alla formazione della prova, quale il dibattimento, né ricorrevano ulteriori condizioni che suggerivano l'adozione del mezzo di prova nelle forme richieste.

Avverso l'ordinanza proponeva ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica, deducendo, in via principale, l'abnormità del provvedimento: secondo il ricorrente, infatti, l'ordinanza di rigetto non faceva alcun riferimento alla particolare situazione di specie, rendendo una motivazione soltanto apparente con cui si escludeva soltanto la sussistenza di presupposti di cui all'art. 392 c.p.p., comma 1.

### 2. Le argomentazioni in ricorso del Procuratore della Repubblica e il quadro normativo internazionale di riferimento richiamato in sede di impugnazione

Il Procuratore della Repubblica di Tivoli, come detto, proponeva ricorso per cassazione chiedendo, in via principale, la declaratoria di abnormità del provvedimento emesso, con restituzione degli atti al Giudice per le indagini preliminari affinché provveda ad ammettere il richiesto incidente probatorio.



In via subordinata, chiedeva alla Corte suprema di rimettere gli atti alla Corte costituzionale, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 392, co. 1-*bis*, e 398 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la ricorribilità per cassazione – quanto meno per violazione di legge – nel caso in cui il Giudice rigetti la richiesta avanzata ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. citato, per violazione dell'art. 117 co. 1 della Costituzione in relazione all'obbligo internazionale assunto dall'Italia di evitare la vittimizzazione secondaria previsto (quanto meno):

- dagli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176;
- degli artt. 13, 14 e 31 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, Lanzarote, 25 ottobre 2007, ratificata in Italia con l. 172/2012.
- dagli artt. 12, 18, 20 e 22, Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato;
- dagli artt. 18, 26, 49, 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul, l'11 maggio 2011, ratificata in Italia con l. 77/2013;
- ovvero delle norme del c.p.p. in relazione agli articoli della Costituzione (e/o ex art. 117 Cost. in relazione alle disposizioni delle Convenzioni internazionali) che la Corte dicassazione vorrà individuare per consentire al pubblico ministero di evitare la certa vittimizzazione secondaria della vittima minorenni (ovvero maggiorenne) dei reati di cd. violenza di genere (individuati dall'art. 391, co. 1-*bis* prima parte, c.p.p.) e così evitare la successiva prevedibile condanna dell'Italia da parte della Cedu.

A parere del ricorrente, il Gip, con una motivazione priva di alcun riferimento alla situazione di fatto in cui era la vittima e alle norme citate nella richiesta del PM, con una motivazione apparente, rigettava la richiesta difettando, i presupposti dell'art. 392 co. 1 c.p.p. pur in presenza:

- di un procedimento per il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p.p., ipotesi disciplinata dall'art. 392, co. 1-*bis*, primo periodo, che prevede l'espletamento dell'incidente probatorio "al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" (cd. vulnerabilità presunta o tipica);
- di una persona offesa minorenni all'epoca dei fatti, ipotesi disciplinata dall'art. 392, co. 1-*bis*, primo periodo, che prevede l'espletamento dell'incidente probatorio "al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" (cd. vulnerabilità presunta o tipica).

Tale provvedimento – si legge nel ricorso proposto – non consente al PM di evitare la vittimizzazione secondaria con grave danno per le persone coinvolte e in violazione di legge e delle convenzioni internazionali.

Sul progressivo ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio in presenza di vittime minorenni, viene richiamata una recente sentenza della Corte costituzionale 21 febbraio 2018, n. 92, che pone in risalto la funzione delle modifiche succedutesi a tutela del minorenni, anche se divenuto maggiorenne nel corso del procedimento:

«Il processo di implementazione dei presidi a tutela del minorenni chiamato a rendere testimonianza ha preso concretamente avvio con la legge 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), il cui art. 13 ha aggiunto all'art. 392 cod. proc. pen. un comma 1-*bis*, ove si stabiliva che, nei procedimenti per fatti riconducibili alle più gravi tra le nuove figure di reato introdotte dalla stessa legge, le parti potessero «chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», ossia a prescindere dalle condizioni di indifferibilità della prova cui è ordinariamente subordinata la possibilità di una sua assunzione anticipata rispetto alla naturale sede dibattimentale. La disposizione è stata oggetto di ripetute modifiche ad opera di successive novelle legislative, che ne hanno via via dilatato il perimetro applicativo, tanto con riguardo ai reati – nel cui catalogo figura, a partire dal 2009, anche il delitto di maltrattamenti (art. 572 del codice penale), per cui si procede nel giudizio a quo – quanto in relazione al novero dei soggetti tutelati, che, sempre a partire dal 2009, abbraccia tutti i minori, anche ultra sedicenni (siano o meno persone offese dal reato), nonché le persone offese maggiorenni».

L'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p. prevede che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della persona minorenni per i delitti ivi indicati, compreso quello di cui all'art. 609-*bis* c.p. contestato.

Questa disposizione trova fondamento, a livello internazionale, principalmente negli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e, di riflesso, nell'art. 117 Cost., nella parte in cui, al primo comma, impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Inoltre, vengono richiamate ulteriori fonti normative internazionali.

È ormai noto come la normativa sovranazionale, e nello specifico, la Convenzione di Lanzarote del 2007, la Convenzione di Istanbul del 2011 e la direttiva UE 29/2012 (oltre che la citata direttiva 2011/36/UE), abbia modificato profondamente la posizione della persona offesa di alcune tipologie di reato o in presen-

za di particolari condizioni, rafforzandone il ruolo di soggetto processuale, tanto che si sottolinea che oggi «il processo non serve più solo a tutelare l'interesse collettivo al perseguimento degli autori di reato, ma anche a tutelare l'interesse individuale della vittima all'accertamento della responsabilità, oltre che alla propria integrità psicofisica».

Prova ne sia che le leggi che hanno recepito nel nostro ordinamento le indicazioni comunitarie hanno modificato le norme sostanziali e processuali penali (L. 1/10/2012, n. 172, d.l. 14/8/2013, n. 93, convertito con L. 15/10/2013 n. 119, d.lgs. 15/12/2015 n. 212; d.lgs. 24/2014, per la direttiva 2011/36/UE) e ai fini che qui interessano, hanno delineato uno speciale sistema per la raccolta della testimonianza della vittima vulnerabile, con la finalità di evitare e/o limitare la c.d. "vittimizzazione secondaria"; sistema pienamente conforme con la Costituzione, nello specifico con gli artt. 2, 3, 24, 31, 32, 111, 112.

La stessa Corte di Cassazione, a Sezioni unite, nella sentenza n. 10959 del 29/01/2016, Rv. 265893, occupandosi della questione dell'obbligo di avviso ex art. 408 co. 3-bis c.p.p. alla persona offesa nei delitti commessi con violenza alla persona, ha ricostruito in modo chiaro e completo l'evoluzione della figura della vittima del processo penale, consentendo all'interprete di desumere dalle argomentazioni dei giudici di legittimità indicazioni chiare sui principi a tutela delle vittime nel processo penale.

L'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, e gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione.

I testi normativi prodotti dall'Unione Europea in materia di tutela della vittima possono essere suddivisi in due categorie: da un lato quelli che si occupano della protezione delle vittime in via generale e dall'altro quelli che riguardano la tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell'integrità fisica e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili.

Tra i primi assume un posto di assoluta rilevanza la direttiva 2012/29 UE in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima del reato, che ha sostituito la decisione quadro 2001/220 GAI, costituente uno strumento di unificazione legislativa valido per tutte le vittime di reato, dotato dell'efficacia vincolante tipica di questo strumento. Ad essa è stata data recente attuazione dell'ordinamento interno con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

Tra i testi incentrati su specifiche forme di criminalità e correlativamente su particolari tipologie di vittime, assumono particolare rilievo la Convenzione di

Lanzarote del consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, e la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, entrambe incentrate sulla esigenza di garantire partecipazione, assistenza, informazione e protezione a particolari categorie di vittime

In particolare:

La Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali prevede:

- Art. 14, «Assistenza alle vittime 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere per assistere le vittime a breve e lungo termine nel loro processo di guarigione fisica e psico-sociale. Le misure adottate in applicazione del presente paragrafo devono tenere in debito conto il parere, i bisogni e le preoccupazioni del minore. ....»;
- Art. 30, «Principi 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere affinché le indagini e i procedimenti penali si svolgano nell'interesse superiore e nel rispetto dei diritti del minore. 2. Le Parti adottano un approccio protettivo nei confronti delle vittime, assicurando che le indagini e i procedimenti penali non aggravino il trauma subito dal minore e che alla risposta penale del sistema giuridico siano affiancate le opportune misure di sostegno. 3. Le Parti provvedono affinché le indagini e i procedimenti penali siano effettuati a titolo prioritario e portati avanti senza ingiustificato ritardo»;
- Art. 31, «Misure generali di protezione 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere per tutelare i diritti e gli interessi delle vittime, comprese le loro particolari esigenze come testimoni, in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti penali, in particolare: a. informandole sui loro diritti e i servizi a loro disposizione e, sempre che vogliano ricevere tali informazioni, sul seguito dato alla loro denuncia, i capi d'accusa, l'andamento generale delle indagini o del procedimento e il ruolo che vi assumono, così come sulla decisione pronunciata; b. provvedendo affinché, almeno nei casi in cui sono in pericolo, le vittime e le loro famiglie siano, all'occorrenza, informate quando la persona perseguita o condannata è rilasciata a titolo temporaneo o definitivo; c. consentendo loro, alle condizioni previste dalle norme procedurali nazionali, di essere sentite, di fornire prove e di scegliere i modi in cui le loro opinioni, le loro esigenze e le loro preoccupazioni siano presentate ed esaminate, direttamente o attraverso un intermediario; d. offrendo loro un'assistenza appropriata affinché i loro diritti e i loro interessi siano debitamente presentati e considerati; e. tutelando la loro vita privata, la loro identità e la loro immagine, e adottando

misure conformi al diritto nazionale per prevenire la diffusione pubblica di qualunque informazione possa condurre alla loro identificazione; f. mettendo le vittime, come pure le loro famiglie e i testimoni a carico, al riparo da intimidazioni, ritorsioni e rivittimizzazioni; g. badando che le vittime e gli autori dei reati non si trovino a contatto diretto nei tribunali e negli uffici delle forze dell'ordine, eccettuati i casi in cui le autorità competenti decidano diversamente nell'interesse superiore del minore e i casi in cui lo richieda l'indagine o il procedimento».

Le disposizioni del diritto dell'UE rilevanti ai fini della soluzione della questione interpretativa trovano collocazione nei Trattati, nella Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo del consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la decisione quadro 2001/220/Gai, mentre le fonti internazionali di diritto pattizio nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), e La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul).

In primo luogo, la tutela delle vittime di reato garantita dalla Direttiva 2012/29/UE rappresenta un'attuazione dei principi sanciti dalle seguenti disposizioni:

- Art. 2 TUE: «L'unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne».
- Art. 1 Carta di Nizza (alla quale l'art. 6 TUE ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati) che proclama il valore della dignità umana: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».
- Art. 52 Carta di Nizza che proclama il principio di proporzionalità per favorire il bilanciamento tra i diversi diritti. «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».
- Art. 54 della Carta di Nizza che codifica il divieto di abuso del diritto: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso

di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, al Considerando 57 prevede: «Le vittime della tratta di esseri umani, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza nelle relazioni strette, di violenza o sfruttamento sessuale, della violenza di genere, di reati basati sull'odio, e le vittime disabili e le vittime minorenni tendono a presentare un elevato tasso di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Occorre prestare particolare attenzione quando si valuta se tali vittime corrano il rischio di tale vittimizzazione, intimidazione o di ritorsioni e presumere che trarranno vantaggio da misure speciali di protezione».

Queste le norme di rilievo in questa sede:

- Art. 12, 1. «Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, e almeno alle seguenti condizioni...»;
- Art. 18, «fatti salvi i diritti della difesa, gli stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze»;
- L'art. 20 lett. b) prevede che debba contendersi l'audizione delle persone offese dal reato nella fase delle indagini preliminari, evitando che il protrarsi delle audizioni possa ulteriormente pregiudicare la situazione psicologica ed emotiva della vittima: «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale»;
- Art. 22; «1. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni».

La Convenzione di Istanbul prevede, nel Preambolo «Gli Stati membri del Consiglio d'Europa e gli altri firmatari della presente Convenzione, ...Condannando ogni forma di violenza sulle donne e la violenza

domestica; ...; Riconoscendo che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione; ...Riconoscendo con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato ...Hanno convenuto quanto segue...».

Queste alcune norme di rilievo:

- Art. 18, «Obblighi generali – 1 Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro tipo per proteggere tutte le vittime da nuovi atti di violenza. 2 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie, conformemente al loro diritto interno, per garantire che esistano adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri, le autorità incaricate dell'applicazione della legge, le autorità locali e regionali, le organizzazioni non governative e le altre organizzazioni o entità competenti, al fine di proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione, ivi compreso riferendosi ai servizi di supporto generali e specializzati di cui agli articoli 20 e 22 della presente Convenzione. 3 Le Parti si accertano che le misure adottate in virtù del presente capitolo: siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima:
  - siano basate su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale;
  - mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria;
  - mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze;
  - consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto;
  - soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili. ....»
- Art. 26, «Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza – 1 Le Parti adottano le misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell'ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione. ...»;
- Art. 49, «Obblighi generali – 1 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per

garantire che le indagini e i procedimenti penali relativi a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione siano avviati senza indugio ingiustificato, prendendo in considerazione i diritti della vittima in tutte le fasi del procedimento penale. 2 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo, in conformità con i principi fondamentali in materia di diritti umani e tenendo conto della comprensione della violenza di genere, per garantire indagini e procedimenti efficaci nei confronti dei reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione»;

- Art. 54, «Indagini e prove – Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che in qualsiasi procedimento civile o penale, le prove relative agli antecedenti sessuale e alla condotta della vittima siano ammissibili unicamente quando sono pertinenti e necessarie».

Il d.lgs. 212/2015, in aderenza alla Direttiva 2012/29/UE, ha previsto specifiche misure a tutela delle "vittime di particolare vulnerabilità". Ai fini di delineare le coordinate del concetto di "particolare vulnerabilità", è stato introdotto uno specifico articolo, ossia l'art. 90 quater c.p.p. Detta previsione va letta in coordinamento con le indicazioni offerte dall'art. 1 (principi generali) del d.lgs. 24/2012, diretto ad evidenziare la necessità di valutare la situazione di vulnerabilità non secondo criteri astratti e presuntivi, ma alla luce di un'analisi di determinati requisiti. Ai sensi di tale articolo « nella attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere».

La svolta riguardante il mutato assetto normativo, trattandosi di una rivitalizzazione della persona offesa del reato, è diretta conseguenza delle vincolanti indicazioni provenienti dalle Direttive europee. Il d.lgs. n. 212 /2015, con cui il legislatore italiano ha inciso significativamente su tale materia, è stato emanato allo scopo di dare attuazione (sia pur con un certo ritardo) alla Direttiva 2012/29/UE, volta a delineare dei nuovi parametri normativi in tema di diritti, assistenza e protezione alle vittime di reato, sostituendo in tal modo la Decisione quadro 2001/220/GAI, che non aveva invece mai trovato concreta attuazione.

Per analizzare il caso di specie, occorre soffermarsi su un altro strumento, che emerge dall'analisi di alcuni degli interventi novellistici che hanno interessato l'art. 392 c.p.p., conducendo fra l'altro all'introduzione del comma 1-bis, con la l. n. 66/1996. La scelta, poi riproposta con la l. n. 172/2012, di ratifica della Conven-



zione di Lanzarote, tendente ad allargare l'ambito di applicabilità dell'incidente probatorio al di là delle sue coordinate tradizionali, è stata dettata non solo dalla ritenuta sussistenza di una sorta di presunzione *ex lege* di non rinviabilità dell'assunzione delle dichiarazioni da parte di soggetti ancora immaturi, fortemente condizionabili, ma anche, se non soprattutto, dalla volontà di salvaguardare la situazione psicofisica di determinati individui, potenzialmente fragili, evitando ad essi di subire il trauma di essere ascoltati in udienza dibattimentale.

E proprio alla luce di tale impianto normativo, nel ricorso ci si duole, appunto, della abnormità del rigetto della richiesta di assunzione della prova testimoniale ad opera del G.I.P., rilevando come di fosse in presenza di un provvedimento:

- a) sostanzialmente privo di motivazione, sicché si pone al di fuori degli ordinari schemi processuali;
- b) adottato al di fuori dei casi consentiti, essendo il G.I.P. obbligato ad ammettere l'incidente probatorio, salvo che in carenza assoluta dei presupposti (reato diverso da quello elencato, insussistenza del reato *in radice*);
- c) determinante una sostanziale stasi del procedimento atteso che il prosieguo, in assenza di incidente probatorio, farebbe sorgere la responsabilità del pubblico ministero (edello Stato) nel verificarsi della vittimizzazione secondaria, in violazione degli obblighi internazionali.

### 3. La posizione della giurisprudenza di legittimità sulla abnormità degli atti

La lunga elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni unite<sup>1</sup> ha chiarito quali sono le caratteristiche della categoria della "abnormità", precisando: – che è affetto da tale vizio il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite; – che l'abnormità dell'atto può riguardare sia il profilo strutturale, allorché l'atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, sia il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo, potendosene ravvisare un sintomo nel fenomeno della c.d. regressione anomala del procedimento ad una fase anteriore. L'assenza di criteri uniformi d'identificazione dei caratteri distintivi

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez. un., 26 aprile 1989, Goria; sez. un., 9 luglio 1997, P.M. in proc. Quarantelli; sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista; sez. un., 24 novembre 1999, Magnani; sez. un., 22 novembre 2000, P.M. in proc. Boniotti; sez. un., 22 novembre 2000, P.M. in proc. Istituto Buonarroti; sez. un., 31 gennaio 2001, P.M. in proc. Romano; sez. un., 31 maggio 2005 n. 22909, P.M. in proc. Minervini.

del provvedimento abnorme ha contribuito ad una progressiva estensione di tale categoria, rispetto alle tradizionali invalidità dell'atto, nell'intento dichiarato da parte della giurisprudenza di legittimità di rimuovere, con il rimedio del ricorso immediato per Cassazione, situazioni processuali *extra ordinem*, altrimenti non eliminabili (per la preclusione derivante dalla tassatività dei mezzi di impugnazione e delle nullità), che conseguono ad atti del giudice geneticamente o funzionalmente anomali, non 4 inquadabili nei tipici schemi normativi ovvero incompatibili con le linee fondanti del sistema.

È appena il caso di citare talune, più rilevanti e recenti pronunce, della giurisprudenza di legittimità in tema di abnormità degli atti processuali.

«È abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari senza indicare, se non in modo confuso e generico, l'esistenza di una causa di invalidità dell'atto che renda necessaria la sua rinnovazione» (nella specie, Il giudice aveva disposto la restituzione degli atti sul presupposto della difettosa notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini ma senza neppure indicare quale avrebbe dovuto essere il rimedio processuale a tale asserito vizio). (Cass., Sez. II, 3 maggio 2019, n. 27935).

«È abnorme l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento, nel dichiarare la nullità della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis cod. proc. pen., restituisca gli atti al pubblico ministero provvedendo contestualmente alla fissazione di una nuova udienza dibattimentale» (In motivazione la Corte ha precisato che si tratta di statuizioni tra loro confliggenti che, da un lato, determinano la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari e, dall'altro, comportano un'indebita limitazione del potere dell'ufficio requirente di assumere le proprie determinazioni all'esito degli adempimenti prescritti). (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2018, n. 12494).

«È abnorme l'ordinanza di restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen., in cui sia anche dichiarata la falsità di un atto o di un documento, in quanto tale statuizione, ex art. 537 cod. proc. pen., può essere contenuta soltanto in un provvedimento decisorio avente natura giurisdizionale e non quindi in un provvedimento meramente interlocutorio» (Cass., Sez. V, 15 novembre 2018, n. 57085).

«È abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento, davanti al quale si sia instaurato giudizio ordinario a seguito di opposizione a decreto penale di condanna, dichiari la nullità di quest'ultimo ed ordini la trasmissione degli atti al pubblico ministero perché si colloca al di fuori delle ipotesi tassativamente previste e perché determina una stasi processuale non rimuovibile se non con l'impugnazione. Tale principio

trova applicazione anche nella fattispecie in cui il Tribunale abbia rimesso gli atti al pubblico ministero, a seguito di dichiarazione di nullità del decreto penale di condanna, per il mancato inserimento nello stesso dell'avviso della facoltà di chiedere, mediante l'opposizione, la sospensione del procedimento con messa alla prova, come previsto a seguito della sentenza Corte Cost. n. 201 del 6 luglio 2016» (Cass., Sez. III, 30 ottobre 2018, n.8690).

#### 4. Il *decisum* della Corte nella fattispecie

La Corte accoglie il ricorso del Procuratore di Tivoli, condividendone le argomentazioni dedotte.

Il Supremo Collegio si sofferma sul risalto dato dalla normativa internazionalistica alla tutela delle persone offese, non mancando di rievocare innanzitutto un precedente delle stesse Sezioni unite secondo cui «l'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, e gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione. I testi normativi prodotti dall'Unione Europea in materia di tutela della vittima possono essere suddivisi in due categorie: da un lato quelli che si occupano della protezione della vittima in via generale e dall'altro lato quelli che riguardano la tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell'integrità fisica e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili. Tra i primi assume un posto di assoluta rilevanza la Direttiva 2012/29 UE in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato, che ha sostituito la decisione-quadro 2001/220 GAI, costituente uno strumento di unificazione legislativa valido per tutte le vittime di reato, dotato dell'efficacia vincolante tipica di questo strumento normativo. Ad essa è stata data recente attuazione nell'ordinamento interno con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. Tra i testi incentrati su specifiche forme di criminalità e correlativamente su particolari tipologie di vittime, assumono particolare rilievo la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, e la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, entrambe incentrate sulla esigenza di garantire partecipazione, assistenza, informazione e protezione a particolari categorie di vittime. Come è stato osservato, la Direttiva 2012/29/UE, con il suo pendant di provvedimenti-satellite (le Direttive sulla tratta di esseri umani, sulla violenza sessuale, sull'ordine di protezione penale, tra le altre) e di accordi internazionali (le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul, in particolare), rappresenta un

vero e proprio snodo per le politiche criminali, di matrice sostanziale e processuale, dei legislatori Europei» (Cass., sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959).

Ora, l'art. 392, c. 1-*bis* c.p.p. – disposizione introdotta nel codice di rito dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66 (recante Norme contro la violenza sessuale), da ultimo sostituito dalla L. 1 ottobre 2012, n. 172 (rubricata Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) - prevede che nei procedimenti relativi a taluni gravi reati, tra cui il delitto di violenza sessuale previsto dall'art. 609-*bis* c.p., «il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi del comma 1». La disposizione - in questa parte integrata dal d.lgs. n. 15 dicembre 2015, n. 212 (recante Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI) – aggiunge che si procede allo stesso modo, “in ogni caso”, vale a dire, indipendentemente dal reato oggetto di indagine, all'assunzione della testimonianza della persona offesa che “versa in condizione di particolare vulnerabilità”.

Reputa la Corte condivisibili le ragioni esposte in ricorso sia in punto di illegittimità del diniego opposto dal G.I.P. alla richiesta di assunzione probatoria, sia in punto di natura abnorme del provvedimento medesimo.

Sul primo versante, va sottolineato che, in effetti, lo scopo dell'introduzione dell'incidente probatorio, come appare evidente, è stato quello di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria, dovendosi intendere le conseguenze che la vittima potrebbe avere, dal punto di vista emotivo e relazionale, causato dall'impatto tra la vittima e il sistema della giustizia penale, esplicandosi, in questo caso, nella costrizione a dover ripetere più volte, e quindi rivivere, le narrazioni dolorose del reato. Molto spesso, infatti, alla sofferenza derivante dal reato, se ne riconnette un'altra, quella della partecipazione al processo penale la cui estrinseca violenza è a tutti nota.

Si rammenta che con la l. 66/1996, e successivamente con la l. 38/2009, il legislatore ha previsto che la forma richiesta per l'audizione di minori e di persone offese particolarmente vulnerabili sia quella dell'incidente probatorio (come desunto dal comma 1 bis dell'art. 392 c.p.p.).

In tal modo, il legislatore ha disposto che il ricorso all'anticipata assunzione della testimonianza della

persona offesa minore e in condizione di particolare vulnerabilità, possa avvenire anche in via autonoma, al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p.

L'assunzione della prova nel rispetto del principio del contraddittorio, che impone ai sensi dell'art. 393 co. 2 bis c.p.p. al pubblico ministero il deposito di tutti gli atti di indagine, assicura la possibilità di procedere all'audizione della persona offesa solo una volta, senza ricorrervi successivamente (salvo quanto previsto dall'art. 190 bis, co. 1-bis, c.p.p.), con le migliori modalità di espletamento.

La lettura combinata degli artt. 392, co. 1-bis, c.p.p. e 190-bis, co. 1-bis, c.p.p. costituisce elemento interpretativo di particolare forza per sostenere che il legislatore tramite l'incidente probatorio voglia sottrarre la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, e il minore, a plurime audizioni al fini di minimizzare il rischio di vittimizzazione secondaria che deriva dall'impatto con il processo penale e dal dover rivivere l'esperienza personale plurime volte, causando quindi possibili ripercussioni sulle condizioni psicologiche della vittima.

Sotto il profilo processuale ciò si traduce nella necessità di procedere all'assunzione di una prova il più possibile esente da contaminazioni. Ovvio che l'audizione della persona offesa costituisce momento di particolare delicatezza che rischia di alterare le prove acquisibili e che impone, pertanto, di procedere con estrema cautela e scrupolo. Per tale motivo, sarebbe opportuno poter procedere all'audizione della persona offesa in un unico momento, sottraendola dalle reiterate acquisizioni in dibattimento, ed eventualmente anche condotte in maniere scorretta e suggestiva.

La tutela della persona offesa, specialmente nei casi in cui vittima di gravi reati (di violenza di genere), quali quello indicati nell'art. 392, co. 1-bis, c.p.p., impone la stretta osservanza delle regole processuali a garanzia della più ampia salvaguardia fragile delle persone offese.

La Suprema Corte evidenzia che l'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, nel prevedere – per quanto qui interessa – che le parti possano chiedere al G.I.P. di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa, minorenni o maggiorenne, del reato di violenza sessuale “anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1” (vale a dire quelle in cui l'immediata assunzione della prova tradizionalmente si giustifica, salvi gli ampliamenti dovuti a successive integrazioni della norma sorrette da altre ragioni, per mere ragioni di urgenza modellate sul paradigma della “testimonianza a futura memoria”), escluda qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta. Le uniche valutazioni consentite (oltre a quella di cui più oltre si dirà e che discende dai principi generali in tema di ammissione della prova) attengono alla sus-

sistenza dei requisiti indicati dalla disposizione, vale a dire che: l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini); il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare (cfr. Corte Cost., sent. 10 marzo 1994, n. 77); si stia procedendo per il reato di cui all'art. 609 bis c.p. (o per altro dei reati indicati dalla norma, ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità); la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattisi di persona offesa) ovvero la persona offesa maggiorenne. La conclusione si trae, innanzitutto, dal fatto che la disposizione non prevede alcun ulteriore – differente – criterio di valutazione da parte del giudice, non potendosi giungere ad altra interpretazione sulla base dei principi generali.

Inoltre, i Giudici di piazza Cavour bacchettano severamente il G.I.P. imputandogli di non essersi confrontato con la specifica istanza che gli era stata avanzata e ha in sostanza rigettato la richiesta facendo generico riferimento a non meglio specificate valutazioni di opportunità che l'art. 392 c.p.p., comma 1 bis, in alcun modo prevede o consente.

Sul piano della abnormità dell'atto, la Cassazione, pur registrando taluni orientamenti in senso contrario<sup>2</sup>, reputa di doversene discostare, innanzitutto sotto il profilo della ricorribilità in sede di legittimità del rigetto della richiesta di incidente probatorio.

Si chiarisce in sentenza che tale impostazione volta a dichiarare la inammissibilità della impugnazione è condivisibile solo allorquando il giudice si limiti ad esercitare il potere attribuitogli dalla legge, magari anche in modo non corretto, ma senza esorbitare dagli astratti limiti previsti e che è stato di regola affermato a fronte delle valutazioni di ipotesi riconducibili alla richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392 c.p.p., comma 1, spesso, peraltro, in casi in cui la stessa era stata accolta – non si attaglia al caso di specie.

In adesione, invece, all'indirizzo granitico della giurisprudenza in ordine alle ipotesi di abnormità dell'atto, indirizzo richiamato ampiamente pure in sede di ricorso dal Procuratore di Tivoli come sopra di è detto, conclude la Corte di legittimità che laddove non si rimuovesse l'ordinanza con cui il G.I.P. ha arbitrariamente negato l'incidente probatorio dal pubblico ministero richiesto in un caso disciplinato dalla legge, pur non essendo ovviamente precluso il prosieguo del procedimento – né conculcati il dovere di svolgere le indagini (essendo possibile l'acquisizione di s.i.t. dalla persona offesa) ed il diritto all'assunzione

<sup>2</sup> Sez. 5, 17 luglio 2017, n. 49030 Palmeri e aa., Rv. 271776; Sez. 1, 28 aprile 2014, n. 37212, Liuzzi e aa., Rv. 260590; Sez. F, 01 agosto 2013, n. 35729, Agrama e aa., Rv. 256573; Sez. 4, sentenza 07 ottobre 2009, n. 42520, Antonelli e aa., Rv. 245780.

della prova testimoniale nel corso del giudizio – l’alternativa procedimentale determinerebbe quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, d’altro lato, esponendo lo Stato a possibile responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell’Unione Europea.

Di qui, l’annullamento dell’ordinanza.

### 5. Osservazioni conclusive

La pronuncia in esame, per certi aspetti, molto innovativa, appare condivisibile sulla scorta delle ragioni indicate, e in fedele interpretazione dei testi normativi internazionali in materia.

Non v’è dubbio, invero, che, il bilanciamento tra i contrapposti valori operato dalla normativa processuale vigente non può essere reputato inadeguato, sul versante della protezione del minore: e ciò particolarmente in rapporto a procedimenti per reati quale quello oggetto del giudizio a quo. L’esigenza che si pone in materia non è, evidentemente, quella di evitare al minore i «disagi» inevitabilmente connessi al fatto di dover rendere testimonianza, apprezzabili in rapporto alla generalità dei testi, ma l’altra di preservarlo dagli effetti negativi che la prestazione dell’ufficio di testimone può produrre in rapporto alla peculiare condizione del soggetto. È un dato acquisito, in effetti, che i minori, in quanto soggetti in età evolutiva, possono subire un trauma psicologico a seguito della loro esperienza in un contesto giudiziario penale. I fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale sono il dover deporre in pubblica udienza nell’aula del tribunale, l’essere sottoposti all’esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all’imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante. Se il minore è vittima del reato, d’altra parte, il dover testimoniare contro l’imputato si presta a innescare un meccanismo di cosiddetta “vittimizzazione secondaria”, per il quale egli è portato a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto. Il trauma cui il minore è esposto durante l’esame testimoniale si ripercuote, d’altronde, negativamente sulla sua capacità di comunicare e di rievocare correttamente e con precisione i fatti che lo hanno coinvolto, o ai quali ha assistito, rischiando così di compromettere la genuinità della prova. Far sì che la testimonianza del minorenne venga acquisita in condizioni tali da tutelare la serenità del teste è, dunque, necessario anche al fine di una più completa e attendibile ricostruzione dell’accaduto.

La particolare attenzione del legislatore verso la vittima soggetta a possibile vittimizzazione secondaria emerge, con evidenza, dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 212/2015 che prosegue e rafforza la tutela già

prevista, e in questo senso, essa è testimoniata anche dal recentissimo varo della L. 19 luglio 2019, n. 69, meglio nota come “Codice Rosso”.



a cura di Angelo Pignatelli  
Avvocato

## I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

### Il provvedimento di archiviazione ex 131-bis c.p. va iscritto nel casellario giudiziale ma non deve comparire nei certificati penali

#### abstract

*With the decision under examination, the United Sections had been called upon to settle the contrast regarding the possibility of archiving the provision for particular tenuousness of the fact pursuant to art. 131-bis c.p. must be registered in the criminal record, pursuant to art. 3, paragraph 1, lett. f), d.P.R. November 14, 2002, n. 313, as amended by art. 4 d. lgs. 16 March 2015, n. 28. The United Sections considered that the majority orientation that had been formed for which the archiving measures for particular tenuousness were not to be entered in the criminal record cannot be shared. At the same time they reiterated the logical-systematic path developed in the aforementioned pronouncement of the Unite Sections Tushaj as judged to be coherent with the rationale of the institution as per art. 131-bis of the Civil Code, as well as supported by a series of additional regulatory and systematic indices. In conclusion, it has been specified that the exclusion of the provisions that declare non-punishment pursuant to art. 131 bis c.p. from the certifications of the register, it makes it further evident that the registration acquires exclusively that function of memorization of their adoption destined to explicate its effects only in the Judiciary. In consideration of the above, the principle of law has been affirmed according to which the dismissal provision for particular tenuousness of the fact pursuant to art. 131-bis c.p. must be registered in the criminal record, provided that no mention must be made in the certificates issued at the request of the interested party, the employer and the public administration.*

#### keywords

*Filing ex art. 131 c.p. – Judicial record keeping.*

#### abstract

*Con la decisione in esame le Sezioni unite erano state chiamate a dirimere il contrasto circa l'iscrivibilità del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. debba essere iscritto nel casellario giudiziale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dall'art. 4 d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Le Sezioni unite hanno ritenuto che l'orientamento maggioritario che si era formato per il quale i provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto non andavano iscritti nel casellario giudiziale non possa essere condiviso. Nel contempo hanno ribadito il percorso logico-sistematico sviluppato nella citata pronuncia delle Sezioni unite Tushaj in quanto giudicato coerente alla ratio dell'istituto di cui all'art. 131-bis c.p., nonché confortato da una serie di indici normativi e sistematici ulteriori. Conclusivamente si è precisato che la esclusione dei provvedimenti che dichiarano la non punibilità ex art. 131-bis c.p. dalle certificazioni del casellario, rende ulteriormente evidente come l'iscrizione assolva esclusivamente a quella funzione di memorizzazione della loro adozione destinata ad esplicare i suoi effetti soltanto nell'ambito Giudiziario. In considerazione di quanto sopra è stato affermato il principio di diritto secondo il quale il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione.*

#### parole chiave

*Archiviazione ex art. 131-bis c.p. – Annotazione casellario giudiziale.*

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite, sentenza 30 maggio 2019, dep. 24 settembre 2019, n. 38954

#### Il provvedimento di archiviazione ex 131-bis c.p. va iscritto nel casellario giudiziale senza essere riportato nei certificati penali

*Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione.*

\*\*\*

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: «Se il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p. debba essere iscritto nel casellario giudiziale, ai sensi del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, art. 3, comma 1, lett. f), come modificato dal d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 4».

In merito all'iscrivibilità nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto, era insorto un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo l'orientamento maggioritario, tali provvedimenti non rientrano nella categoria dei provvedimenti giudiziari definitivi menzionati dal d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, art. 3, comma 1, lett. f), e non sarebbero, pertanto, soggetti ad iscrizione nel casellario giudiziale.<sup>1</sup>

In senso contrario, si era pronunciata una isolata decisione Serra<sup>2</sup> secondo la quale i decreti di archiviazione, disposti ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., sarebbero invece iscrivibili nel casellario.

Il Supremo Consesso, prima di esaminare gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla questione oggetto di remissione, riteneva opportuno ricostruire, brevemente, il quadro normativo di riferimento e la sua evoluzione ai fini della soluzione della

questione proposta, per la cui lettura si rimanda alla sentenza.

Restando al profilo squisitamente giurisprudenziale oggetto di interesse, si può affermare che fino alla pronuncia della sentenza Serra del 2017, tutte le pregresse decisioni delle Sezioni semplici, avevano costantemente negato che i provvedimenti di archiviazione adottati in riferimento all'art. 131bis c.p. potessero essere iscritti nel casellario giudiziale.

Sempre nel senso di escludere che il provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto fosse soggetto ad iscrizione, in quanto non definitivo e perché tale iscrizione si risolverebbe in una violazione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente tutelati dell'indagato si erano uniformemente schierati altre precedenti pronunzie<sup>3</sup>.

A questo indirizzo maggioritario si era poi recentemente contrapposta la sentenza Serra la quale aveva affrontato la questione oggetto di remissione in via incidentale, all'esclusivo fine di ribadire il principio, poi massimato, per cui il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, pronunciato ai sensi dell'art. 411 c.p.p., comma 1, è nullo se emesso senza l'osservanza della speciale procedura prevista al comma 1bis di detta norma, non essendo le disposizioni generali contenute negli artt. 408 c.p.p. e ss. idonee a garantire il necessario contraddittorio sulla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p.. In motivazione la sentenza Serra osservava però come l'instaurazione del contraddittorio con l'indagato nelle forme previste dalla disposizione sopra richiamata sia condizione ineludibile per la validità del provvedimento di archiviazione in quanto quest'ultimo non è completamente liberatorio, essendo destinato ad essere iscritto nel casellario giudiziale in virtù di quanto disposto dal d. lgs. n. 28 del 2015, art. 4. Precisano i Giudici delle Sezioni unite che nonostante la natura meramente assertiva di tale affermazione, appare evidente che la stessa presupponga una interpretazione del significato della modifica apportata al d.P.R. n. 313 del 2002, art. 3, comma 1, lett. f) dall'intervento normativo citato dalla sentenza diametralmente opposta a quella adottata dalle pronunzie che si inseriscono nell'orientamento maggioritario, dando così vita al segnalato contrasto.

In ogni caso, ricordano i Giudici del Supremo Consesso che antecedentemente alla pronuncia della sentenza Serra, sulla questione oggetto del rilevato contrasto si erano già pronunziate le Sezioni unite<sup>4</sup> Tu-

<sup>1</sup> In tal senso vengono richiamate Sez. 5, 15 gennaio 2018, n. 3817, Pisani, Rv. 272282 per la quale «il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, non rientrando nella categoria dei provvedimenti giudiziari definitivi di cui all'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, non è soggetto ad iscrizione nel casellario giudiziale. (In motivazione, la Corte ha altresì precisato che, in caso di opposizione dell'indagato alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, l'esame del giudice non è limitato ai profili di dissenso dedotti ed alla tenuità, ma è esteso all'intera valutazione della responsabilità del soggetto indagato)»; Sez. 3, 26 gennaio 2017, n. 30685 Vanzo, Rv. 270247 la quale aveva enucleato il seguente principio di diritto: «Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è ricorribile per cassazione, se non per far valere una nullità di cui all'art. 127 c.p.p. – come espressamente previsto dall'art. 409, comma sesto, c.p.p. – in quanto, non essendo iscrivibile nel casellario giudiziale, trattandosi di provvedimento non definitivo, e non essendo, pertanto, lesivo della posizione dell'indagato, non vi è interesse da parte di quest'ultimo ad impugnare»; Sez. 1, 25 giugno 2018, n. 31600, Matarrese, Rv. 273523 per la quale «È ricorribile per cassazione l'ordine di iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, in quanto non previsto dalla legge».

<sup>2</sup> Sez. 5, 15 giugno 2017, n. 40293 Serra: «Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, pronunciato ai sensi dell'art. 411, comma 1, c.p.p., è nullo se emesso senza l'osservanza della speciale procedura prevista al comma 1-*bis* di detta norma, non essendo le disposizioni generali contenute negli artt. 408 e ss. c.p.p. idonee a garantire il necessario contraddittorio sulla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziata l'ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto emessa in seguito all'udienza camerale fissata per l'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione del pubblico ministero fondata sull'inidoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio)».

<sup>3</sup> Sez. 3, sent. 27 giugno 2017, n. 45601, Benetti; Sez. 3, sent. 126 giugno 2017, n. 46379, Gobbo; Sez. 3, sent. 3 novembre 2016, n. 47832 dep. 2017, Rinaldi; Sez. 1, sent. 27 settembre 2017, n. 53618 Di Lauro.

<sup>4</sup> Sez.un., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, Rv. 266591 le quali hanno statuito come l'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. sia definito non solo dalla gravità del reato desunta dalla pena

shaj, per le quali deve quindi ritenersi fondamentale il riferimento che sempre il comma 3 dell'art. 131-*bis* opera alla commissione di "più reati della stessa indole". Sicché l'abitudine ostativa può concretarsi «non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza».

In proposito la sentenza Tushaj ha precisato che il testo della legge lascia subito intendere che il requisito dell'abitudine è frutto del sottosistema generato dalla riforma e che al suo interno deve essere letto. Muovendosi all'interno di tale logica, evidenzia che «sarebbe dunque fuorviante riferirsi esclusivamente alle categorie tradizionali, come quelle della condanna e della recidiva» per stabilire quando il comportamento deve ritenersi abituale. Ed in tal senso viene, pertanto, definito l'ambito operativo della norma in questione, affermandosi che «la norma intende escludere dall'ambito della particolare tenuità del fatto comportamenti "seriali"», come rivela il riferimento operato dalla disposizione succitata agli istituti codicistici del delinquente abituale, professionale e per tendenza.

In tale ottica per le Sezioni unite deve quindi ritenersi fondamentale il riferimento che sempre il comma 3 dell'art. 131-*bis* opera alla commissione di "più reati della stessa indole". Sicché l'abitudine ostativa può concretarsi «non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza».

A questo punto la sentenza Tushaj si è posta il problema della rilevanza, ai fini della valutazione della non abitudine del comportamento, degli eventuali altri reati commessi dal medesimo autore e ritenuti non punibili ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., sul presupposto che il relativo provvedimento deve essere "iscritto nel casellario". Iscrizione che per le Sezioni unite è ineludibile in ragione della considerazione per cui «la procedura di memorizzazione delle pronunzie adottate per tenuità dell'offesa costituisce strumento essenziale per la stessa razionalità ed utilità dell'istituto», mentre «l'assenza di annotazione determinerebbe, incongruamente, la possibilità di concessione della non punibilità molte volte nei confronti della stessa persona». Nè tale annotazione costituirebbe «un vulnus a diritti fondamentali, quando l'accertamento dell'esistenza del reato implicato in tale genere di pronunzia non sia avvenuto all'esito del giudizio».

In definitiva, secondo la pronunzia delle Sezioni unite Tushaj il requisito del comportamento abituale esige un contesto che consenta la conoscibilità del nesso di serialità e conseguentemente la concretezza e l'immediata operatività dell'effetto ostativo. Effetti questi ultimi, possibili soltanto con la memorizzazio-

edittale, ma anche dal profilo soggettivo afferente alla non abitudine del comportamento, per come definito dall'art. 131-*bis* c.p., comma 3.

ne dei provvedimenti di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., ancorché non definitivi.

Così riassunte le ragioni della decisione Tushaj, i Giudici Ermellini evidenziano come l'indirizzo maggioritario non si era confrontato con il percorso logico-sistematico sviluppato nella citata pronunzia delle Sezioni unite Tushaj il quale deve essere condiviso in quanto coerente sia con la ratio dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. che confortato da una serie di indici normativi e sistematici ulteriori rispetto a quelli evidenziati dalla stessa sentenza Tushaj.

In tal senso, va innanzi tutto osservato che il tenore testuale della lettera f) dell'art. 3, comma 1, del Testo Unico, per come modificata dal d.lgs. n. 28 del 2015, non è univocamente interpretabile nel senso per cui esclusivamente i provvedimenti definitivi che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. sono destinati all'iscrizione nel casellario. Infatti la locuzione "nonché quelli", che introduce l'ampliamento dell'originario catalogo definito dalla citata disposizione, è certamente riferita ai "provvedimenti giudiziari" menzionati nella prima parte della stessa, ma non anche necessariamente alla loro qualificazione come "definitivi". E ciò a maggior ragione se si pensa che nel Testo Unico vengono utilizzate le distinte espressioni "provvedimenti giudiziari" e "provvedimenti giudiziari definitivi" secondo il significato tipico loro attribuito dall'art. 2 lettere f) e g) dello stesso; circostanza idonea a legittimare l'opinione per cui, qualora il legislatore avesse voluto effettivamente evocare solo i provvedimenti definitivi in tema di tenuità del fatto, avrebbe più coerentemente fatto ricorso alla locuzione "nonché quelli definitivi" e non già a quella effettivamente dispiegata.

In definitiva, il dato testuale presenta tratti di indubbia ambiguità che non consentono di estrarre con la necessaria certezza il significato della disposizione affidandosi esclusivamente all'interpretazione letterale, che necessita pertanto di essere integrata ricorrendo ad altri strumenti ermeneutici.

Un primo elemento idoneo a definire l'effettiva estensione dell'obbligo di registrazione dei provvedimenti riguardanti la non punibilità per tenuità del fatto è ricavabile dalla ricostruzione della volontà storica del legislatore, questa sì univocamente rivelatasi nella Relazione ministeriale allo schema del d.lgs. n. 28 del 2015, dove espressamente si afferma «la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto d'archiviazione» ed ancor più specificamente si precisa, ad illustrazione delle modifiche apportate al Testo Unico, che «il requisito della "non abitudine" del comportamento (...) impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolare tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tali causa».

La Relazione, in definitiva, evidenzia – negli stessi termini poi ribaditi dalla sentenza Tushaj – l'intimo ed irrinunciabile collegamento esistente tra la memorizzazione di tutti i provvedimenti che hanno applicato il nuovo istituto e l'effettiva operatività della condizione di non abitudine del comportamento. E proprio in tal senso, tra l'altro, il documento in questione giustifica la scelta di configurare, al comma 1-*bis* dell'art. 411 c.p.p., una speciale procedura che prevede la garanzia per l'indagato di accedere al contraddittorio qualora l'archiviazione venga richiesta in riferimento allo stesso art. 131-*bis*. Condizione che presuppone, ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., comma 3, anche la considerazione dei pregressi reati della stessa indole commessi dall'autore. Come già ricordato dalla sentenza Tushaj, è peraltro significativo che la disposizione richiamata, nel definire la serialità ostativa, faccia riferimento ai "reati" commessi e non alle "condanne" subite ed imponga la valutazione anche dei fatti ritenuti di particolare tenuità. Ne deriva l'evidente esigenza di consentire al giudice del nuovo reato, perché possa rispettare il dettato normativo, di conoscere anche i provvedimenti, comunque adottati, che hanno riconosciuto la causa di non punibilità.

Un secondo e decisivo elemento in favore dell'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione è poi ritraibile dalle altre modifiche apportate dal d.lgs. n. 28 del 2015 al Testo Unico.

Come illustrato in precedenza, la novella è intervenuta anche sulle disposizioni (artt. 24 e 25) che stabiliscono il contenuto dei certificati del casellario, vietando che gli stessi menzionino i «provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.» ed ha esteso agli stessi provvedimenti l'obbligo di eliminazione delle iscrizioni (previsto dall'art. 5 del Testo Unico) trascorsi dieci anni dalla loro pronunzia.

Si è già ricordato, però, come, nel Testo Unico, le espressioni "provvedimenti giudiziari" e "provvedimenti giudiziari definitivi" abbiano un significato autonomo e tipico, in quanto tassativamente definito dall'art. 2. Disposizione per la quale i primi sono «la sentenza, il decreto penale e ogni altro provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria», mentre i secondi sono i provvedimenti divenuti irrevocabili o, comunque, non più soggetti ad impugnazione «con gli strumenti diversi dalla revocazione». È dunque evidente che le descritte modifiche apportate nel 2015 nell'evocare i "provvedimenti giudiziari" e non solo quelli "definitivi" presuppongono l'avvenuta iscrizione nel casellario di tutti i provvedimenti concernenti la particolare tenuità del fatto, compresi quelli di archiviazione, dissolvendo così l'ambiguità del periodo aggiunto dalla stessa novella all'art. 3, comma 1, lett. f) del Testo Unico. Stabilito dunque che la disposizione da ultima richiamata impone l'iscrizione nel casellario non solo dei provvedimenti definitivi che hanno di-

chiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., segnalano i Giudici delle Sezioni unite che è necessario affrontare le riserve sulla compatibilità costituzionale e convenzionale di tali conclusioni avanzate dalle pronunzie che hanno dato vita all'orientamento maggioritario disatteso.

In proposito è agevole evidenziare come alcuna lesione dell'art. 24 Cost. è prospettabile, nella misura in cui la speciale disciplina prevista dall'art. 411 c.p.p., comma 1 bis, consente all'indagato di dispiegare le proprie difese dinanzi al giudice investito della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto.

Nemmeno appaiono condivisibili, per i Giudici del Supremo Consesso, i dubbi – sviluppati soprattutto nella sentenza Vanzo – in merito alla presunta incompatibilità dell'iscrizione con l'art. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Innanzitutto tali dubbi non appaiono formulati nella misura in cui imputano all'iscrizione del provvedimento di archiviazione la lesione del suindicato diritto, quando, semmai, questa deriverebbe dall'obbligo di considerare, ai fini della valutazione della non abitudine del comportamento, anche i reati dichiarati non punibili anticipatamente. È infatti agevole sostenere che, anche qualora non si procedesse alla registrazione nel casellario di tali decisioni, il giudice dovrebbe tenerne conto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., comma 3 se comunque documentate agli atti, a meno di non voler escludere che tale disposizione riguardi i reati della stessa indole per i quali la tenuità del fatto è stata dichiarata al di fuori del giudizio. Conclusione che finirebbe per compromettere in radice le finalità deflative e di rapida espulsione dell'autore di fatti bagatellari dal circuito giudiziario – con il conseguente risparmio dei costi di varia natura che l'accesso alla fase processuale gli comporta – che l'anticipazione della pronunzia liberatoria intende perseguire, posto che il pubblico ministero, per evitare i già segnalati possibili abusi dell'istituto, difficilmente rinunciarebbe in tal caso ad esercitare comunque l'azione penale allo scopo di vedere adottato un provvedimento sicuramente assoggettabile ad iscrizione. Non di meno, va ricordato che la citata disposizione sovranazionale configura il diritto di riesame presso una giurisdizione superiore esclusivamente in riferimento alle dichiarazioni di colpevolezza od alle condanne. Deve però escludersi che la valutazione pregiudiziale sulla sussistenza del fatto e sulla sua attribuibilità all'indagato compiuta in sede di archiviazione costituisca un accertamento assimilabile ad una dichiarazione di colpevolezza nel senso inteso da tale disposizione, avvenendo in una fase anteriore al giudizio. Conclusione peraltro confortata dal fatto che il provvedimento di archiviazione non produce gli effetti invece riservati dall'art. 651-*bis* c.p.p. alle dichiarazioni giudiziali dell'esimente. Nè l'iscrizione in sé considerata può essere ritenuta un effettivo pregiudizio che l'indagato ha un reale interesse ad evitare. La



più volte ricordata esclusione dei provvedimenti che dichiarano la non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. dalle certificazioni del casellario, rende infatti evidente come l'iscrizione assolve esclusivamente a quella funzione di memorizzazione della loro adozione destinata, come già evidenziato dalla sentenza Tushaj, ad esplicitare i suoi effetti soltanto nell'ambito del sottosistema definito dalla disposizione da ultima richiamata ed all'interno del circuito giudiziario. In conclusione, a risoluzione del contrasto prospettato dai giudici remittenti, deve essere affermato il seguente principio di diritto: «Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione».

## Rassegna di legittimità

### Difesa e difensori – Rifiuto, rinuncia o revoca – Rinuncia al mandato difensivo – Mancata nomina di un difensore d'ufficio ex art. 97, comma 1, cod. proc. pen. – Nullità – Sussistenza – Ragioni.

*La rinuncia al mandato difensivo comporta l'obbligo per il giudice - a pena di nullità, salva l'insussistenza di alcun concreto pregiudizio per la difesa - di nominare all'imputato, che non abbia provveduto ad una nuova nomina fiduciaria, un difensore d'ufficio, in quanto l'eventuale designazione temporanea di un sostituto, ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., avendo natura episodica, è consentita nei soli casi di impedimento transitorio del difensore di fiducia o di quello di ufficio.*

Cass., sez. 1, sentenza 12 settembre 2019, n. 39570 (dep. 26 settembre 2019), Rv. 276872  
Pres. Di Tomassi, Rel. Boni, Imp. Perri, P.M. Zacco (Conf.)  
Annulla in parte con rinvio, Corte di Appello di Reggio Calabria

### Giudizio – Dibattimento – In genere – Ammissione della prova – Principio di immutabilità del giudice – Applicabilità – Sussistenza.

*Il principio di immutabilità di cui all'art. 525 cod. proc. pen. richiede che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso che ha assunto la prova ma anche quello che l'ha ammessa, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754 (1)  
Pres. Carcano, Rel. Beltrani, Imp. Pg C/ BajramiKlevis., P.M. Finocchi Ghersi (Conf.)  
Annulla con rinvio, Corte di Appello di L'Aquila

### Giudizio – Dibattimento – In genere – Mutamento del giudice – Richiesta delle parti di prove nuove e di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale – Potere di valutazione del giudice – Sussistenza.

*L'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 cod. proc. pen. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019, n. 41736  
(dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754 (2)  
Pres. Carcano, Rel. Beltrani Imp, Pg C/ BajramiKlevis, P.M. Finocchi Ghersi (Conf.)  
Annulla con rinvio, Corte di Appello di L'Aquila

### Giudizio – Dibattimento – In genere – Mutamento del giudice – Rinnovazione degli esami testimoniali – Presupposto – Indicazione nella lista ex art. 468 cod. proc. pen. – Necessità.

*La facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 cod. proc. pen.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754 (4)  
Pres. Carcano, Rel. Beltrani, Imp. Pg C/ BajramiKlevis, P.M. Finocchi Ghersi (Conf.)  
Annulla con rinvio, Corte di Appello di L'Aquila

## Giudizio – Istruzione dibattimentale – Letture consentite – In genere – Mutamento del giudice – Rinnovazione del dibattimento mediante lettura degli atti ex art. 511 cod. proc. pen. – Consenso – Necessità con riguardo agli esami testimoniali – Esclusione.

*In caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754 (3)

Pres. Carcano, Rel. Beltrani, Imp. Pg C/ BajramiKlevis, P.M. Finocchi Ghersi (Conf.)

Annulla con rinvio, Corte di Appello di L'Aquila

## Impugnazioni – Cassazione – Motivi di ricorso – In genere – Patteggiamento in appello – Ricorso in Cassazione – Sopravvenuta illegalità della pena per declaratoria di incostituzionalità – Conseguenze

*In tema di c.d. patteggiamento in appello, la sopravvenuta illegalità della pena concordata dalle parti sulla base di limiti edittali divenuti successivamente illegali (nella specie a seguito di declaratoria di incostituzionalità), inficia tanto la richiesta concordata quanto la connessa rinuncia parziale ai motivi di appello. (In affermazione del principio, la Corte, in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 40 del 2019, ha annullato senza rinvio la sentenza emessa ex art. 599-bis cod. proc. pen.)*

Cass., sez. 6, sentenza 12 settembre 2019, n. 41461 (dep. 09 ottobre 2019), Rv. 276803

Pres. Fidelbo, Rel. Aprile, Imp. Baglio, P.M. Aniello (Parz. Diff.)

Annulla in parte senza rinvio, Corte di Appello di Roma

## Misure cautelari – Reali – Impugnazioni – Riesame – In genere – Sequestro – Divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. – Ambito di applicabilità – Individuazione.

*Il divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. riguarda soltanto le cose soggette a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, secondo comma, cod. pen., restando escluse quelle soggette a confisca obbligatoria ai sensi di previsioni speciali, salvo che tali previsioni richiamino il predetto art. 240, secondo comma, cod. pen. o, comunque, si riferiscano al prezzo del reato o a cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019, n. 40847 (dep. 04 ottobre 2019), Rv. 276690 (02)

Pres. Carcano, Rel. Andronio, Imp. Bellucci, P.M. Fimiani (Conf.)

Annulla senza rinvio, Tribunale della Liberta di Bologna

## Misure cautelari – Reali – Impugnazioni – Riesame – In genere – Sequestro preventivo – Divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. – Annullamento di un decreto di sequestro probatorio – Applicabilità – Sussistenza.

*Il divieto di restituzione previsto dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. opera, oltre che con riguardo al sequestro preventivo, anche in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio.*

Cass., sez. un., sentenza 30 maggio 2019 n. 40847 (dep. 04 ottobre 2019), Rv. 276690 (0)

Pres. Carcano, Rel. Andronio, Imp. Bellucci, P.M. Fimiani (Conf.)

Annulla senza rinvio, Tribunale della Liberta di Bologna

## Notificazioni – All'imputato – Non detenuto – In genere – Prima notificazione nel luogo di esercizio dell'attività lavorativa – Consegnata a dipendente – Invio della raccomandata – Necessità

*La prima notificazione all'imputato non detenuto, effettuata nel luogo di abituale esercizio dell'attività lavorativa mediante consegna ad un dipendente ivi presente richiede, per la sua validità, la spedizione dell'avviso mediante lettera raccomandata.*

Cass., sez. 3, sentenza 5 giugno 2019, n. 42144 (dep. 15 ottobre 2019), Rv. 276787

Pres. Rosi, Rel. Liberati, Imp. Paterlini, P.M. Picardi (Diff.)

Annulla con rinvio, Tribunale di Reggio Emilia

## Pena – Applicazione – Concorso di reati – Pene detentive concorrenti – Esecuzione – Valutazione dell'entità della pena inflitta – Artt. 73, comma secondo, e 78 cod. pen. – Computabilità della pena condonata – Esclusione – Ragioni.

*In tema di esecuzione di concorrenti pene detentive temporanee, ai fini dell'applicazione della regola di cui all'art. 73, comma secondo, cod. pen. o del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., è legittimo il provvedimento del giudice dell'esecuzione che, nel valutare l'entità delle pene inflitte con più sentenze di condanna e l'eventuale superamento della soglia di ventiquattro anni di reclusione prevista dall'art. 73, comma secondo, cod. pen., non considera*

*la porzione di pena estinta per effetto dell'applicazione dell'indulto. (In motivazione la Corte ha aggiunto che la non computabilità della pena oggetto di condono non costituisce effetto penale della condanna escluso dall'ambito di operatività dell'indulto ai sensi dell'art. 174 cod. pen.).*

Cass., sez. 1, sentenza 15 aprile 2019, n. 41641 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276878

Pres. Sandrini, Rel. Boni, Imp. PG C/ Farinella, P.M. Filippi (Diff.)

Rigetta, Corte di Assise di Appello di Palermo

**Reato - Circostanze - Aggravanti comuni - Minorate difesa pubblica o privata - Condizioni oggettivamente utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa - Circostanza aggravante - Configurabilità.**

*L'aggravante dell'aver profittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (art. 61, n. 5, cod. pen.) ha natura oggettiva ed è pertanto integrata per il solo fatto, obiettivamente considerato, della ricorrenza di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa.*

Cass., sez. 1, sentenza 6 giugno 2019, n. 39560 (dep. 26 settembre 2019), Rv. 276871

Pres. Sandrini, Rel. Centonze, Imp. Souhi, P.M. Cocomello (Parz. Diff.)

Rigetta, Corte di Assise di Appello di Roma



a cura di  
Giuseppina Marotta  
Avvocato

## Rassegna di merito

### CODICE PENALE

#### Atti persecutori: elementi costitutivi.

(art. 612-bis c.p.)

*Ai fini della integrazione del delitto di atti persecutori devono concorrere tre elementi costitutivi: è necessario in primo luogo che gli atti ed i comportamenti volti alla molestia o alla minaccia siano reiterati; inoltre tali atti e comportamenti devono essere intenzionali; infine, occorre che i suddetti comportamenti abbiano l'effetto di creare in capo alla vittima disagi psichici o timore per la propria incolumità e per quella delle persone care, ovvero pregiudizio alle abitudini di vita. Il delitto di atti persecutori è reato abituale, a struttura causale e non di mera condotta, che si caratterizza per la produzione di un evento di "danno" consistente nell'alterazione delle proprie abitudini di vita o in un perdurante e grave stato di ansia o di paura, ovvero, alternativamente di un evento di pericolo, consistente nel fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legate da relazione affettiva. Pertanto, ai fini della sua configurazione non è essenziale il mutamento delle abitudini di vita della p.o., essendo sufficiente che la condotta abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e timore per la propria incolumità.*

Tribunale Nola, G.M. Zingales  
sentenza 18 luglio 2019, n. 2104

#### Atti persecutori – Molestie: caratteristiche e differenze.

(art. 612-bis c.p. - 660 c.p.)

*Limitrofo al reato di atti persecutori, è la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., ossia il reato di molestie, che si sostanzia nel comportamento di chi, per petulanza o per un altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo ma in luoghi o con modalità specifici, in quanto tale comportamento deve essere attuato o in luogo pubblico (o aperto al pubblico) ovvero con il mezzo del telefono. Le due fattispecie che sono ontologicamente e strutturalmente differenti – uno reato abituale di danno, l'altro reato non necessariamente abituale, di pericolo – e che tutelano beni giuridici diversi – in un caso la libertà individuale, nell'altro la quiete e l'ordine pubblico – possono tuttavia avere un nucleo strutturale comune, costituito dalla condotta molesta, che tuttavia, nel reato di cui all'art. 612-bis c.p., si deve inserire in una sequenza idonea a produrre uno degli eventi di danno tipizzati dalla norma, mentre nella contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. la condotta deve realizzarsi o in un luogo pubblico o aperto al pubblico, o con il mezzo del telefono.*

Tribunale Nola, G.M. Zingales  
sentenza 18 luglio 2019, n. 2104

#### Circostanze attenuanti: risarcimento del danno e lieve entità – Differenze.

(art. 62 n. 4 e 62 n. 6 c.p.)

*La fattispecie attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p. disciplina un'ipotesi diversa da quelle previste dall'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p.: invero, l'attenuante del danno di speciale tenuità attribuisce rilievo, nella determinazione legale della pena, all'entità oggettiva dell'offesa patrimoniale, mentre l'attenuante del risarcimento del danno valorizza comportamenti del reo successivi al reato. L'asserito ristoro conseguito nel caso in esame dai parenti della vittima ad opera dell'ente assicuratore, dunque, avrebbe potuto assumere rilevanza ai fini del riconoscimento della attenuante di cui all'articolo 62 n. 6, ma solo qualora fosse stato comunque riferibile all'imputato. Sul punto giova osservare che la stessa Corte Costituzionale, fondandosi sull'evento richiesto e sull'interesse offeso, ha da una parte preso una posizione a favore della natura oggettiva della circostanza e dall'altra precisato che è pur sempre necessario che l'intervento risarcitorio sia comunque riferibile all'imputato, riserva indotta dalla necessità di preservare la condotta volontaristica che la norma in esame indica con l'espressione "aver riparato" e, con essa, il quid di merito della riparazione. Ne consegue*

*che in caso di risarcimento del danno, viene rilievo la differente circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p.*

Corte di Appello di Napoli, sez. II  
sentenza 8 ottobre 2019, n. 6674  
Pres. Grassi, Est. Forte

### **Maltrattamenti: introduzione di nuova aggravante ex art. 61 n. 11-quinquies – Continuità normativa con ipotesi aggravate di cui all'art. 572 c.p. c. 2 – Esclusione dal novero dei reati ostativi ex art. 656 c. 9 c.p.p. – Applicabilità ai soli fatti commessi successivamente.**

(art. 572 c.p. - 656 c.p.p.)

*Deve escludersi la continuità normativa tra la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 quinquies c.p. e l'art. 572 c. 2 c.p., non potendo ricomprendersi nella originaria previsione dell'art. 572 c. 2 c.p., le ulteriori forme di aggravamento della condotta introdotte con l'art. 61 n. 11 quinquies c.p., trattandosi di nuove ipotesi di responsabilità aggravata, soggette ai principi di tassatività e di irretroattività della legge penale. Tale esclusione si desume anche dall'ulteriore criterio individuato dall'art. 12 delle preleggi e cioè quello relativo all'intenzione del legislatore, considerato che la circostanza di cui all'art. 61 n. 11 quinquies c.p., risponde ad una ratio di maggior rigore punitivo per contrastare condotte ritenute di particolare disvalore alla stregua della acuita sensibilità sociale per i fenomeni di violenza all'interno delle mura domestiche. Ne consegue che deve ritenersi che il richiamo effettuato dall'art. 656 c. 9 lett. A) cpp, all'art. 572 c. 2 c.p., per quanto mobile o formale, non possa ritenersi esteso anche alle ipotesi di maltrattamenti aggravati dall'art. 61 n. 11 quinquies c.p., quando il reato risulta essere stato commesso non ai danni ma alla presenza di minori di anni quattordici. Non si può giungere ad una diversa conclusione, neppure dopo la modifica dell'art. 572 c. 2 c.p. da parte della L. 69/2019. L'introduzione della nuova aggravante, sviluppata in tal maggiore portata, infatti, costituendo una norma peggiorativa deve trovare applicazione soltanto per i fatti successivi alla sua entrata in vigore, a tenore dell'art. 2 c.p., e 25 Cost. In conclusione, dunque, l'aggravante di aver commesso il fatto alla presenza di un minore non combacia con la forma aggravata del reato di cui all'art. 572 c. 2 c.p., indicata nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 656 c. 9 lett. A) cpp, e pertanto non costituisce limite alla sospensione dell'esecuzione prevista al comma 5 della citata disposizione.*

Tribunale Nola, G.M. Luzzi  
ordinanza 23 ottobre 2019, n. 211

### **Violazione degli obblighi di assistenza familiare: omesso versamento degli alimenti in favore di figli minori – Presupposti oggettivi.**

(art. 570 c.p.)

*L'obbligo di assistenza che grava in capo a ciascun genitore nei confronti dei propri figli trova la propria fonte negli art. 30 cost. e 147 nonché 315 bis cc. Fonte di tale obbligo si ravvisa, infatti, nelle norme di matrice civilistica, in particolare negli artt. 147 e 315 bis cc che impongono congiuntamente a ciascun genitore di provvedere al mantenimento dei propri figli. Ai fini della integrazione dell'elemento oggettivo di cui all'art. 570 c. 2 c.p., presupposto del reato è la sussistenza di un vincolo familiare tra imputato ed i minori, prescindendo dall'eventuale esistenza del matrimonio. E' del pari del tutto irrilevante che il genitore risulti sprovvisto di mezzi finanziari per farvi fronte.*

*D'altra parte, spetta all'obbligato allegare la propria impossibilità ad adempiere, indicando elementi tali da consentire al giudice un'indagine in proposito, sebbene occorra altresì evidenziare che le stessa effettiva indisponibilità di mezzi non gioverebbe all'interessato, se non qualora risultasse anche una seria attivazione al fine di ottemperare ai doveri di assistenza economica verso i figli, con la conseguenza che una responsabilità penale sarebbe esclusa soltanto laddove emergesse che l'imputato non sua riuscito a conseguire un reddito adeguato pur avendo usato in proposito, ogni possibile diligenza.*

Tribunale Nola, G.M. Zingales  
sentenza 10 ottobre 2019, n. 2523

### **Violazione degli obblighi di assistenza familiare: omesso versamento degli alimenti in favore di figli minori – Minore età – stato di bisogno in re ipsa.**

(art. 570 c.p.)

*La minore età dei figli è strutturalmente indice della sussistenza di uno stato di bisogno, da cui deriva l'obbligo per ciascun genitore di provvedere a tutto quanto si renda necessario per la sana crescita dei minori indipendentemente dalle fonti di reddito di ciascun genitore.*

Tribunale Nola, G.M. Zingales  
sentenza 10 ottobre 2019, n. 2523

## CODICE PROCEDURA PENALE

**Causa di estinzione del reato: pronuncia assolutoria – Presupposti e limiti.**

(art. 129 c.p.p.)

*In presenza di una causa di estinzione del reato il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129 cpp c. 2, soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il Giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di constatazione, ossia di percezione ictu oculi, che a quello di apprezzamento e sia, quindi, incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento. Tale principio trova due temperamenti: a) nel caso in cui in presenza di una causa estintiva del reato, il Giudice di appello sia chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili, ai sensi dell'art. 578 c.p.p.; b) nel caso di causa estintiva del reato sopravvenuta nel giudizio di appello promosso dal PM avverso una sentenza assolutoria, ai sensi dell'art. 530 c. 2 c.p.p., ed il giudice ritenga infondato nel merito il gravame.*

Corte di Appello Napoli, sez. 5  
sentenza 15 ottobre 2019, n. 6952  
Pres. Salzano, Est. Risolo

**Esecuzione delle pene detentive: revoca dell'ordine di carcerazione da parte del Giudice dell'esecuzione – Esclusione.**

(art. 656 c.p.p.)

*Nel sistema delineato dall'art. 656 c.p.p., l'impulso alla concreta attuazione del comando contenuto nel titolo esecutivo spetta sempre al pubblico ministero, il quale non è esonerato dall'emettere l'ordine di carcerazione per le pene detentive brevi, ma deve, contestualmente e con separato provvedimento, sospenderne l'esecuzione assegnando al condannato un termine prescritto in trenta giorni per presentare richieste di misure alternative, alla stregua della pacifica giurisprudenza di legittimità, ne consegue che, ove non sia stato adottato il provvedimento di sospensione, il Giudice della esecuzione non può revocare l'ordine di esecuzione, ma deve limitarsi alla declaratoria di temporanea inefficacia del provvedimento che dispone la carcerazione, cui conseguono i provvedimenti consequenziali.*

Tribunale Nola, G.M. Luzzi  
ordinanza 23 ottobre 2019, n. 211

**Valutazione della prova: testimonianza della p.o. – Controllo di attendibilità – Criteri.**

(art. 192 c.p.p.)

*Le dichiarazioni della p.o. non necessitano di alcun tipo di riscontro esterno, pur dovendo essere oggetto di un più rigoroso vaglio in punto di attendibilità attesi gli interessi anche economici che possono muovere la stessa. Trova quindi applicazione la norma generale espressa dall'art. 192 c. 1 c.p.p. che è quella del libero convincimento del giudice, il quale può ritenere che sussista il fatto riferito dal teste per il solo fatto che il teste glielo rappresenta.*

Tribunale di Nola, G.M. Ricciardelli  
sentenza 13 settembre 2019, n. 2207

**Valutazione della prova: testimonianza della p.o. – Controllo di attendibilità – Criteri.**

(art. 192 c.p.p.)

*La testimonianza della p.o. ben può costituire piena fonte di prova sufficiente anche da sola a suffragare la responsabilità dell'imputato, senza applicare le regole probatorie di cui all'art. 192 c. 3 e 4 c.p.p., sulla necessità di riscontri esterni, purché la deposizione sia sottoposta al vaglio critico positivo sorretto da adeguata motivazione circa l'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Si è infatti osservato che le regole dettate dall'art. 192 c.p.p. c. 3, non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Il controllo di attendibilità da effettuarsi globalmente, tenendo conto di tutte le dichiarazioni e circostanze del caso concreto e di tutti gli elementi acquisiti al processo, deve essere tanto più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone, qualora la persona offesa si sia costituita parte civile e sia, perciò portatrice di pretese economiche, da cui l'opportunità di procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi.*

Tribunale Nola, G.M. Zingales  
sentenza 18 luglio 2019, n. 2104

## LEGGI PENALI SPECIALI

### **Edilizia: volumetria e carico urbanistico – Rilascio permesso costruire – Necessità.**

(d.P.R. 380/01)

*La volumetria dell'opera edificata ed il relativo carico urbanistico costituiscono circostanze tali da ritenere, certamente, indispensabile il previo rilascio del permesso a costruire per l'edificazione in oggetto.*

Corte di Appello di Napoli, sez. III

sentenza 15 ottobre 2019, n.7079

Pres. Conte, Rel. Montesarchio

### **Omesso versamento ritenute previdenziali: violazioni commesse in data anteriore all'entrata in vigore della nuova legge – Applicabilità – Previsione.**

(d.lgs. 8/2016)

*Ai sensi dell'art. 3 c. 6 d.lgs. 8/2016, il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori od uguale ad euro 10.000 è stato depenalizzato in quanto attualmente punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 50.000. Ai sensi del successivo art. 8 tale sanzione si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del suddetto decreto per la cui irrogazione è competente l'autorità amministrativa già indicata nella legge 638/1983.*

Corte di Appello di Napoli, sez. II

sentenza 18 ottobre 2019, n.7138

Pres. Alabisio, Est. Grasso

### **Omesso versamento ritenute previdenziali: depenalizzazione – Trasmissione all'AG amministrativa – Esclusione in caso di intervenuta prescrizione e/o estinzione.**

(d.lgs. 8/16)

*Ai sensi dell'art. 9 del medesimo d.lgs. 8/16 l'AG entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, dispone la trasmissione all'autorità amministrativa competente degli atti dei procedimenti penali relativi ai reati trasformati in illeciti amministrativi, salvo che il reato risulti prescritto od estinto per altra causa alla medesima data e che quanto è pronunciata sentenza di condanna il Giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato, decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili.*

Corte di Appello di Napoli, sez. II

sentenza 18 ottobre 2019, n.7138

Pres. Alabisio, Est. Grasso



## Diritto amministrativo

LIMITE AL SUBAPPALTO INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO EUROPEO. <i>Nota a CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18</i> ..... 794 di Cristina Spizuoco	794
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE ( <i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i> ) ..... 804 a cura di Almerina Bove	804



## Limite al subappalto incompatibile con il diritto europeo.

Nota a CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18

### abstract

*The Italian law prohibits the use of subcontracting for general and abstract percentages higher than a pre-established maximum one, which are not connected with the main contract economic sector, with the type of works or with the sub-contractors identity. That law is to be considered incompatible with the European Directive 2014/24.*

### keywords

*Subcontracting – Domestic law – European directives – Limits.*

### abstract

*È incompatibile con la direttiva 2014/24 la normativa italiana che limita il subappalto ad una percentuale prestabilita, astratta e generale, totalmente sganciata dal settore economico interessato dall'appalto o dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori.*

### parole chiave

*Subappalto – Diritto interno – Direttive europee – Limiti.*

### Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2014/24/UE – Art. 105, comma 2 e comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 – Subappalto – Limite astratto – Contrasto con normativa comunitaria.

*La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.*

Sentenza CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18

(Omissis)

### DIRITTO DELL'UNIONE

3 I considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24, così recitano:

«(1) L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.

(...)

(41) Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, (...) a condizione che dette misure siano conformi al TFUE.

(...)

(78) È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle [piccole e medie imprese (PMI)]. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI. A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti.

(...)

Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà

tà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni. Allo stesso fine, gli Stati membri dovrebbero anche avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori.

(100) È opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo. (...)

(...)

(105) È importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, sia garantita dalle autorità nazionali competenti, ad esempio gli ispettorati del lavoro o le agenzie per la protezione dell'ambiente, mediante azioni adeguate entro i limiti delle loro responsabilità e del loro mandato.

(...)

(...) Inoltre, dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico. (...)

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori».

4. Conformemente all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, la stessa si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alla soglia di EUR 5 225.000 per gli appalti pubblici di lavori.

5. L'articolo 18 di tale direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al suo paragrafo 1, primo comma, dispone quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo

non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

6. L'articolo 57 di detta direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», al suo paragrafo 1 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli da 59 a 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei motivi elencati in tale disposizione.

7. L'articolo 63 della medesima direttiva, intitolato «Affidamento sulle capacità di altri soggetti», al suo paragrafo 1, primo comma, così dispone:

«Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine».

8. L'articolo 71 della direttiva 2014/24, intitolato «Subappalto», prevede quanto segue:

«1. L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

3. Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara.

4. I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la

questione della responsabilità del contraente principale.

5. Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. L'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.

Fermo restando il primo comma, gli Stati membri possono imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

Ove necessario ai fini del paragrafo 6, lettera b), del presente articolo, le informazioni richieste sono accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59. Le misure di esecuzione di cui al paragrafo 8 del presente articolo possono prevedere che i subappaltatori presentati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto forniscano i certificati e gli altri documenti complementari invece dell'autodichiarazione.

Il primo comma non si applica ai fornitori.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, ad esempio:

- a) ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi;
- b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti.

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

- a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2;
- b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore eco-

nomico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.

8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi».

#### DIRITTO ITALIANO

9. L'articolo 105, paragrafo 2, terza frase, del decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici, del 18 aprile 2016 (supplemento ordinario alla GURI n. 91 del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 50/2016»), così prevede:

«Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».

10. L'articolo 105, paragrafo 5, del decreto legislativo n. 50/2016 è formulato come segue:

«Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso».

#### PROCEDIMENTO PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

11. Con bando di gara pubblicato nel mese di agosto 2016, la Autostrade per l'Italia ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento, mediante gara, dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'autostrada italiana A8 tra la barriera di Milano Nord (Italia) e l'interconnessione di Lainate (Italia), per un importo a base di gara pari a EUR 85 211 216,84, IVA esclusa.

12. La Vitali è stata esclusa dalla gara per avere superato il limite del 30% previsto, in materia di subappalto, all'articolo 105, paragrafo 2, del decreto legislativo n. 50/2016.



13. La Vitali ha proposto dinanzi al giudice del rinvio un ricorso diretto, in particolare, alla sua riammissione alla procedura di gara.

14. Con sentenza parziale del 5 gennaio 2018 il giudice del rinvio ha respinto tutti i motivi dedotti dalla Vitali a sostegno di tale ricorso, salvo quello secondo il quale il limite del 30% in materia di subappalti, previsto dal diritto italiano, non sarebbe conforme al diritto dell'Unione.

15. Il giudice del rinvio nutre dubbi sulla compatibilità di siffatto limite quantitativo con gli articoli 49 e 56 TFUE, con l'articolo 71 della direttiva 2014/24 nonché con il principio di proporzionalità.

16. Tale giudice sottolinea che il Consiglio di Stato (Italia) si è pronunciato nel senso che il legislatore nazionale può legittimamente porre, in materia di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto a quelli previsti dalle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione, laddove essi siano giustificati, da un lato, alla luce dei principi di sostenibilità sociale e, dall'altro, in considerazione dei valori declinati dall'articolo 36 TFUE, tra cui compaiono l'ordine e la sicurezza pubblici. Inoltre, detto giudice rileva che, secondo il Consiglio di Stato, la giurisprudenza della Corte riguardante i limiti quantitativi al subappalto in materia di appalti pubblici, la quale giurisprudenza verte sulla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), non si applica in relazione alla direttiva 2014/24.

17. Tuttavia, il giudice del rinvio osserva altresì che, al pari della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1) e della direttiva 2004/18, la direttiva 2014/24 non prevede limiti quantitativi al subappalto. Secondo il giudice del rinvio, la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Tale limite è fissato in maniera astratta in una determinata percentuale del contratto, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi.

18. Di conseguenza, il giudice del rinvio si domanda se la normativa nazionale di cui al procedimento principale non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti.

19. In tali circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) ha deciso di so-

spendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del [decreto legislativo n. 50/2016], secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».

20. La domanda del giudice del rinvio diretta al trattamento accelerato della sua domanda di pronuncia pregiudiziale conformemente all'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte è stata respinta con ordinanza del presidente della Corte dell'8 marzo 2018, Vitali (C63/18, non pubblicata, EU:C:2018:199).

#### SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

21. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 49 e 56 TFUE e la direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

22. In via preliminare, occorre rilevare che, poiché il valore dell'appalto di cui al procedimento principale, al netto dell'IVA, è superiore alla soglia di EUR 5 225 000 prevista all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, è con riferimento a quest'ultima che occorre rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

23. Occorre ricordare che tale direttiva, come risulta in sostanza dal suo considerando 1, ha l'obiettivo di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza.

24. In particolare, a tal fine, la predetta direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici.

25. Inoltre, l'articolo 71 della medesima direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato

membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

26. Ne deriva che, al pari della direttiva 2004/18 abrogata dalla direttiva 2014/24, quest'ultima sancisce la possibilità, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, purché le condizioni da essa previste siano soddisfatte (v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 2004/18, sentenza del 14 luglio 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, C406/14, EU:C:2016:562, punti da 31 a 33).

27. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta*, C298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

28. Inoltre, al punto 35 della sentenza del 14 luglio 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu* (C406/14, EU:C:2016:562), che riguardava l'interpretazione della direttiva 2004/18, la Corte ha stabilito che una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale direttiva, applicabile nell'ambito della controversia che aveva dato luogo a tale sentenza.

29. A tal riguardo, occorre rilevare che, sebbene l'articolo 71 della direttiva 2014/24 riprenda, in sostanza, il tenore dell'articolo 25 della direttiva 2004/18, esso elenca tuttavia talune norme supplementari in materia di subappalto. In particolare, tale articolo 71 prevede la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto, nonché la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, a determinate condizioni, di trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale. Inoltre, il suddetto articolo 71 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57 di tale direttiva relativi in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

30. Tuttavia, dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica, mediante

l'adozione di siffatte norme, le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, al pari del limite imposto dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale.

31. A tale riguardo, il governo italiano sostiene che gli Stati membri possono prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, il rispetto del principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, poiché a tale principio è dedicata una particolare attenzione nel contesto di tale direttiva.

32. Più specificamente, tale governo sottolinea il fatto che la limitazione del ricorso al subappalto di cui trattasi nel procedimento principale è giustificata alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi. Limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e di tutelare così l'ordine pubblico.

33. Come osserva il governo italiano, è vero che i considerando 41 e 105 della direttiva 2014/24, nonché alcune disposizioni di quest'ultima, come l'articolo 71, paragrafo 7, indicano espressamente che gli Stati membri rimangono liberi di prevedere, nel proprio diritto interno, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste dalla predetta direttiva in materia di subappalto, a condizione che tali prime disposizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione.

34. Come deriva, in particolare, dai criteri di selezione qualitativi previsti dalla direttiva 2014/24, in particolare dai motivi di esclusione dettati al suo articolo 57, paragrafo 1, è altresì vero che il legislatore dell'Unione ha inteso evitare, mediante l'adozione di tali disposizioni, che gli operatori economici che sono stati condannati con sentenza definitiva, alle condizioni previste in tale articolo, partecipino a una procedura di aggiudicazione di appalti.

35. Parimenti, il considerando 41 della direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE, mentre il considerando 100 di tale direttiva precisa che è opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare, ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale.

36. Oltre a ciò, secondo una giurisprudenza costante, va riconosciuto agli Stati membri un certo po-

tere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza, il quale si impone alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF, C425/14, EU:C:2015:721*, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

37. Più specificamente, la Corte ha già dichiarato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF, C425/14, EU:C:2015:721*, punti 27 e 28).

38. Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

39. A tal riguardo, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, *Montte, C546/16, EU:C:2018:752*, punto 38).

40. Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta, C298/15, EU:C:2017:266*, punti 54 e 55).

41. Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente

aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.

42. Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

43. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

44. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento dedotto dal governo italiano, secondo cui i controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del diritto nazionale sarebbero inefficaci. Invero, siffatta circostanza, che, come pare evincersi dalle osservazioni stesse di tale governo, risulta dalle modalità specifiche di tali controlli, nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale di cui al procedimento principale. Peraltro, il governo italiano non ha affatto dimostrato, nell'ambito della presente causa, che le diverse disposizioni previste all'articolo 71 della direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono limitare il ricorso al subappalto, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale.

45. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

#### SULLE SPESE

46. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

(*Omissis*)

\*\*\*Nota a sentenza

## sommario

1. Il caso posto all'attenzione del Giudice del rinvio. – 2. La normativa italiana ed europea di riferimento. – 3. La lettera di costituzione in mora, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e la giurisprudenza della CGUE. – 4. Il recente approdo della CGUE. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Il caso posto all'attenzione del Giudice del rinvio

La vicenda *sub iudice* trae origine da una procedura di gara ex art. 61 D.Lgs. n. 50/2016 indetta da Autostrade per l'Italia S.p.A. per l'affidamento dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'autostrada A8 dalla barriera Milano Nord all'interconnessione di Linate con la previsione, come importo a base di gara, della somma di € 85.211.216,84 oltre IVA.

La Società Vitali S.p.A. veniva esclusa dalla gara poiché «la Commissione ha rilevato il superamento della percentuale del 30% prevista dall'art. 105, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in materia di subappalto» e, in ragione di ciò, presentava ricorso innanzi al T.A.R. Lombardia-Milano.

Con sentenza n. 28 del 05.01.2018 il Tribunale milanese rigettava tutti i motivi proposti dalla società ricorrente ad eccezione di quello avente ad oggetto la contestazione del limite quantitativo al subappalto previsto dall'art. 105, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, non conforme alla normativa europea.

In ordine a tale motivo, il T.A.R. Milano sospendeva il giudizio e, con separata ordinanza n. 148 del 19.01.2018, sollevava questione pregiudiziale volta ad accertare l'esatta interpretazione della normativa europea attraverso la formulazione del seguente quesito: «Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio europolitano di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».

### 2. La normativa italiana ed europea di riferimento

La normativa italiana costituente la cornice della vicenda fattuale *de qua* vede la propria origine storica nell'art. 18 L. n. 55/1990 recante «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale» avente lo scopo di perseguire «la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica la tutela della li-

bera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche: ciò allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza, che coinvolge interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo<sup>1</sup>».

A fondamento della citata disciplina vi era, come vi è tuttora, la consapevolezza che il settore degli appalti ben può prestarsi ad un utilizzo fraudolento al fine di acquisire commesse pubbliche nell'ambito di contesti criminali.

La citata previsione dell'art. 18 L. n. 55/1990 è poi confluita nelle varie leggi che si sono succedute nel tempo in materia di appalti pubblici fino al D.Lgs. n. 50/2016.

Per quel che qui interessa, l'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016, prima dell'intervento del cd. Decreto Sbocca Cantieri, prevedeva come limite per l'eventuale subappalto, quello del 30% dell'importo complessivo dei lavori (al comma 2) e quello del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture per le opere di cui all'art. 89, comma 11 (al comma 5).

Sulla disposizione in esame si è pronunciato anche il Consiglio di Stato in sede consultiva il quale: con il parere n. 855/2016 ha precisato che «La legge delega, al criterio di cui alla lett. a), prevede il divieto di *gold plating* (ovvero il divieto di introdurre una disciplina più gravosa di quella prevista in sede comunitaria), e alla lett. rrr), in tema di subappalto, non prende posizione sulla questione di eventuali limiti quantitativi al subappalto» e con il parere n. 782/2017 ha precisato che «Le direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. È vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo. Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che pos-

<sup>1</sup> In tal senso la Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 218 del 05.05.1993.



sono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici».

Fermo il quadro normativo innanzi delineato, sul fronte europeo, invece, la disciplina del subappalto è contenuta nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.02.2014 il quale prevede, tra le altre cose, che «7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto. 8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi».

È evidente, quindi, che la norma innanzi citata consente l'introduzione di previsioni più restrittive ma non contempla in alcun modo limiti quantitativi al subappalto.

### 3. La lettera di costituzione in mora, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e la giurisprudenza della CGUE

Già con la lettera di messa in mora – infrazione n. 2018/2273 la Commissione Europea aveva richiamato l'Italia per la mancata conformità della disciplina interna alle direttive del 2014 in tema di contratti pubblici.

Nello specifico, per quanto attiene il tema in esame, la Commissione Europea aveva evidenziato come il limite del 30% previsto per il subappalto dall'art. 105, comma 2 e comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 non trovava riscontro nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE le quali, al contrario, si basano sul principio di favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici ed il subappalto è proprio uno degli strumenti per consentire il raggiungimento di tale obiettivo.

La direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto ma solo ove tale restrizione sia giustificata dalla particolare natura della prestazione da eseguire<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> L'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE recita: «Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento

Analogha previsione è contenuta nell'art. 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE e nel considerando 87, oltre che nel considerando 63 della direttiva 2014/23/UE<sup>3</sup>.

La conclusione cui era giunta la Commissione Europea era che «la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto».

Sul medesimo tema si era già espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, nella causa C-406/14, con sentenza del 14.07.2016, aveva statuito che «una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta, è incompatibile con la direttiva 2004/18/CE».

Pur trattandosi di sentenza resa in relazione alle precedenti direttive, la Commissione Europea nella lettera di costituzione in mora aveva rilevato che «non vi è alcuna ragione per ritenere che le nuove direttive contratti pubblici 2014 ammettano (contrariamente alle direttive del 2004) restrizioni quantitative al subappalto fissate in maniera astratta in una determinata percentuale dell'appalto».

A conferma di ciò il punto 34<sup>4</sup> della sentenza in parola, resa nel contesto delle direttive del 2004, è stato totalmente riportato nell'art. 63, paragrafo 1, comma

di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento».

<sup>3</sup> Il considerando 63 della direttiva 2014/23/UE recita «La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi e la loro applicazione agli operatori economici è essenziale per garantire a questi l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. In particolare, la possibilità concessa ai candidati di far ricorso alle capacità di altri soggetti può essere un fattore determinante per consentire la partecipazione delle PMI. È quindi opportuno stabilire che i criteri di selezione debbano riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto, debbano essere indicati nel bando di concessione e non possano impedire a un operatore economico, salvo in circostanze eccezionali, di far ricorso alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi, qualora l'operatore dimostri all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie».

<sup>4</sup> «qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario».



2<sup>5</sup>, e nell'art. 71, paragrafo 6, let. b)<sup>6</sup>, della direttiva 2014/24/UE.

E, proprio in ragione di tale "parallelismo", la Commissione Europea aveva affermato che «Poiché dette disposizioni, che figurano agli articoli 63 e 71 della direttiva 2014/24/UE e che non erano presenti nella direttiva 2004/18/CE, hanno l'effetto di aumentare i poteri delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei subappaltatori (rendendo in tal modo ancora più difficile ritenere che una restrizione quantitativa del subappalto fissata in maniera astratta non sia sproporzionata), si deve concludere che una restrizione quantitativa del subappalto che era incompatibile con la direttiva 2004/18/CE è incompatibile anche con la direttiva 2014/24/UE».

#### 4. Il recente approdo della CGUE

Con la recente sentenza del 23.09.2019, causa C-63/18, la CGUE nel rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione delle norme europee in tema di subappalto ha precisato che, sebbene sia volontà del legislatore europeo disciplinare in maniera più specifica i casi di ricorso a tale strumento, «non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso al pari del limite imposto dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale».

Ed infatti, è pur vero che i considerando 41 e 104 della direttiva 2014/24 prevedono la possibilità per gli Stati membri di prevedere, nell'ambito della propria disciplina interna, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste nella citata direttiva, e ciò al fine di evi-

tare che il subappalto venga utilizzato come strumento di attuazione di intenti criminosi; tuttavia, secondo la CGUE «una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo» pur riconoscendo che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici».

Sul punto la CGUE ha ricordato che «durante tutta la procedura le amministrazioni giudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità».

La conclusione del percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte è, quindi, che una normativa nazionale come quella italiana che vieta in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto oltre una determinata percentuale prefissata indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto o dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori è da ritenersi incompatibile con la direttiva 2014/24.

#### 5. Considerazioni conclusive

È evidente che lo scopo del legislatore italiano è quello di garantire il principio di trasparenza nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica e, per fare ciò, ha limitato (oggi al 40%) la parte dell'appalto che può essere subappaltata in modo da rendere le commesse pubbliche meno appetibili alle associazioni criminali.

Trattasi di obiettivo che, seppur legittimo, non è, per la CGUE, tale da giustificare una restrizione così ampia e generalizzata, pregiudicante la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Gli Stati membri possono, stante le previsioni della direttiva 2004/18, introdurre limiti e controlli più stringenti al fine di combattere le infiltrazioni mafiose nelle procedure ad evidenza pubblica.

Tuttavia, la previsione di "paletti" al subappalto non può comunque superare il confine segnato dai principi di proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione.

Pare, a chi scrive, che con la sentenza in esame la Corte abbia sì confermato la possibilità di limitare il subappalto anche dal punto di vista quantitativo, ma senza una predeterminazione astratta e generale.

Come affermato dall'Avvocato Generale dell'UE, Eleanor Sharpston nella causa C-298/15 «un'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente cercare di assicurare che un lavoro pubblico sia realizzato in modo efficace e correttamente. Ciò vale in particolare nel caso in cui le opere in questione sono ritenute necessarie per salvaguardare la sicurezza nazionale, che,

<sup>5</sup> «L'art. 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE recita: «L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione».

<sup>6</sup> «L'art. 71, paragrafo 6, lettera b), della direttiva 2014/24/UE recita: «Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti: [...] b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione».

in base all'articolo 4, paragrafo 2, TUE è una delle funzioni essenziali dello Stato che l'Unione europea deve rispettare. Pertanto, a un offerente può essere richiesto di fornire la prova di avere effettivamente a disposizione le risorse degli enti o delle imprese su cui fa affidamento che non detiene in proprio, e che sono necessarie per l'esecuzione dell'appalto. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice può vietare l'uso di subappaltatori le cui capacità non abbiano potuto essere verificate durante l'esame delle offerte e la selezione dell'appaltatore al fine dell'esecuzione di parti essenziali dell'appalto».

L'alternativa, quindi, ad un limite generale e predefinito a livello legislativo, pare essere quella di "autorizzare" le singole stazioni appaltanti a valutare, caso per caso, considerate le caratteristiche delle singole procedure, le tipologie di opere o servizi oggetto dell'appalto ed il valore economico di quest'ultimo, di introdurre limiti al subappalto specifici e diversi.

L'altro verso della medaglia, però, sarebbe l'apertura di un nuovo possibile scenario di contenzioso che andrebbe, inevitabilmente, ad incrementare quello già esistente che da tempo il legislatore italiano sta cercando di limitare.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

## 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.*)

### Affidamento di lavori – Proposte migliorative sui progetti posti a base di gara – Condizioni – Valutazione discrezionale della stazione appaltante

*Le proposte migliorative sui progetti posti a base di gara consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste. La valutazione delle offerte tecniche e delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica.*

Cons. di Stato, sez. V, 08 ottobre 2019, n.6793, Pres. ed Est. C. Saltelli

### Anomalia dell'offerta – Procedimento di verifica – Finalità – La valutazione di congruità deve essere globale e sintetica – Potere tecnico-discrezionale insindacabile

*Il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica in quanto mira ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Il procedimento di verifica è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della offerta e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.*

Cons. di Stato, sez. V, 24 settembre 2019, n.6419, Pres. F. Caringella, Est. A. Bottiglieri

### Chiarimenti – Limiti – Divieto di modificare o integrare la disciplina di gara

*È escluso che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis*. I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violando il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. Pertanto, i chiarimenti non possono in alcun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la commissione giudicatrice.*

Cons. di Stato, sez. V, 02 settembre 2019, n.6026, Pres. C. Saltelli, Est. V. Perotti

### Clausola sociale – L'impresa aggiudicataria non ha l'obbligo di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale dell'impresa uscente

*La clausola sociale inserita nel bando non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo. L'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico.*

Cons. di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n.6148, Pres. R. Prospero, Est. F. Di Matteo

### Impugnativa del bando di gara – Lesione concreta della situazione soggettiva dell'interessato – I partecipanti sono gli unici soggetti legittimati – Ipotesi eccezionali

*I bandi di gara e le lettere di invito devono essere impugnati unitamente agli atti che ne fanno applicazione, es-*

*sendo questi ultimi a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, solo da parte di coloro che abbiano partecipato alla gara in quanto unici soggetti titolari di una posizione differenziata. Tuttavia, ci sono ipotesi eccezionali in cui, per esigenze di ampliamento della concorrenza, si ammette l'impugnazione immediata del bando e si ritiene legittimato anche colui che non abbia proposto domanda di partecipazione alla procedura. Ciò può avvenire qualora si contesti in radice l'indizione di una gara; si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento del contratto in via diretta; si impugnino le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.*

T.A.R. Napoli, sez. V, 23 settembre 2019, n.4534, Pres. S. Scudeller, Est. D. Caminiti

### **Impugnativa – Le clausole non escludenti del bando vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione**

*Le clausole non escludenti del bando di gara vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione, imponendosi altrimenti all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse - quello strumentale alla riedizione della gara - certamente subordinato rispetto all'interesse primario - quello a rendersi aggiudicatario - del quale non sarebbe certa la non realizzabilità. L'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara non può che essere limitato alle sole clausole direttamente escludenti, in quanto immediatamente lesive, mentre le clausole non escludenti del bando vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione.*

T.A.R. Napoli, sez. V, 16 settembre 2019, n.4513, Pres. P. Russo, Est. D. Caminiti

### **Impugnativa di un provvedimento di esclusione in corso di gara – Non sussistono controinteressati**

*Nel caso in cui sia impugnato un provvedimento di esclusione in corso di gara e prima dell'aggiudicazione definitiva, non sussistono controinteressati cui sia doveroso notificare il ricorso, non essendovi posizioni in tal senso giuridicamente rilevanti.*

Cons. di Stato, sez. V, 02 settembre 2019, n.6024, Pres. G. Severini, Est. V. Perotti

### **Impugnazione degli atti di gara – Termine – Decorrenza – La stazione appaltante non è più obbligata ad esporre nella comunicazione d'ufficio di avvenuta aggiudicazione le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata**

*Ai sensi dell'articolo 120 del c.p.a., ai fini della decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara la stazione appaltante non è più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura. Tuttavia, il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione.*

Cons. di Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n.6251, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

### **Offerta – Finanza di progetto – Piano economico-finanziario – Obbligo – Elemento significativo della proposta contrattuale**

*Ai sensi dell'art. 183, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016, nelle procedure finalizzate all'affidamento di concessioni con il sistema della finanza di progetto, le offerte devono contenere obbligatoriamente, oltre alla "bozza di convenzione", un "piano economico-finanziario" asseverato, che assume un ruolo di primaria importanza, in quanto preordinato alla dimostrazione della concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale richiesto dal bando, offrendo la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché del rendimento atteso per l'intero periodo. Il piano rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale ed integra a pieno titolo l'offerta, di cui vale ad illustrare, valorizzare, corroborare e giustificare la complessiva sostenibilità *tractu temporis*: pur non sostituendosi o sovrapponendosi ad essa, in sostanza, ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, al fine di provare che l'impresa andrà prospettivamente a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività.*

Cons. di Stato, sez. V, 02 settembre 2019, n.6015, Pres. F. Franconiero, Est. G. Grasso

### **Principio di equivalenza – È possibile ammettere prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste nella *lex specialis* – Favor participationis – Discrezionalità tecnica**

*In materia di appalti l'ambito di applicazione del principio di equivalenza è piuttosto ampio in quanto permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste. Tanto risponde al principio del *favor participationis**



e costituisce, altresì, espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione. L'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*.

Cons. di Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n.6212, Pres. M. Lipari, Est. P. Ungari

### Principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica – Applicazione – Limiti

Il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta): il che accade solo allorché il criterio di aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia quello della "offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" (art. 95, comma 2 d. lgs. n. 50/2016).

Cons. di Stato, sez. V, 02 settembre 2019, n.6017, Pres. C. Saltelli, Est. G. Grasso

### Requisiti – Rating di legalità – Criterio premiale – Condizioni – Criterio finalizzato ad agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese

Nonostante la complessità dell'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016, che persegue il dichiarato obiettivo di coniugare al criterio premiale del rating di legalità quello di agevolare la partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, rileva che, ai sensi dell'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, il rating di legalità può essere richiesto solamente dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. Di qui la previsione dell'art. 95, comma 13 che contempla, al contempo, criteri per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, nonché per i giovani professionisti e le imprese di nuova costituzione.

Cons. di Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n.6907, Pres. F. Caringella, Est. S. Fantini

### Revoca dell'aggiudicazione per inadempimenti dell'aggiudicatario – Inaffidabilità dell'operatore – Giurisdizione del G.A. – Autotutela

La revoca dell'aggiudicazione per inadempimenti dell'aggiudicatario nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, in quanto giustificata dall'inaffidabilità dimostrata dall'operatore in limine executionis attiene ancora alla fase della procedura di affidamento e non a quella dell'esecuzione del contratto. Tanto vale a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 Cod. proc. amm. e non v'è dubbio che la scelta di agire in autotutela è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice e non costituisce atto dovuto. Non è imposto, insomma, all'amministrazione aggiudicatrice la revoca in autotutela dell'aggiudicazione anche per fatto imputabile all'aggiudicatario.

Cons. di Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n.6251, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

### Valutazione delle offerte – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Differenza tra soluzioni migliorative dei progetti posti a base di gara e varianti – Condizioni

In sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative dei progetti posti a base di gara si differenziano dalle varianti in quanto le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentita.

Cons. di Stato, sez. V, 08 ottobre 2019, n.6793, Pres. ed Est. C. Saltelli

## Diritto tributario

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,  
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE ..... 808  
a cura di Maria Pia Nastri



## Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

### Imposte sui redditi – Redditi fondiari – Accertamento – Immobili – Locazione – Canoni – Mancata percezione – Riscossione – Contenzioso tributario

La Corte di Cassazione con la pronuncia in esame ha asserito che se il contribuente non percepisce i canoni di locazione a causa dell'azione del comproprietario, deve comunque provvedere al loro inserimento nella dichiarazione dei redditi. I Supremi Giudici hanno, infatti, respinto il ricorso di un comproprietario di un immobile, che deteneva la metà con il cugino il quale riscuoteva i canoni ma non li divideva.

Respinte le doglianze del contribuente: «la distinzione fra canone locatizio non riscosso e canone “usurpativamente” somministrato è del tutto sterile, in quanto per la sua natura il reddito fondiario è legato alla titolarità del diritto reale, a prescindere dalla sua effettiva percezione», ha specificato la Corte romana. Ed è vero che, in passato, la stessa Cassazione aveva ritenuto il reddito derivante dalla locazione di un fabbricato reddito diverso da quello fondiario e quindi imputabile al locatore, a prescindere dalla titolarità del diritto reale. Eppure, l'art. 26 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 ricorda che il contribuente è obbligato a dichiarare anche i canoni relativi alle mensilità non corrisposte; in questo caso, il disposto del legislatore disciplina ogni fattispecie di mancata percezione dei canoni di locazione, quale che sia la causa della concreta mancata percezione. Dunque, aveva ragione l'Agenzia delle Entrate a sostenere che i canoni di locazione si dovessero dichiarare indipendentemente dall'effettiva riscossione.

La Cassazione ha quindi respinto il ricorso dell'uomo, condannando il ricorrente alla refusione delle spese in favore dell'Agenzia delle Entrate.

Cass. sez. trib., sent. n. 12332 del 9 maggio 2019 - Pres. B. Virgilio, rel. R. Mucci

### IRPEF – Scudo fiscale – Base imponibile – Proventi derivanti da fatti illeciti – Dichiarazione riservata – Assoggettamento a tassazione – Validità accertamento

Lo scudo fiscale, introdotto dall'articolo 13-bis del decreto-legge n. 78 del 2009 consente il “rimpatrio” o la “regolarizzazione” di attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero alla data del 31 dicembre 2008 in violazione degli obblighi valutari e tributari sanciti dal decreto-legge n. 167 del 1990. La Corte di Cassazione ha ribadito che l'effetto preclusivo dello scudo fiscale non sussiste sull'accertamento iniziato prima della presentazione della dichiarazione riservata delle attività emerse, permanendo la validità degli accertamenti con cui sono stati recuperati a tassazione versamenti bancari non giustificati o comunque costituenti proventi illeciti. Pertanto, in tema di imposte sui redditi, ai sensi dell'art. 14, quarto comma, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, l'esclusione dalla base imponibile dei proventi da attività illecite dalla base imponibile, se sottoposti a sequestro o confisca penale, c'è solo se il provvedimento ablatorio è intervenuto, al massimo, entro la fine del periodo di imposta cui il provento si riferisce, e non anche in caso di eventi successivi alla realizzazione del presupposto impositivo. Con tale ordinanza la Corte di Cassazione ha confermato la validità degli accertamenti con cui vengono recuperati a tassazione versamenti bancari non giustificati o comunque costituenti proventi illeciti.

Cass., sez. V, 5 novembre 2019, ord. n. 28375 del 5 novembre 2019 - Pres. F. Sorrentino, rel. R. Guida.

### Ritenuta d'Acconto – Sostituto d'imposta e Sostituito – Solidarietà Passiva – Ritenute operate e non versate – Non sussiste

Le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono pronunciate sulla solidarietà tra sostituto e sostituito per le ritenute operate e non versate. In particolare, le SS. UU. hanno sancito che nel caso in cui il sostituto ometta di versare le somme, per le quali ha però operato le ritenute d'acconto, il sostituito non è tenuto in solido in sede di riscossione, atteso che la responsabilità solidale prevista dall'articolo 35 Decreto del Presidente della Repubblica n. 602 cit. è espressamente condizionata alla circostanza che non siano state effettuate le ritenute.

*Tale principio di diritto è in contrapposizione all'indirizzo prevalente che, invece, risolveva la questione ritenendo che l'obbligazione al versamento dell'acconto fosse unica sia per il sostituto che per il sostituito e, quindi, vi fosse solidarietà ex art. 1294 c.c..*

*Le Sezioni Unite hanno stabilito che l'obbligazione del sostituto a versare la ritenuta d'acconto è autonoma e a supporto della propria decisione hanno richiamato l'Art. 64, comma 2, del DPR 600/1973 a norma del quale al sostituito è concessa solo una facoltà di intervenire nel processo nonché l'Art. 23 del DPR 600/1973 che pone l'obbligo di operare la ritenuta esclusivamente a carico del sostituto la cui causa è nella rivalsa prevista dall'Art. 64, comma 1.*

Cass., SS. UU., n. 10378 del 12 aprile 2019 - Pres. P. Curzio, rel. E. Bruschetta.

#### Amministrazione finanziaria – Prove – Procedimenti penali e amministrativi connessi – Accesso agli atti

*I contribuenti destinatari di decisioni che incidono sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in relazione agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione.*

*Pertanto, laddove l'Amministrazione finanziaria intenda fondare la propria decisione su prove ottenute, come nel caso di specie, nell'ambito di procedimenti penali e amministrativi connessi avviati nei confronti dei suoi fornitori, detto soggetto passivo deve poter accedere a tali elementi.*

Sentenza della CGUE, 16 ottobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary Kft/ Nemzeti Ado-es Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság*, C-189/18

#### Libertà di circolazione dei capitali – Diverso trattamento fiscale – Normativa tedesca – Dividendi – Fondi pensione

*La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha giudicato difforme dalla disciplina comunitaria per violazione della libertà di circolazione dei capitali la normativa tedesca, la quale riserva un differente trattamento fiscale ai dividendi versati ai fondi pensione, prevedendo un trattamento più sfavorevole per quelli versati ai fondi pensione non residenti rispetto a quelli residenti.*

*Tale differenza di trattamento non può esser giustificata, perché il caso di specie non rientra tra le ipotesi riconducibili all'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), Tfeue, in base al quale le disposizioni dell'articolo 63 Tfeue non pregiudicano il diritto degli Stati membri di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione, per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale.*

Sentenza della CGUE, 13 novembre 2019, *College Pension Plan of British Columbia/ Finanzamt München Abteilung III*, C-641/17





## Diritto internazionale

ABOLIZIONE DELLA PROTEZIONE UMANITARIA E RETROATTIVITÀ DELLA RIFORMA NELLA PRIMA INTERPRETAZIONE DELLE SEZIONI UNITE .....	812
di Elvira Buzzelli	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA .....	818
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce	



## Abolizione della protezione umanitaria e retroattività della riforma nella prima interpretazione delle Sezioni Unite

### abstract

*Starting from the identification of the common objectives that have led the legislator to create extraordinary permits that can be granted in favour of immigrants illegally present on the national territory and to limit the possibility of approaching ships that have rescued undocumented people at sea, is being discussed the intervention of the United Sections of the Supreme Court about the conventional international law's impact on the domestic law, that obliges to protect the fundamental human rights, which exist before any state regulation.*

### keywords

*Security – Human Rights – Public order – Supreme Court.*

### abstract

*Individuati i comuni obiettivi che hanno indotto il legislatore a tipizzare i permessi concedibili in favore degli immigrati illegalmente presenti sul territorio nazionale e a limitare le possibilità di avvicinamento delle navi che abbiano effettuato il soccorso in mare di persone prive di documenti, si discute dell'intervento delle Sezioni Unite in merito all'incidenza sulla normativa interna del diritto internazionale convenzionale che obbliga a tutelare i diritti umani fondamentali, i quali preesistono alla regolamentazione statutale.*

### parole chiave

*Sicurezza – Diritti umani – Ordine pubblico – Corte suprema.*

### sommario

**1.** Premessa. – **2.** Dalla abrogazione della protezione “umanitaria” alla tipizzazione dei permessi – Irretroattività della nuova disciplina. – **3.** Cenni sui nuovi poteri attribuiti al Ministero dell'Interno in materia di limitazione o divieto di ingresso, transito o sosta di navi nel mare territoriale e relative sanzioni. – **4.** Conclusioni.

#### 1. Premessa

Grande interesse, polemiche e incertezze interpretative hanno accompagnato l'entrata in vigore e la pri-

ma applicazione dei due sistemi di norme meglio note come Decreto Sicurezza (d.l. n. 113/2018, convertito nella l. 1 dicembre 2018, n. 132) e Decreto Sicurezza Bis (d.l. n. 53 del 2019, pubblicato nella Gazz. Uff. 14 giugno 2019, n. 138, convertito nella l. 8 agosto 2019, n. 77). Le ragioni di tale interesse sono davvero molteplici; può essere sufficiente qui ricordare che, in maniera assolutamente condivisibile, si sia criticato anzitutto il metodo utilizzato dal legislatore di fare ricorso, nell'uno e nell'altro caso, alla decretazione d'urgenza per introdurre un pacchetto di norme molto eterogenee tra loro, non legate – per la maggior parte – da una logica ed una finalità comune evidenti.

Una trama, tuttavia, è certamente individuabile ed è quella che lega tra loro la materia dell'immigrazione clandestina e delle relative misure di contrasto, alle quali una cospicua parte di entrambi i sistemi di norme hanno dedicato notevole spazio. Entrambi i provvedimenti sono entrati così in contatto con delicatissimi problemi che, in termini generali, possiamo ascrivere al diritto internazionale e umanitario, che saranno qui oggetto di una breve analisi, meritando di certo ben più ampie riflessioni.

Il recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. s.u. n. 29459, 29460, 29461 del 13 novembre 2019) ha in qualche modo modificato la programmazione del lavoro. L'autorevolezza dell'intervento ha indotto, quindi, a concentrare l'attenzione sull'analisi di quel sistema di norme costituito dal primo decreto, là dove questo ha abrogato l'istituto meglio noto come “protezione umanitaria”, quella misura cioè che – prima dell'intervento normativo in commento – era applicabile a favore di chi, trovandosi illegalmente nello stato italiano, non si trovasse nelle condizioni soggettive per poter beneficiare delle misure di protezione maggiori (in sintesi, lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria), ma versasse in condizioni personali che erano definite come «seri motivi di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, comma 6, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286).

Le pronunce in esame, intervenute a distanza di un solo anno dall'entrata in vigore di questo primo decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018, entrato in vi-

gore il 5 ottobre e convertito in legge il 1 dicembre successivo) hanno inciso su aspetti significativi della normativa, non solo per il contenuto in senso stretto delle decisioni, ma anche per il metodo di indagine, nella misura in cui, come vedremo, l'analisi del profilo inerente la eventuale retroattività della disciplina (ipotizzata dalla sezione remittente; cfr. Cass, sez. I civile, ord., n. 11749/2019, in contrapposizione a Cass. ord. n. 4890/2019) risulta sviluppato in strettissima connessione con l'analisi dei diritti sostanziali tutelati ed, anzi, partendo proprio da essi.

Il tema immigrazione si rintraccia, peraltro, come si diceva, anche nel provvedimento noto come decreto sicurezza *bis* (d.l. n. 53 del 2019), al quale in questa sede potrà essere dedicato non più di un cenno almeno in relazione alle problematiche di maggior rilievo (vds., infra, § 3). Intanto, deve essere sottolineato come in questo nuovo provvedimento il *focus* - in un crescendo ampliarsi dell'orizzonte di intervento - risulti esteso ad una fase antecedente rispetto all'ingresso dei migranti, essendo concentrato sulla protezione delle aree del mare territoriale maggiormente interessate dalle loro rotte.

## 2. Dalla abrogazione della protezione "umanitaria" alla tipizzazione dei permessi - Irretroattività della nuova disciplina

### 2.1 La protezione "umanitaria" nella disciplina previgente

Vediamo allora su quale contesto normativo abbia inciso il primo decreto. L'istituto, come noto, era disciplinato dall'art. 32 d. lgs 25/2008: si trattava di una misura posta dal diritto interno a beneficio di quei soggetti nei cui confronti lo Stato «...non accolga la domanda di protezione internazionale ma ritenga sussistere gravi motivi umanitari; in tali casi, la Commissione trasmette gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6 d. lgs 286/1998». Si era certo fuori dall'ambito tipico della applicazione della protezione internazionale, in un ambito per così dire residuale, lasciato alla regolamentazione del legislatore statale che, in questo caso, aveva scelto di evitare il riferimento a presupposti tipizzati, limitandosi a qualificare la situazione dell'immigrato come qualificata dalla ricorrenza di «seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano» (art. 5, comma 6, d.lgs. 286/98). È del tutto evidente come tale caratteristica avesse determinato e consentito l'applicazione dell'istituto ad un'ampia e varia casistica, che si adattava alla varietà dei contesti, sia in relazione alle situazioni umane che dei paesi di origine. In questo contesto e in questi limiti, peraltro, la situazione giuridica dello straniero che avesse invocato il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari era stata qualificata dalla giurisprudenza come avente na-

tura di diritto soggettivo e annoverata tra i diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cass. sez. un. n. 10393/2009).

La giurisprudenza sottolineava, peraltro, la necessità di una indagine mirata e specifica, effettuata caso per caso, cosicché si sosteneva che la particolare protezione potesse essere riconosciuta solo sulla base di una specifica allegazione del richiedente e sulla base, quindi, di una puntuale individualizzazione del caso, per cui non avrebbe mai potuto essere motivata con riferimento a problemi di carattere generale relativi alla instabilità del paese di origine o di provenienza, rilevanti, invece, per il riconoscimento delle misure di protezione internazionale (Cass. n. 7492/2012). In altri termini, proprio perché si trattava di una misura atipica, la giurisprudenza era attenta a delinearne precisamente le caratteristiche affinché l'applicazione della norma non trascendesse le sue dichiarate finalità. Generalmente, la particolare vulnerabilità del soggetto veniva di conseguenza riscontrata a favore di colui che versava in condizioni psico-fisiche tali da non consentire l'allontanamento ovvero la cura nel paese di origine, minori, disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, genitori singoli con figli minori, persone che avevano subito nel paese di origine torture, stupri, o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale (sempre previa verifica della attendibilità e credibilità del narrato). Era, poi, oggetto di specifica riflessione, anche se con conseguenze non sempre univoche, se l'inserimento dell'immigrato nel tessuto sociale e lavorativo italiano potesse o meno essere considerato un indice rilevante ai fini della valutazione della sussistenza dei presupposti di applicazione dell'istituto. Negativa rispetto alla valutazione del fatto era a tale riguardo la risposta prevalente, nella concreta applicazione da parte delle Commissioni Territoriali e nella giurisprudenza della Suprema corte: era stato, infatti, precisato (cfr. Cass. n. 25075/2017) che, di per sé sole, «la buona conoscenza della lingua italiana, lo svolgimento di attività lavorativa in Italia e l'assenza di condanne penali, non siano da considerare da soli profili rilevanti per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, non integrando gli stessi la sussistenza di "seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano"». Sulla base di tali concetti, costantemente affermati dalla Suprema corte, pur con qualche distinguo in relazione a singoli casi concreti, può concludersi in ultima analisi evidenziando che - in primo luogo - quale regola generale di giudizio, la domanda andava valutata sulla base di una precisa analisi da condursi sulla base di specifiche allegazioni della parte e dei principi sopra richiamati, con una precisa individualizzazione del caso; in secondo luogo, che il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari andava sempre e necessariamente riconosciuto al cittadino straniero che comunque

si trovasse nel territorio nazionale, quando ciò fosse necessario allo scopo di «... impedire l'espulsione nei confronti di colui che dall'immediata esecuzione del provvedimento potrebbe subire un irreparabile pregiudizio, dovendo tale garanzia comprendere non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita» (Cass. n. 13252/2016, che richiama a sua volta Cass. 1690/2005, 20561/2006, 1531/2008, 7615/2011, 14500/2013, quest'ultima resa a sezioni unite) o, anche, possiamo aggiungere, a favore di colui al quale, per ragioni soggettive – ad esempio, in presenza di cause di esclusione – non potesse essere riconosciuta la protezione internazionale, ma che avrebbe avuto i requisiti oggettivi per beneficiarne (ad esempio, il terrorista che tornando in patria rischiasse la morte o la tortura per ragioni di credo religioso o appartenenza politica, ecc.). Tutto questo appariva coerente rispetto al quadro generale degli obblighi di *non-refoulement* gravanti sugli Stati, in base alla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 e al suo Protocollo del 1967.

## 2.2. Le nuove norme e il recente intervento delle Sezioni Unite in materia di retroattività, con particolare riferimento al caso della "integrazione sociale" del richiedente

Come è stato sostenuto, «non è una novità che la l. n. 132/2018 abbia fatto confluire il tema della sicurezza e quello dei flussi migratori in un *pout pourri* normativo caratterizzato dall'idea dell'esclusione: da anni ormai il rapporto tra immigrazione e diritto penale si è imposto come elemento imprescindibile dell'agenda politica, che ha consolidato a vari livelli il binomio immigrazione – perdita di sicurezza»<sup>1</sup>. Nel nuovo sistema, il primo messaggio veicolato si trova, quindi, nella stessa impostazione del provvedimento, nella misura in cui la finalità di tutela della sicurezza è assicurata già dall'annuncio di un forte giro di vite nella materia della immigrazione clandestina.

Ad ogni modo, il metodo utilizzato si è basato sulla abolizione di un modello generale, qualificato – come si è visto nel precedente paragrafo – dalla finalità perseguita (tutela delle condizioni di particolare vulnerabilità integranti gravi ragioni di carattere umanitario) e sulla sua sostituzione con un modello che invece individua tipi specifici di permessi, collegati ad altrettanti casi specifici, con l'obiettivo di potere così limitare la discrezionalità amministrativa e ridefinire l'ambito dell'accertamento giurisdizionale. Nel rinviare al contenuto della norma<sup>2</sup>, quel che qui preme sottolineare è che la mancanza di un'espressa disciplina intertemporale abbia da subito determinato casi di applicazione integrale immediata, cui si è reagito

ponendo in sede giurisdizionale il problema della retroattività, o meno, della disciplina. È chiaro, infatti, che, come si diceva in apertura, qui la materia venga a contatto immediato con diritti soggettivi costituzionalmente protetti; non per nulla, nella costante interpretazione che si è sopra richiamata della disciplina previgente, si è rimarcato sempre che «il diritto d'asilo costituzionale è integralmente compiuto attraverso il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale, anche perché non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non predeterminato, secondo il paradigma normativo aperto dell'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 286 del 1998» (così, di recente, ancora cass. 4890/2019; si veda peraltro la giurisprudenza citata *supra*, par. 2.1.).

Del resto, è anche significativa la circostanza che, quando il Presidente della Repubblica Mattarella, il 4 ottobre 2018, aveva firmato il decreto legge "immigrazione e sicurezza" n.113/2018, aveva accompagnato la firma con una lettera in cui avvertiva "l'obbligo di sottolineare che, in materia" ... «restano 'fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo». Il Presidente della Repubblica ha ricordato, in particolare, «quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

Ebbene, con le tre sentenze in esame le sezioni unite della Corte di cassazione hanno in parte raccolto quelle preoccupazioni e, ragionando in termini sistematici, hanno in sostanza respinto la tesi – fatta propria dalle ordinanze di rimessione e sostenuta dall'Avvocatura dello Stato per il Ministero dell'Interno – che propugnava la natura retroattiva del decreto legge n.113 del 2018 di abolizione della protezione umanitaria. La Suprema corte ha dunque negato che le norme introdotte dal decreto legge 113/2018 siano applicabili anche alle cause in corso ed ha fondato il ragionamento proprio sull'analisi del diritto sostanziale dedotto in giudizio, sottolineando cioè che il diritto alla protezione, in quanto espressione del diritto di asilo tutelato dalla Costituzione (art. 10), sorge già al momento in cui lo straniero arriva in Italia in condizioni di vulnerabilità, intesa come rischio di lesione dei diritti umani fondamentali. In stretta continuità con l'indirizzo interpretativo vigente prima della riforma e di cui si è dato conto, quindi, la Suprema corte ha ribadito che la protezione umanitaria «attuа il diritto d'asilo costituzionale», cioè «scaturisce direttamente dal precetto dell'art. 10 della Costituzione» ed ha aggiunto, anzi, una chiosa importante, affermando che «... anche per i nuovi istituti» essi devono «rispettare Costituzione e vincoli internazionali», che può soltanto definire i criteri di accertamento e le modalità di esercizio di quel diritto (tra i numerosi precedenti in materia, cfr. cass. n.19393 del 2009, sez.un. n. 5059 del 2017; n. 30658

<sup>1</sup> RISICATO, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 1, 15.

<sup>2</sup> Art. 1, capo I, art. 1, del d.l. n. 113/2018, come modificato dalla legge di conversione.



del 2018; n. 30105 del 2018; n. 32045 del 2018; n. 32177 del 2018).

Quando, pertanto, si afferma che il decreto non è applicabile retroattivamente, si intende quindi più precisamente affermare, alla luce del *dictum* delle Sezioni Unite, che la nuova disciplina non si applica alle domande già pendenti alla data del 5 ottobre 2018 e che il riconoscimento della protezione debba essere valutato, per tutte le domande pendenti a quella data, secondo quei criteri che comportavano, al momento della domanda, il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria ex art. 5.6 del Testo unico n.286/98. Si determinerebbe, altrimenti, la violazione dei principi costituzionali di uguaglianza (art. 3) e di asilo (art. 10 comma 3, Cost.), in quanto diversi soggetti i quali versavano nella medesima situazione al momento in cui presentarono la domanda di asilo e al momento dell'ingresso in Italia potrebbero trovarsi a subire trattamenti diversi a seconda del momento storico in cui intervenga la decisione da parte della Commissione territoriale o del giudice, in caso di ricorso contro un eventuale diniego. Una volta riconosciuta l'esistenza del diritto sostanziale alla luce dei parametri fissati dalla norma in vigore al momento della domanda, sarà poi necessario, nel ragionamento della cassazione, che il permesso di soggiorno rilasciato dalle questure sia però quello nuovo «per casi speciali», più breve e non convertibile (articolo 9, comma 1). In buona sostanza, «la permanente rilevanza della protezione umanitaria o dei seri motivi risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano discende dalla irretroattività della novella, che l'ha espunta dall'ordinamento; ma il concreto atteggiarsi del permesso che pur sempre risponde a quella protezione, è dettato dall'interpretazione conforme a Costituzione, che valorizza la volontà del legislatore». Per la Corte, «in tema di successione delle leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta ad ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile».

Una volta chiarita la portata della irretroattività della disciplina, la Suprema Corte ha aggiunto poi un'altra notazione, sulla quale è assolutamente necessario soffermarsi, in quanto forse la più importante a parere di chi scrive, nella misura in cui è potenzialmente foriera dei più rilevanti sviluppi in sede di concreta applicazione. Si tratta del passaggio in cui la corte sottolinea come «l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorra operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di acco-

glienza», per cui occorre attribuire «rilievo centrale alla valutazione comparativa tra il grado di integrazione effettiva nel nostro Paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale». Si tratta di una puntualizzazione che incoraggia, a ben vedere, l'interprete a valorizzare aspetti che hanno poco in comune con le problematiche affrontabili con gli strumenti a disposizione, costituiti dai vari permessi speciali di durata annuale che non sono rinnovabili, né convertibili in permessi di altra natura, come quelli fondati su ragioni di famiglia o di lavoro. Il richiamo della Suprema Corte, quindi, in un contesto di questo genere, appare tanto più importante, nella misura in cui – a dispetto della inidoneità degli strumenti offerti dalle nuove norme – si mantiene naturalmente in linea con quanto la Corte di Strasburgo ha sempre ribadito e cioè che gli Stati, ferma la loro discrezionalità in ordine alla scelta del tipo di soggiorno, debbano comunque garantire allo straniero che non possa essere espulso l'esercizio effettivo del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare (cfr. Corte eur. dir. uomo, 17.1.2006, ric. 51431/99, par. 66)<sup>3</sup>.

In questo contesto, è chiaro che la precedente fattispecie di protezione umanitaria costituisca norma di diritto interno più duttile, tale che, con i correttivi e le puntualizzazioni sopra esplicitate (par. 2.1) consentiva di dare sostanza, con indagine da compiere caso per caso, a tematiche di questa natura e alla tutela dei diritti soggettivi caso per caso meritevoli. In quale modo una tale esigenza – la cui persistenza è ribadita, però, come si è visto, dalle Sezioni Unite, in coerenza con gli orientamenti della CEDU – potrà oggi essere garantita dal nostro ordinamento è indubbiamente un discorso tutto da scrivere, sul quale si sta già misurando la giurisprudenza di merito e, come si comprende da queste prime pronunce, anche quella di legittimità. L'indicazione della Suprema Corte, in particolare, costituisce a mio parere una chiave di lettura che sollecita l'interprete ad introdurre i correttivi necessari e per offrire, in altre parole, una lettura costituzionalmente orientata della nuova norma, laddove possibile. Laddove invece ciò non dovesse risultare possibile, in ragione della inidoneità dello strumento normativo approntato dalla riforma (e ciò accadrà soprattutto nei casi in cui venga in discussione il diritto del richiedente all'integrazione familiare e sociale) allora la vigenza della norma desumibile dall'indirizzo interpretativo della CEDU, raccolto dalla Suprema Corte, porterà verosimilmente ad ordinanze di remissione alla Cor-

<sup>3</sup> Personalità – (Diritti della) – «La Corte Eur. Dir. Uomo tra tutela della vita privata e ordine pubblico in materia di espulsione, di FEDERICA MAZZEO, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 4, 663 nota a sentenza CEDU, n. 57433 del 14/2/2019.

te Costituzionale. Le soluzioni prospettabili passano, anzitutto, per la possibilità di ricorrere alla protezione speciale, introdotta dallo stesso decreto sicurezza a tutela di soggetti esposti nel paese di origine al pericolo di persecuzione anche per le «condizioni personali o sociali» (art. 19, commi 1° e 1.1° D. Legislativo 25 luglio 1998, n. 286)<sup>4</sup> fino al recupero dell'asilo costituzionale sancito dall'art. 10, comma 3°, Cost., in coerenza con la normativa euro-unitaria, in virtù dell'art. 117 della stessa Costituzione.

Per completezza, va rammentato come sia stata messa in luce da alcuni autori<sup>5</sup> (*NOTA*<sup>6</sup> anche la possibilità di ricorrere ad un'applicazione «lungimirante e comprensiva» della protezione sussidiaria di cui all'art. 14, comma 1°, lett. b), del d. lgs. n. 251/2007 relativa ai casi di «tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine», utilizzando l'approccio tracciato anche in questo caso dalla CEDU. Infatti, «già da tempo, tra i giudici di Strasburgo, c'è stato chi ha sostenuto che l'espulsione di un immigrato integrato costituisca, non solo un'ingerenza nella sua sfera privata e familiare, ma in sé un vero e proprio trattamento inumano e degradante (opinione dissenziente del giudice Meyer in Corte eur. dir. uomo, 26.3.1992, ric. 1203/86)»... con la precisazione che «non sorprende, tuttavia, che tale interpretazione non abbia avuto fortuna nella successiva giurisprudenza convenzionale, derivando da tale opinione, se accolta, un divieto assoluto per gli Stati di espellere gli stranieri integrati, ancorché autori di reati (art. 15 Conv. eur. dir. uomo)<sup>7</sup>».

### 3. Cenni sui nuovi poteri attribuiti al Ministero dell'Interno in materia di limitazione o divieto di ingresso, transito o sosta di navi nel mare territoriale e relative sanzioni

L'interesse del legislatore, con l'entrata in vigore del d.l. n. 53/2019, risulta esteso – come si diceva in premessa – alla protezione del mare territoriale, mediante un sistema di norme destinate in ipotesi a colpire le navi in transito, anche quando risultino cariche di vite umane, nonché a potenziare misure repressive sia a carico degli armatori che dei comandanti. Materia delicata anche questa, perché strettamente connessa con la materia dei «limiti che attualmente vigono in campo di «*domestic jurisdiction*» o competenza interna degli stati, a fronte della opposta tendenza del diritto internazionale ad ingerirsi, invece, nei rapporti interni

alle singole comunità statali, senza distinzione tra cittadini, stranieri o apolidi. Se, infatti, per qual che attiene al diritto internazionale consuetudinario può ancora avere senso richiamare il concetto, appunto, di competenza interna, ciò non può più avvenire per gli ampi settori del diritto internazionale di natura convenzionale, che limita lo stato all'interno del suo stesso territorio»<sup>8</sup>.

Le principali di queste Convenzioni sono proprio quelle che più da vicino interessano il nostro discorso, cioè quelle che perseguono valori di giustizia, come le norme sui diritti umani e sulla punizione dei crimini di guerra e contro l'umanità<sup>9</sup> e che – nel caso di specie – concorrono con un'altra normativa convenzionale speciale, che è rappresentata dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, cui il decreto peraltro espressamente si richiama (utile per chi intenda approfondire anche la lettura del dossier, pubblicato sul sito del Senato, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01119792.pdf>).

Basterà qui rammentare che – salva ovviamente l'ipotesi che il trasporto di migranti possa integrare ipotesi di reato – in base all'art. 19 della Convenzione il passaggio di una nave è qualificato «inoffensivo fintanto che non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero. Tale passaggio deve essere eseguito conformemente alla presente Convenzione e alle altre norme del diritto internazionale. 2. Il passaggio di una nave straniera è considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, la nave è impegnata in una qualsiasi delle seguenti attività: ... g) il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero; inquinamento intenzionale e grave, in violazione della presente Convenzione... l) ogni altra attività che non sia in rapporto diretto con il passaggio». La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 dispone poi che lo Stato ponga in capo al comandante di ogni imbarcazione obblighi per cui questi è tenuto «nella misura in cui gli sia possibile» a prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo e procedere «quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo» prestando soccorso «all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri». L'obbligo di «collaborazione ai fini del soccorso in mare» è previsto anche dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (SOLAS) e dalla Convenzione internazionale di Amburgo sulla ricerca ed il soccorso marittimi del 1979 (SAR). In questo contesto, pur sommariamente descritto, è utile riflettere che ove si interpreti la norma del decreto

<sup>4</sup> MASARACCHIA, 25, sez. IV, *La protezione sociale sostituisce il permesso per motivi umanitari*, in *Guida al dir.*, 2018, 25.

<sup>5</sup> BENVENUTI, 34, sez. IV, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. immigraz. cittad.*, 2019, 34.

<sup>6</sup> FEDERICA MAZZEO, *ibidem*.

<sup>7</sup> F. MAZZEO, *op. ult. cit.*; si vedano anche in argomento, ZAGREBELSKY, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, 2016, 245 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione asilo e cittadinanza*, Maggioli, 2018, 113 ss.

<sup>8</sup> così, in B. CONFORTI, «*Diritto Internazionale*», pag. 211 e segg., Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, X edizione.

<sup>9</sup> B. CONFORTI, *op. ult. cit.*, pag. 214 e segg.

come diretta a qualificare l'attività delle navi che salvano i naufraghi non come adempimento degli obblighi giuridici incombenti sul capitano, ma come mero «carico o scarico» di persone immigrate illegalmente, può arrivarsi a farne conseguire che, nei casi di inottemperanza del divieto di ingresso, transito o sosta nelle acque territoriali italiane, possano essere legittimamente irrogate sanzioni amministrative particolarmente elevate, di importo che va da un minimo di € 150 mila ad un massimo di 1 milione di euro. In realtà, occorre riflettere come sia la stessa norma a richiamare espressamente le convenzioni internazionali e in particolare quella sopra citata, di Montego Bay<sup>10</sup>. Di conseguenza, proprio per quella prevalenza del diritto convenzionale sul diritto interno in materia, dovrebbe essere possibile, sul piano interpretativo, ipotizzare che, nei casi in cui l'operazione di salvataggio si esaurisca con il semplice sbarco in condizioni di sicurezza degli individui, la valutazione di tutte le attività poste in essere tra il momento in cui si sia venuti a conoscenza di un evento SAR e la sua conclusione tipica (salvataggio e sbarco, appunto) dovrebbero comunque essere considerate coerenti e conformi alla disciplina pattizia citata e vincolante, e, in buona sostanza, come azioni compiute in adempimento di un dovere giuridico che le convenzioni SAR e SOLAS impongono sia agli Stati nazionali sia ai comandanti delle navi. Si tratta chiaramente di un argomento aperto, che meriterebbe separata trattazione.

Ad ogni modo – senza poter scendere all'esame della eventuale natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative comminate dal decreto (sulla base dei noti criteri Engel)<sup>11</sup> – ciò che appare confligente con l'intero sistema pattizio in tema di diritti umani fondamentali è proprio la criminalizzazione dell'azione di soccorso, che invece dovrebbe descriversi come doverosa in adempimento delle convenzioni internazionali in base alle quali «il diritto alla vita e il principio di non respingimento dovrebbero sempre prevalere sulla legislazione nazionale o su altre misure

presumibilmente adottate in nome della sicurezza nazionale»<sup>12</sup>.

#### 4. Conclusioni

Deve concludersi sottolineando l'importanza delle recentissime pronunce della Suprema Corte, nella misura in cui confermano, ancora una volta, come la verifica di legittimità del diniego di protezione debba sempre passare per una lucida valutazione della portata del provvedimento rispetto al diritto sostanziale dedotto in giudizio dal richiedente e nella misura in cui sollecitano a tener conto che, nel mutato panorama normativo interno, il diritto alla protezione umanitaria resti «diretta attuazione del dettato costituzionale (art. 10 comma 3), per cui se è certo che vanno riconosciuti al legislatore ampi poteri per le modalità di riconoscimento, essi non possono estendersi alla “concessione” di tale diritto»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> «art. 1-ter. Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri.»

<sup>11</sup> Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in *www.hudoc.echr.coe.int*

<sup>12</sup> <https://www.ilsole24ore.com/art/decreto-sicurezza-bis--viminale-all-onu-pensi-turchia-e-corea-nord-provvedimento-urgente-A-C2r6WE>; cfr. anche CONFORTI, *op. ult. cit.*, pag. 243 e segg.; intervista alla prof.ssa Greta Tellarini, in «*Gli esperti di diritto internazionale: in una Convenzione Onu l'appiglio per bloccare le navi delle Ong*», di ANDREA CARLI, Sole 24Ore del 1/2/2019.

<sup>13</sup> vds. F. VASSALLO PALEOLOGO, «*Giustizia Insieme*», 20/11/2019 «*L'abolizione della protezione umanitaria non ha effetto retroattivo, ma quando conta ancora l'integrazione sociale e la Costituzione?*».

a cura di

Michele Corleto

Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

## Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea

### DIRITTO INTERNAZIONALE

#### Violazione dell'art. 5 comma 4 Conv. eur. dir. Uomo – Misure privative della libertà personale – Principio di "unicità delle impugnazioni" – Partecipazione dell'accusato al riesame

*La Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione dell'art. 5 comma 4 Conv. eur. dir. uomo, il quale sancisce il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti delle misure privative della libertà personale.*

Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, sent. 5 settembre 2019.

Per un'adeguata comprensione della vicenda, occorre premettere che il ricorrente – non rintracciabile al momento di emissione della misura custodiale – era stato catturato a distanza di qualche mese in territorio estero e rapidamente estradato in Italia. In seguito, la richiesta di riesame avanzata dal difensore di fiducia era stata dichiarata inammissibile sulla base del principio di "unicità delle impugnazioni", ritenendo che la precedente iniziativa del difensore d'ufficio, nominato ex art. 296 comma 2 c.p.p., avesse generato una "preclusione processuale" (in tal senso, cfr. Cass., sez. I, sent. 16 settembre 2008, Sposito, in CED Cass., m. 241137 e Cass., sez. IV, sent. 5 aprile 2013, Colonna, in Cass. pen., 2014, p. 3356 ss., con nota di G. Colaiacovo; contra, v. Cass., sez. III, sent. 14 febbraio 2013, Dines, in Giur. it., 2013, p. 2364 ss., con nota di E.N. La Rocca). Peraltro, dal momento che si trovava detenuto in un circondario assai distante rispetto a quello in cui era incardinato il procedimento, il ricorrente non aveva nemmeno potuto presenziare all'udienza fissata per la discussione del ricorso. Egli, pertanto, sosteneva di non aver beneficiato di un ricorso giurisdizionale effettivo al fine di contestare la legittimità del provvedimento cautelare.

La Corte eur. dir. uomo ha accolto il nucleo fondamentale della prospettazione attorea, ponendo in rilievo il diritto di ciascun detenuto di presentare – al giudice competente per il controllo sulla legittimità della privazione della libertà personale – le argomentazioni a sostegno delle proprie istanze, partecipando personalmente al relativo procedimento.

La Corte di Strasburgo ha affermato, in primo luogo, che nel caso di specie non è stata garantita la partecipazione effettiva dell'accusato al procedimento di riesame ex art. 309 c.p.p.: il ricorrente, infatti, era completamente ignaro delle iniziative processuali intraprese dall'avvocato d'ufficio, le quali – benché compiute da un difensore che non era in condizione di comunicare con il proprio assistito – hanno "consumato" irrimediabilmente il diritto d'impugnazione. In tale contesto, la Corte eur. dir. uomo ha incidentalmente osservato che – sebbene il ricorrente sia stato considerato latitante dalle autorità italiane – difettano elementi concreti per ritenere che egli abbia inteso sottrarsi alla giustizia o rinunciare inequivocabilmente al suo diritto di difesa.

Secondariamente, i giudici europei hanno rilevato come nemmeno la richiesta di revoca della misura cautelare ex art. 299 c.p.p. – avanzata dalla difesa in seguito alla declaratoria di inammissibilità del riesame – abbia garantito al ricorrente un rimedio giurisdizionale effettivo: l'istanza, infatti, è stata rigettata de plano, senza che fosse effettuato l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini.

Infine, respingendo l'eccezione preliminare sollevata dal Governo italiano, la Corte eur. dir. uomo ha osservato che la prassi delle corti interne tende ad escludere l'applicazione dell'art. 175 c.p.p. in casi analoghi a quello segnalato, negando la rimessione in termini ai soggetti interessati.



Sulla scorta di queste argomentazioni, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione del dettato convenzionale. Nel caso di specie, invero, il sistema dei controlli cautelari ha mostrato alcune *défaillances*, ponendosi in contrasto con l'indirizzo consolidato della giurisprudenza europea, secondo cui anche il giudizio sulla legalità della detenzione deve conformarsi ai lineamenti essenziali dell'equo processo: da questi ultimi discende, in primo luogo, le *droit d'être effectivement entendu par le juge saisi d'un recours contre une détention*. Di qui, la condanna della Repubblica italiana, cui spetta rifondere al ricorrente 4000 euro a titolo di danno morale e 7000 euro per le spese di causa.

**«Rinvio pregiudiziale – Regolamento (CE) n. 1370/2007 – Servizi pubblici di trasporto di passeggeri – Trasporto per ferrovia – Contratti di servizio pubblico – Aggiudicazione diretta – Obbligo di previa pubblicazione di un avviso riguardante l'aggiudicazione diretta – Portata»**

L'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (Decima Sezione) Sentenza del 24 ottobre 2019 – causa C515/18 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Regione autonoma della Sardegna, nei confronti di Trenitalia SpA**

A seguito della pubblicazione da parte della Regione Sardegna dell'avviso di apertura di un procedimento per l'aggiudicazione diretta del servizio ferroviario regionale, due operatori economici concorrenti hanno chiesto la trasmissione da parte della Regione dei dati necessari per la predisposizione di un'offerta economica da comparare con quella del concessionario storico Trenitalia spa. La Regione Sardegna non comunicò alcuno dei dati richiesti, procedendo all'aggiudicazione diretta del servizio. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, su segnalazione delle imprese concorrenti, ha quindi impugnato innanzi al TAR della Sardegna l'aggiudicazione diretta del servizio ferroviario regionale a Trenitalia spa, per il periodo 2017-2025.

Nel proprio ricorso, l'AGCM ha lamentato che le aggiudicazioni dirette devono essere ispirate al rispetto dei principi generali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Secondo l'autorità regolatrice, i considerando 29 e 30 del regolamento n. 1370/2007 prevedono che si pubblicizzi l'intenzione di aggiudicare contratti di servizio pubblico così da consentire ai potenziali operatori di attivarsi e, in caso di aggiudicazione diretta, il rispetto di una maggiore trasparenza. Ha sottolineato, inoltre, che, poiché l'obiettivo dell'articolo 7, paragrafo 2, del medesimo regolamento consiste nel consentire agli interessati di predisporre una proposta nell'ambito della procedura di aggiudicazione diretta, la Regione Sardegna avrebbe dovuto chiedere all'operatore storico di comunicare tutti i dati in suo possesso relativi ai livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile e altre informazioni, al fine di metterli a disposizione degli altri operatori economici che avevano manifestato il loro interesse. Infatti, secondo l'AGCM, un'autorità regionale che intenda procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia deve mettere a disposizione degli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie per la formulazione di un'offerta commerciale. Inoltre, essa dovrebbe effettuare una valutazione comparativa delle offerte presentate a seguito della pre-informazione effettuata ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 e motivare la scelta dell'operatore economico aggiudicatario dell'appalto.

Si è costituita nel giudizio innanzi al TAR la Regione Sardegna, sostenendo di aver effettuato legittimamente l'aggiudicazione diretta, non avendo violato in alcun modo la disciplina normativa applicabile. Trenitalia spa è pure intervenuta nel giudizio, aderendo alle conclusioni della Regione resistente.

Il TAR ha quindi proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo che fosse data risposta ai seguenti quesiti: "1) Se l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (...) n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di



prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole.

2) Se l'articolo 7, paragrafo 4, del regolamento (...) n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo articolo 7, paragrafo 4".

La Corte ha osservato che i quesiti posti dal TAR di Cagliari dovessero in sostanza essere riassunti in ciò: se l'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento n. 1370/2007 debba essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia sono tenute, da un lato, a pubblicare o a comunicare agli operatori economici interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni.

La Corte ha rilevato che le disposizioni applicabili in alcun modo richiedano la pubblicazione o la comunicazione delle informazioni sull'aggiudicazione prevista che consentano di predisporre un'offerta idonea a essere oggetto di una valutazione comparativa, né prevedono l'organizzazione di una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute dopo la pubblicazione di tali informazioni.

Ha osservato la Corte che l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 si limita ad elencare gli elementi di informazione che l'autorità competente deve necessariamente pubblicare nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, al più tardi un anno prima dell'aggiudicazione diretta. Inoltre, detti elementi di informazione non consentono, di per sé, di preparare un'offerta idonea ad essere oggetto di una valutazione comparativa. Nel caso di specie, le uniche informazioni sul contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia che l'autorità competente intende aggiudicare direttamente, contenute in tale disposizione, riguardano i «servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione». Queste informazioni non consentono all'operatore interessato di individuare le caratteristiche concrete del contratto previsto.

La Corte ha quindi dichiarato che l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di motivare la scelta della procedura di aggiudicazione diretta, con l'esposizione delle ragioni che sottostanno ad essa, non si estende alla ostensione delle alle valutazioni quantitative o qualitative delle offerte che l'autorità competente ha eventualmente ricevuto.

La Corte sviluppa il proprio ragionamento osservando che le norme richiamate hanno il mero scopo di fissare due procedure di aggiudicazione, quella diretta e quella a seguito di gara ad evidenza pubblica.

Affermano i giudici di Lussemburgo: «qualora le disposizioni dell'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento n. 1370/2007 dovessero essere intese nel senso che istituiscono un regime di pubblicità sostanzialmente analogo a quello che caratterizza la procedura di gara e che esse richiedono una valutazione comparativa delle offerte eventualmente ricevute, una siffatta interpretazione porterebbe ad assimilare la procedura di aggiudicazione diretta alla procedura di gara e non terrebbe conto quindi delle importanti differenze che il regolamento n. 1370/2007 prevede riguardo ad esse».

Ha rilevato la Corte che le informazioni pubblicate ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 devono consentire a un operatore economico di contestare, a partire dal momento indicato in tale disposizione, il principio stesso dell'aggiudicazione diretta prevista dall'autorità competente<sup>1</sup>.

Se da un lato è dunque necessario garantire l'effettività del diritto di contestazione, nondimeno una contestazione relativa al principio stesso dell'aggiudicazione diretta del contratto di servizio pubblico può essere proficuamente proposta da un operatore economico senza che l'autorità competente sia previamente obbligata a pubblicare o a comunicare agli operatori economici interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi possano presentare un'offerta seria e ragionevole.

Pertanto, ha rilevato ancora la Corte, tali conclusioni sono confermate anche dallo studio dei lavori preparatori delle norme in esame.

Dal loro esame appare evidente che il legislatore dell'Unione europea non ha accolto una proposta della Commissione, depositata nell'ambito dei lavori preparatori del regolamento n. 1370/2007, che andava nel senso di una maggiore apertura alla concorrenza.

La proposta della Commissione aveva previsto, per i contratti aggiudicati senza gara pubblica, che altri potenziali operatori potessero, nei sei mesi successivi all'avviso di pre-informazione, presentare all'autorità competente, in via opzionale, un'offerta per mettere in discussione i risultati precedentemente ottenuti dall'operatore in procinto di usufruire dell'aggiudicazione diretta del contratto. Secondo detta proposta, l'autorità competente doveva valutare tali offerte e rendere pubblici i motivi che l'avevano indotta ad accettarle o a rifiutarle (articolo 7,

<sup>1</sup> 20 settembre 2018, Rudigier, C518/17, EU:C:2018:757, punti 64 e 66.

paragrafo 2, della proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna [COM(2002) 107 definitivo, del 21 febbraio 2002 (GU 2002, C 151 E, pag. 146)].

Deve quindi concludersi che onere dell'operatore economico concorrente sia quello di impugnare la decisione di procedere ad una aggiudicazione diretta da parte dell'autorità pubblica, impugnando le motivazioni di tale decisione, e per far ciò non occorre acquisire informazioni utili piuttosto alla formazione di una offerta economica.

**«Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Regolamento (UE) n. 1215/2012 – Articolo 17, paragrafo 1 – Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori – Nozione di "consumatore" – Persona fisica che opera sul mercato internazionale dei cambi attraverso una società di intermediazione finanziaria – Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) – Direttiva 2004/39/CE – Nozione di "cliente al dettaglio"»**

L'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che una persona fisica che in forza di un contratto quale un contratto differenziale concluso con una società di intermediazione finanziaria effettua operazioni sul mercato internazionale dei cambi FOREX (Foreign Exchange) tramite tale società, deve essere qualificata come «consumatore», ai sensi di detta disposizione, se la conclusione di tale contratto non rientra nell'ambito dell'attività professionale di tale persona, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Ai fini di tale qualificazione, da un lato, fattori quali il valore delle operazioni effettuate in forza di contratti quali i contratti differenziali, l'entità dei rischi di perdite finanziarie associati alla conclusione di tali contratti, le eventuali conoscenze o competenze di detta persona nel settore degli strumenti finanziari o il suo comportamento attivo nel contesto di tali operazioni sono, in quanto tali, in linea di principio, privi di pertinenza; dall'altro, il fatto che gli strumenti finanziari non rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) o che tale persona sia un «cliente al dettaglio» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, è di per sé, in linea di principio, ininfluenza.

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea CORTE (Prima Sezione) Sentenza del 3 ottobre 2019 - causa C208/18 - J. P. contro F. G. H. Ltd**

Come si legge nella sentenza in commento, la ricorrente è domiciliata nel territorio della Repubblica ceca mentre la convenuta è una società di intermediazione finanziaria di diritto cipriota, che opera in qualità di professionista nel settore dei valori mobiliari.

Il 2 ottobre 2014, la ricorrente ha stipulato con la convenuta un contratto quadro a distanza il cui scopo era quello di consentirle di operare sul mercato internazionale dei cambi FOREX (*Foreign Exchange*), collocando ordini di acquisto e vendita della valuta di base, che la convenuta avrebbe eseguito tramite la sua piattaforma di trading online.

A tal fine, il contratto quadro prevedeva la conclusione, tra la ricorrente e la convenuta, di contratti individuali qualificati come contratti differenziali (in prosieguo: i «CFD»), strumenti finanziari il cui obiettivo è quello di realizzare profitti sulla differenza tra i tassi di cambio applicabili, rispettivamente, all'acquisto e alla vendita della valuta di base rispetto alla valuta di contropartita.

Sebbene sia possibile operare sul mercato FOREX con fondi propri, la ricorrente si è avvalsa della possibilità di operare mediante «lotti» – laddove un lotto aveva il valore di 100.000 dollari statunitensi (circa € 88.000) – utilizzando l'effetto della leva finanziaria.

Questo meccanismo le ha permesso di operare con un volume di fondi superiore a quello di cui disponeva. In tal modo, quando apriva la sua posizione acquistando la valuta di base, ella contraeva un prestito dal convenuta, che rimborsava chiudendo la sua posizione con la vendita della valuta di base.

La clausola 30 del contratto quadro conteneva un accordo attributivo della competenza giurisdizionale ai giudici ciprioti.

Il 3 ottobre 2014, la ricorrente ha stipulato con la convenuta un CFD in forza del quale quest'ultima collocava un ordine di acquisto di 35 lotti a un tasso di cambio determinato rispetto allo yen giapponese (JPY).

A causa dell'elaborazione di una lunga serie di ordini nel sistema di trading della convenuta, l'ordine della ricorrente è stato eseguito da questa società con un ritardo di 16 secondi, durante i quali sul mercato FOREX si è verificata una fluttuazione del tasso di cambio USD/JPY. Di conseguenza, l'acquisto da parte della convenuta dell'importo di dollari statunitensi ordinato dalla ricorrente è stato effettuato ad un tasso di cambio USD/JPY diverso da quello che la ricorrente aveva accettato al momento della conferma del suo ordine di acquisto.

Secondo la ricorrente, se il suo ordine di acquisto della valuta di base fosse stato eseguito perentoriamente, e non in ritardo, ella avrebbe realizzato un profitto triplo.

La ricorrente ha agito dinanzi al Krajský soud v Ostravě (Corte regionale di Ostrava, Repubblica ceca), facendo valere l'arricchimento senza causa della resistente considerandosi «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012, ritenendo che, conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, e all'articolo 25, paragrafo 4, di tale regolamento, un accordo attributivo della competenza giurisdizionale concluso con un consumatore prima del sorgere della controversia fosse privo di effetti.

Con ordinanza del 29 settembre 2016, il Krajský soud v Ostravě (Corte regionale di Ostrava) ha respinto il ricorso. Il giudice ha concluso infatti che l'accordo attributivo della competenza giurisdizionale di cui alla clausola 30 del contratto quadro fosse valido e che, di conseguenza, non aveva competenza internazionale per decidere sulla controversia dinanzi ad esso pendente. Secondo tale giudice, la ricorrente non aveva la qualità di «consumatore», ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n° 1215/2012, poiché ella non aveva stipulato il CFD *de quo* per soddisfare i suoi bisogni personali, disponeva delle conoscenze necessarie e dell'esperienza richieste per la stipulazione di CFD, aveva agito piuttosto allo scopo di trarre un profitto ed era stata avvisata dei rischi connessi ai CFD e dell'inadeguatezza di tali contratti per i «clienti al dettaglio», ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39.

In subordine, il Krajský soud v Ostravě (Corte regionale di Ostrava) ha considerato che l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012 doveva essere interpretato come l'articolo 6 del regolamento Roma I, per mantenere l'uniformità dei regimi giuridici relativi alle norme sul conflitto di leggi e alla determinazione della competenza internazionale in materia di contratti conclusi dai consumatori, giungendo alla conclusione che gli strumenti finanziari sarebbero esclusi dal campo di applicazione di quest'ultima disposizione.

Con ordinanza del 17 gennaio 2017, il Vrchní soud v Olomouci (Corte superiore di Olomouc, Repubblica ceca) ha confermato l'ordinanza del Krajský soud v Ostravě (Corte regionale di Ostrava).

La ricorrente ha quindi impugnato la pronuncia di incompetenza innanzi al Nejvyšší soud (Corte suprema della Repubblica ceca) che ha sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente questione:

Alla luce di tali premesse, il Nejvyšší soud (Corte suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento [n. 1215/2012] debba essere interpretato nel senso che si deve intendere per consumatore ai sensi dell'indicata disposizione anche una persona, come quella di cui si tratta nel procedimento principale, che partecipa attivamente alle negoziazioni nel [mercato FOREX] sulla base di ordini propri, eseguiti tuttavia tramite un terzo, che è un professionista».

Il quesito posto quindi chiedeva alla Corte oltre al possibilità di qualificare come consumatore una persona fisica che operi su un mercato finanziario tramite un intermediario, se ai fini di tale qualificazione siano rilevanti fattori quali il valore delle operazioni effettuate in forza di tali contratti, l'entità dei rischi di perdita finanziaria connessi alla loro stipulazione, le eventuali conoscenze o competenze di detta persona nel settore degli strumenti finanziari o il suo comportamento attivo nell'ambito di tali operazioni, nonché il fatto che gli strumenti finanziari non rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 del regolamento Roma I o che la persona sia un «cliente al dettaglio» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39.

La nozione di «consumatore», afferma la Corte, ai sensi degli articoli 17 e 18 del regolamento n. 1215/2012 deve essere interpretata restrittivamente, facendo riferimento alla posizione di tale persona in un contratto determinato, in relazione alla natura e alla finalità di quest'ultimo, e non alla situazione soggettiva di tale persona, dato che la stessa persona può essere considerata un consumatore nell'ambito di talune operazioni e un operatore economico nell'ambito di altre<sup>2</sup>.

La Corte ha pertanto concluso che solo i contratti stipulati al di fuori e indipendentemente da qualsiasi attività o finalità di natura professionale, con l'unico scopo di soddisfare le proprie necessità di consumo privato da parte di un individuo, rientrano nel particolare regime previsto da tale regolamento in materia di protezione del consumatore in quanto parte ritenuta debole<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CGUE 25 gennaio 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>3</sup> *Ibidem*, punto 30.

Secondo la Corte, però, tale particolare tutela non si giustifica nel caso di un contratto il cui scopo sia un'attività professionale, prevista anche soltanto per il futuro, dato che il carattere futuro di un'attività nulla toglie alla sua natura professionale<sup>4</sup>.

Ne consegue che le norme sulla competenza specifiche degli articoli da 17 a 19 del regolamento n. 1215/2012 possono essere applicate, in linea di principio, solo nell'ipotesi in cui il contratto sia stato concluso tra le parti per un uso non professionale del bene o del servizio di cui trattasi.

Argomenta la Corte che quindi è alla luce di tali osservazioni che occorre esaminare se una persona che, in virtù di un contratto come un CFD concluso con una società di intermediazione finanziaria, opera sul mercato FOREX attraverso tale società possa essere qualificata come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012.

La Corte ha osservato che dalla documentazione depositata nel suo fascicolo non vi fosse nessun elemento idoneo a provare che la conclusione del contratto quadro o del CFD in questione rientrasse nell'attività professionale della ricorrente. Parimenti, ha osservato ancora la Corte, nell'udienza di discussione, la ricorrente ha dichiarato, senza essere contraddetta, che, al momento della conclusione di tali contratti, era una studentessa universitaria e lavorava a tempo parziale.

La questione sottoposta alla Corte chiedeva se ad una persona fisica possa non essere riconosciuta la qualità di «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012 a causa di fattori quali i rischi connessi alla conclusione di contratti quali i CFD, il valore delle operazioni, le conoscenze o la competenza eventuali di tale persona nel settore degli strumenti finanziari o il suo comportamento attivo sul mercato FOREX.

I giudici di Lussemburgo hanno rilevato di aver già statuito che l'ambito di applicazione delle disposizioni della sezione 4, del capo II, del regolamento n. 1215/2012, che disciplina la competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi da consumatori, si estende a tutti i tipi di contratti, ad eccezione di quello specificato all'articolo 17, paragrafo 3, di detto regolamento, vale a dire i contratti di trasporto diversi da quelli che, per un prezzo globale, prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio<sup>5</sup>, con la conseguenza che strumenti finanziari come i CFD rientrano nel campo di applicazione degli articoli da 17 a 19 del regolamento n. 1215/2012.

La Corte ha altresì precisato che l'ambito di applicazione delle disposizioni della stessa sezione 4, capo II, del regolamento n. 1215/2012 non è limitato a determinati importi<sup>6</sup>, giungendo così alla conclusione che il fatto, rilevato nella decisione di rinvio, che la conclusione dei CFD possa comportare, per un investitore, rischi significativi in termini di perdite finanziarie è, in quanto tale, irrilevante ai fini della qualificazione dell'investitore come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, di detto regolamento.

La Corte ha esaminato inoltre la questione se le conoscenze e competenze di una persona nel settore interessato dal contratto da questa concluso, come quelle di cui dispone la ricorrente rispetto ai CFD *de quo*, possano escluderne la qualità di «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012. Sotto tale profilo, la Corte ha rilevato che, affinché a una persona possa essere riconosciuta tale qualità, è sufficiente che essa concluda un contratto per un uso che esuli dalla sua attività professionale.

A tale riguardo, la norma non impone ulteriori condizioni dal momento che la nozione di «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012 è definita per contrapposizione a quella di «operatore economico», essa possiede carattere oggettivo e prescinde dalle conoscenze e dalle informazioni di cui l'interessato realmente dispone<sup>7</sup>.

Ha osservato la Corte che ritenere che la qualità di consumatore di una controparte contrattuale possa dipendere dalle conoscenze e dalle informazioni di cui essa dispone in un determinato settore, e non dal fatto che il contratto che ha concluso sia destinato o meno a soddisfare le sue esigenze personali, equivarrebbe a fare riferimento alla situazione soggettiva di tale controparte contrattuale mentre, secondo la giurisprudenza della Corte, la qualità di «consumatore» di una persona deve essere esaminata unicamente alla luce della posizione di quest'ultima in un determinato contratto, tenendo conto della sua natura e del suo scopo.

I giudici di Lussemburgo hanno quindi esaminato la questione sotto un ulteriore profilo, rilevando che il comportamento attivo, sul mercato FOREX, di una persona che colloca ordini tramite una società di intermediazione finanziaria e rimane quindi responsabile del rendimento dei suoi investimenti non incide, in quanto tale, sulla qualificazione di tale persona come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012.

<sup>4</sup> CGUE 14 febbraio 2019, Miliwojević, C-630/17, EU:C:2019:123, punto 89 e giurisprudenza citata.

<sup>5</sup> CGUE 2 maggio 2019, Pillar Securitisation, C-694/17, EU:C:2019:345, punto 42.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> CGUE 3 settembre 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21; CGUE 25 gennaio 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, punto 39.



La Corte ha fatto proprie le osservazioni dell'avvocato generale secondo cui l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012 non impone al consumatore di comportarsi in modo particolare nell'ambito di un contratto concluso per un uso che esula dalla sua attività professionale.

Di conseguenza, ha quindi concluso la Corte, se pure spetta al giudice del rinvio verificare se, nell'ambito delle sue relazioni contrattuali con la FIBO, la ricorrente abbia effettivamente agito al di fuori e indipendentemente da qualsiasi attività professionale, e trarne le conseguenze per quanto riguarda la sua qualità di «consumatore», occorre precisare che, ai fini di tale qualificazione, fattori quali il valore delle operazioni effettuate in forza di contratti quali i CFD, l'entità dei rischi di perdite finanziarie connesse alla conclusione di tali contratti, le eventuali conoscenze o competenze della ricorrente nel settore degli strumenti finanziari o il suo comportamento attivo in relazione a tali operazioni sono, di per sé, in linea di principio, irrilevanti.

La Corte ha esaminato inoltre, ai fini della qualificazione di una persona come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012, da un lato, la pertinenza dell'esclusione degli strumenti finanziari dall'ambito di applicazione dell'articolo 6 del regolamento Roma I e, dall'altro, la pertinenza della qualità di «cliente al dettaglio» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39, di tale persona<sup>8</sup>.

La Corte ha quindi osservato, in primo luogo, che, anche se la nozione di «consumatore» è definita all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma I in termini quasi identici a quelli dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012<sup>9</sup>, l'articolo 6, paragrafo 4, lettera d), del regolamento Roma I, letto alla luce dei considerando 28 e 30 di quest'ultimo, esclude dalle norme applicabili ai contratti conclusi da consumatori di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, di detto regolamento i «diritti e [gli] obblighi che costituiscono uno strumento finanziario» quali i CFD<sup>10</sup>.

La Corte, rilevando quindi il contrasto apparente tra le norme in esame, osserva che il regolamento Roma I e il regolamento n. 1215/2012 hanno obiettivi diversi. Mentre il regolamento Roma I si applica, conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, del medesimo, in situazioni di conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale al fine di determinare il diritto sostanziale applicabile, il regolamento n. 1215/2012 mira a stabilire le norme che consentono di determinare il giudice competente a statuire su una controversia in materia civile e commerciale relativa, segnatamente, a un contratto concluso tra un professionista e una persona che agisce a fini estranei alla sua attività professionale, in modo da proteggere quest'ultima in tale situazione<sup>11</sup>.

La Corte ha quindi affermato che gli strumenti finanziari come i CFD rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli da 17 a 19 del regolamento n. 1215/2012 e che negare al consumatore una tutela procedurale per il solo motivo che tale tutela non gli viene fornita in materia di conflitto di leggi sarebbe contrario agli obiettivi di tale regolamento, con la conseguenza che l'esclusione degli strumenti finanziari dal campo di applicazione dell'articolo 6 del regolamento Roma I non incide sulla qualificazione di una persona come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012.

La Corte ha effettuato poi una comparazione tra la definizione di «cliente al dettaglio»<sup>12</sup> ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39 e quella di «consumatore». La Corte ha osservato che ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 11, per cliente professionale si intendono gli operatori che devono essere autorizzati o regolamentati per agire sul mercato finanziario; le imprese di grandi dimensioni con bilanci di almeno € 20 milioni, fatturati di almeno € 40 milioni e fondi propri di almeno € 2 milioni; le istituzioni finanziarie internazionali, le banche centrali, gli enti pubblici, i governi e gli altri investitori istituzionali<sup>13</sup>. Inoltre, sono considerati clienti professionali coloro che chiedono di essere trattati come tali.

Per essere trattato come un cliente professionale, il cliente che non può essere ritenuto in possesso di conoscenze ed esperienze paragonabili a quelle dei clienti professionali deve essere adeguatamente valutato in anticipo. L'attribuzione della qualità di cliente professionale presuppone quindi che sia stato verificato il rispetto di almeno due dei tre criteri indicati dalla norma, ossia, specificamente, in primo luogo, che abbia effettuato in media dieci operazioni di dimensioni significative per trimestre nei quattro trimestri precedenti, in secondo luogo, che il valore del suo portafoglio di strumenti finanziari superi gli € 500.000 o, in terzo luogo, che abbia ricoperto una posizione professionale nel settore finanziario per almeno un anno.

<sup>8</sup> Al fine di garantire il rispetto degli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione europea nel settore dei contratti conclusi dai consumatori, nonché la coerenza del diritto dell'Unione, la nozione di «consumatore» deve tener conto delle definizioni contenute anche in altre normative dell'Unione (CGUE 25 gennaio 2018, Schrems, C498/16, EU:C:2018:37, punto 28).

<sup>9</sup> «un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività (...) professionale».

<sup>10</sup> gli strumenti finanziari ai fini del regolamento Roma I sono quelli di cui all'articolo 4 della direttiva 2004/39, che comprendono i CFD, come previsto al punto 9, della sezione C, dell'allegato I, della stessa direttiva.

<sup>11</sup> CGUE 2 maggio 2019, Pillar Securitisation, C694/17, EU:C:2019:345, punto 42.

<sup>12</sup> cliente che non sia un «cliente professionale».

<sup>13</sup> Pur potendo tali soggetti chiedere di essere trattati come clienti non professionali.



Appare peraltro decisiva la considerazione che per «cliente», ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 10, della direttiva 2004/39, indipendentemente dalla sua qualità di «cliente professionale» o di «cliente al dettaglio», si intende una «persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori».

i clienti al dettaglio possono essere soggetti giuridici che non hanno soddisfatto due dei tre criteri per essere considerati clienti professionali e trattati come tali ai sensi delle disposizioni della sezione II dell'allegato II della direttiva 2004/39, o soggetti giuridici che, benché considerati clienti professionali, hanno chiesto di non essere trattati come tali ai sensi della sezione I dell'allegato II della direttiva 2004/39.

Appare evidente che la qualifica di «cliente al dettaglio» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punti 10 e 12, della direttiva 2004/39, non è subordinata all'assenza di attività commerciale della persona interessata, a differenza della qualifica di «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012.

In conclusione del ragionamento seguito dalla Corte, sebbene non si possa escludere che un «cliente al dettaglio», ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39 possa essere qualificato come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012 se è una persona fisica che agisce al di fuori di qualsiasi attività commerciale, questi due concetti, tenuto conto della loro diversa portata e dei diversi obiettivi perseguiti dalle disposizioni che li prevedono, non si sovrappongono perfettamente.

Deriva da ciò che la qualità di «cliente al dettaglio» di una persona, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2004/39, è in quanto tale, in linea di principio, irrilevante ai fini della qualifica della stessa come «consumatore» ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 1215/2012.

La sentenza in esame ha compiuto una approfondita analisi della questione sottoposta, giungendo a conclusioni del tutto condivisibili.



## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

### DIRITTO CIVILE

La *vexata quaestio* sul danno da occupazione illegittima. Riflessioni sulla tutela risarcitoria per l'occupazione sine titolo di immobili di proprietà della Pubblica Amministrazione. .... 828  
di Daniele Vitale

### DIRITTO PENALE

La legge cd. "Spazzacorrotti" e i suoi riflessi sull'esecuzione della pena: portata applicativa nel tempo della disciplina e sua legittimità costituzionale.. .... 832  
di Francesco Di Sabato

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il diritto di accesso agli atti in materia tributaria (cartella esattoriale ed estratto ruolo). .... 835  
di Sascha Ferrillo



## Diritto civile

**La vexata quaestio sul danno da occupazione illegittima. Riflessioni sulla tutela risarcitoria per l'occupazione sine titulo di immobili di proprietà della Pubblica Amministrazione.**

### abstract

*In case of illegitimate occupation of a real estate belonging to P.A., the suffered damage by the Administration is in re ipsa and therefore immediately compensable, since the asset of the administrative function is harmed by the unavailability of the occupied property.*

### keywords

*Illegitimate occupation – damage in re ipsa – administrative function – civil liability – proof of damage – presumption.*

### abstract

*Nell'ipotesi di occupazione illegittima di immobile appartenente alla P.A., il danno subito dalla Amministrazione proprietaria è in re ipsa e dunque immediatamente risarcibile, essendo stato leso l'esercizio della funzione amministrativa a causa della mancata disponibilità del bene occupato.*

### parole chiave

*Occupazione illegittima – Danno in re ipsa – Funzione amministrativa – Responsabilità civile – Prova del danno – Presunzione.*

Il presente *focus* si inserisce in una complessa questione civilistica che presenta notevoli attinenze anche con il diritto amministrativo, avente oggetto la natura del danno da occupazione illegittima di un bene immobile, con specifico riferimento al caso in cui quest'ultimo appartenga alla Pubblica Amministrazione.

La questione oggetto del *focus* che trae origine dalla sentenza della Corte di Appello di Torino n. 348, pubblicata in data 21.2.2019.

Preliminarmente si osserva che la materia dell'occupazione *sine titulo*, *rectius* occupazioni illegittime, è particolarmente vasta a causa di una ampia casistica, ricca di differenziazioni: ad esempio, possono

individuarsi, con riferimento al *quomodo* dell'*actio usurpandi*, da un lato, una occupazione illegittima sopravvenuta, derivante dalla scadenza del titolo idoneo a trasferire temporaneamente il godimento della proprietà e, dall'altro, forme di occupazioni illegittime *ab origine* in quanto l'usurpazione della proprietà si palesa frutto di un'azione ingiusta, non sorretta da alcun giusto titolo, talora sostenuta persino dalla violenza<sup>1</sup>.

Altre distinzioni tra le occupazioni possono operarsi guardando alla qualificazione giuridica del soggetto occupante illegittimamente, potendosi dunque differenziare le occupazioni ad opera della P.A. nell'esercizio della funzione amministrativa di cura del territorio, devolute, com'è noto, alla giurisdizione amministrativa<sup>2</sup>, da quelle in cui lo spoglio della proprietà dipenda dall'azione di un soggetto che non esercita alcun pubblico potere, il quale può indistintamente usurpare la proprietà di beni immobili appartenenti alla P.A. od altri privati.

La multiforme varietà della materia si accompagna, almeno sul versante civilistico, ad una diversificazione anche degli orientamenti giurisprudenziali in merito alla tipologia di danno del quale il proprietario, il cui bene è occupato illegittimamente, può chiedere il risarcimento; tali orientamenti non sempre riescono a cogliere la necessità di ricondurre ad una categoria unitaria la sovraesposta casistica in materia di occupazioni illegittime con il rischio di una indebita e irragionevole parificazione delle distinte ipotesi che comporterebbe la creazione di zone grigie di irresponsabilità del soggetto occupante senza titolo.

Posta tale premessa, giova delineare in breve il caso specifico, oggetto della citata sentenza della Corte d'Appello di Torino: nel giudizio di primo grado, un Comune conveniva in giudizio un privato cittadino al fine di ottenere, previo accertamento del diritto di proprietà dell'ente, il rilascio di alcuni locali occupati

<sup>1</sup> Con riferimento alla prima ipotesi, si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di permanenza del conduttore nell'abitazione in locazione oltre il termine contrattualmente pattuito con il locatario ai sensi degli artt. 1590 e 1591 c.c.; con riferimento alla seconda fattispecie, si rinvengono le ipotesi di invasioni di terreni o edifici, costituenti altresì illeciti penali ai sensi dell'art. 633 c.p.

<sup>2</sup> Sul punto del riparto di giurisdizione per le occupazioni illegittime perpetrate dalla P.A. e sulle ulteriori distinzioni tra le stesse si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XI edizione, DIKE Giuridica Editrice, Roma 2017, pp. 976-1008.

abusivamente, nonché il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima occupazione e, in particolare, chiedendo ristoro per le spese sopportate a causa della mancata disponibilità dei locali che il Comune avrebbe impiegato adibendoli ad uffici giudiziari.

Con la sentenza di primo grado, il Tribunale accoglieva la domanda proposta dal Comune, respingendo tuttavia quella di risarcimento dei danni. La sentenza del Giudice di prime cure veniva impugnata innanzi alla Corte d'Appello di Torino sia dal soggetto occupante che dal Comune il quale proponeva gravame al fine di ottenerne la riforma, nella parte in cui, pur riconoscendo l'illegittimità dell'occupazione, aveva respinto la domanda di risarcimento del danno.

Tuttavia, la Corte d'Appello ometteva di decidere sul gravame proposto dal Comune nella parte in cui chiedeva la riforma della sentenza di primo grado e pertanto questi proponeva ricorso per cassazione. Il privato proponeva ricorso incidentale.

La suprema Corte, con la sentenza n. 3133 del 2017 depositata in data 7 febbraio 2017<sup>3</sup>, respingendo il ricorso incidentale proposto dall'occupante, confermava la titolarità delle unità immobiliari oggetto della causa in capo al Comune e, preso atto della mancata pronuncia della Corte d'Appello di Torino sull'appello incidentale proposto dalla P.A. al fine di ottenere il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per occupazione *sine titulo*, accoglieva il ricorso principale, cassando sul punto la sentenza impugnata e rinviando alla Corte d'Appello ove il giudizio veniva riassunto e deciso con la sentenza oggetto del presente *focus*.

Sono due in particolare gli elementi del provvedimento che paiono interessanti poiché prospettano una peculiare soluzione alla questione del risarcimento del danno:

- la Corte, accogliendo la domanda di risarcimento proposta dal Comune, si associa a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario è in re ipsa, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile”*;
- a Corte, rigettando l'eccezione del soggetto occupante illegittimamente secondo cui non era stata fornita in giudizio la prova che il Comune non disponesse di altri locali da adibire ad uffici giudiziari, ritiene che detta eccezione *“sia irrilevante ai fini del decidere, non potendosi impedire al Comune di scegliere, tra gli immobili di cui è proprietario, quello a cui dare una destinazione determinata, nell'esercizio delle facoltà insite nel suo diritto dominicale. Nega-*

*re al Comune il diritto al risarcimento del danno da occupazione sine titulo pretendendo, come pretende il convenuto, di essere lui a decidere quale bene il Comune avrebbe dovuto destinare a sede degli Uffici giudiziari presuppone un'inaccettabile compressione del diritto dominicale dell'attore”*.

Con riferimento al primo aspetto, come già in precedenza accennato, si segnala una spaccatura all'interno della giurisprudenza di legittimità nella quale, in assenza di una chiara presa di posizione attraverso una sentenza delle sezioni unite, convivono due distinti orientamenti in ordine alla natura del danno da occupazione illegittima.

Per meglio comprendere i pregi e le criticità dei due orientamenti, è necessario premettere che il sistema della responsabilità extracontrattuale è stato oggetto di una profonda rivisitazione, attraverso cui si è passati da un sistema di norme teleologicamente orientate a sanzionare gli illeciti, funzione speculare a quella assoluta dalle norme dell'ordinamento penale, ad un sistema normativo, volto ad assicurare al danneggiato una tutela risarcitoria-ripristinativa.

La trasmutazione finalistica della responsabilità civile extracontrattuale, che rinviene, com'è noto, la propria genesi nella storica sentenza delle S.U. n. 500/1999, ha trovato come grimaldello la nuova interpretazione del perno della responsabilità aquiliana ovvero l'art. 2043 c.c., il quale, secondo tale nuova rilettura, costituisce una norma primaria che fonda un diritto al risarcimento in capo a chi abbia ricevuto una lesione di un proprio interesse meritevole di tutela. In sostanza l'articolo 2043 c.c., secondo il nuovo sistema di responsabilità extracontrattuale, è norma attributiva di un diritto, cui corrisponde *a contrario* l'individuazione di un soggetto passivo, tenuto a risarcire le lesioni concrete a quel determinato interesse.

Alla luce di tale indirizzo interpretativo, ciò che rileva ai fini del risarcimento non è la condotta *contrarius* del danneggiante e l'evento giuridico ingiusto che ne dipenda, ma il danno-conseguenza *non iure* subito dal danneggiato<sup>4</sup>.

Sul piano processuale, aderendo alla concezione sanzionatoria della responsabilità extracontrattuale, la quale da rilievo all'ingiustizia della condotta e dell'evento, il danneggiato non necessita di alcuna prova sull'effettività della lesione subita, in quanto l'azione ingiusta causa un danno *in re ipsa*; aderendo al contrario alla concezione ripristinatoria, dovendosi ritenere che non sia rilevante primariamente l'ingiustizia della condotta o dell'evento, quanto piuttosto le conseguenze dannose subite dal danneggiato, si ritiene che egli sia tenuto a dedurre e provare in giudizio la prova *l'an ed il quantum* del danno-conseguenza.

<sup>3</sup> Al riguardo, vedasi D. ACHILLE, *Possesso e usucapione: è necessario il dominio esclusivo!* Nota a: Cassazione civile, 07 febbraio 2017, n. 3133, sez. III, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 24, 2017, pagg. 7 e ss.

<sup>4</sup> Sul punto, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano 2017, pp. 690 e ss.



Tali orientamenti contrastanti originano proprio da queste due visioni teleologiche della responsabilità civile per cui:

- seguendo la tesi della natura sanzionatoria dell'art. 2043 c.c., il primo indirizzo giurisprudenziale, quello seguito dalla Corte d'Appello di Torino, ritiene che il danno da occupazione costituisca una ipotesi di danno *in re ipsa*<sup>5</sup>, configurandosi dunque immediatamente l'obbligo di risarcimento in capo al soggetto occupante per l'ingiustizia dell'evento, ovvero il *danno-evento ingiusto*, potendosi prescindere da qualsiasi allegazione probatoria in merito all'esistenza di effettive conseguenze dannose in capo al proprietario, avendo come riferimento per il *quantum debeatur* il valore figurativo del bene;
- seguendo la tesi della natura ripristinatoria dell'art. 2043 c.c., il secondo orientamento ritiene che, non potendosi definire il danno da occupazione illegittima come danno *in re ipsa*<sup>6</sup>, il proprietario illegittimamente spogliato deve provare, a fini risarcitori, il concreto effetto dannoso *rectius* il *danno conseguenza ingiusto*.

Tale ultimo orientamento è attualmente dominante anche nella giurisprudenza civile di merito<sup>7</sup>, con la conseguenza che non può accogliersi la richiesta di risarcimento del danno senza che il proprietario alleghi, anche mediante presunzioni semplici dato il carattere normalmente redditizio dei beni immobili, gli effetti ingiusti dell'occupazione<sup>8</sup>.

Sul versante della giurisprudenza amministrativa – ove è devoluta al G.A. la giurisdizione in materia di risarcimento per occupazioni *sine titulo* perpetrate dalla Pubblica Amministrazione – il Consiglio di Stato, anche nelle ultime pronunce<sup>9</sup>, si è assestato su una posizione mediana, ritenendo, attraverso una complessa distinzione interna alle facoltà insite nel diritto di proprietà, che il danno da occupazione illegittima sia *in re ipsa* poiché esso coincide, anzitutto, con la temporanea perdita della facoltà di godimento inerente al diritto di proprietà, comportando ciò che i danni-conseguenza, derivanti dal mancato uso attivo della facoltà di godimento, possano essere solo eventuali.

<sup>5</sup> In tal senso Cassazione civile, sez. II, ordinanza n. 20545 del 23.11.2018; in precedenza, Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 16670 del 9.8.2016; Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 9137 del 16.4.2013).

<sup>6</sup> In tal senso, Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 11203 del 24.4.2019; Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 13071 del 25.5.2018; in precedenza, Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 15111 del 17.6.2013.

<sup>7</sup> Tribunale Milano, sez. XIII, sentenza n. 6775 del 9.7.2019; Tribunale Napoli, sez. X, Tribunale di Napoli sentenza n. 6877 del 12.7.2018.

<sup>8</sup> Si pensi, *ex multis*, al mancato uso di un immobile da parte del proprietario spogliato ovvero ai mancati introiti, derivanti dal non aver egli potuto fittare a terzi il bene occupato o venderlo in condizioni di mercato normali.

<sup>9</sup> Vedasi in ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3428 del 27.5.2019.

Sul piano processuale, nei giudizi innanzi al G.A., tale orientamento comporta una inversione probatoria rispetto alla tesi che esclude completamente la qualifica di danno *in re ipsa*: nei casi di occupazione illegittima, la lesione del diritto di proprietà, *recte* della facoltà di godimento, è in sé stessa provata, potendo tuttavia il soggetto occupante allegare quei fatti negativi provanti l'esclusione ogni ipotesi di una reale lesione della facoltà di godimento del bene. Al contrario, spetta al proprietario spogliato l'onere di provare in giudizio gli ulteriori pregiudizi economici, ovvero i danni-conseguenza, subiti a causa della negata facoltà d'uso della bene occupato.

L'orientamento dei giudici di Palazzo Spada sembra essere maggiormente condivisibile in quanto conferente alla disposizione costituzionale *ex art. 42* in materia di "*modi di godimento della proprietà*", ovvero inquadrando nel diritto dominicale per eccellenza un nucleo duro di facoltà, la cui lesione è in sé stessa risarcibile. L'orientamento risulta anche maggiormente aderente alle norme di natura non civilistica presenti nell'ordinamento, come nel caso dell'art. 626 c.p., regolante, al punto tra le diverse ipotesi, il reato del "*furto d'uso*"<sup>10</sup>: ove si escludesse la diretta risarcibilità della lesione alla facoltà di godimento del bene occupato qualora non vi fossero pregiudizi economici provabili, non si spiegherebbe il motivo per cui nell'ordinamento penale – che in virtù del principio di frammentarietà ed *extrema ratio*<sup>11</sup> è teleologicamente orientato alla salvaguardia di beni costituzionali o sensibili – sia sanzionata una condotta che, sul piano civilistico, è tenuta in considerazione solo in modo condizionato in quanto è escluso un risarcimento per la lesione della facoltà di godimento, ma solo per quelle di uso economico attivo.

Poste tutte le coordinate giurisprudenziali in materia di occupazioni illegittime, sembrando che sia preferibile l'orientamento esposto dal Consiglio di Stato che qualifica come danno *in re ipsa* l'occupazione *sine titulo* sotto il profilo della lesione della facoltà di godimento, fondamentale si rivela altresì l'analisi del soggetto che subisce l'occupazione, ponendo maggiormente attenzione all'ipotesi in cui tale soggetto sia la pubblica Amministrazione.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 42 Cost., può essere, al pari dei soggetti privati, titolare del diritto dominicale su beni immobili, ma dal punto di vista funzionale è evidente l'influenza della diversità ontologica tra un privato cittadino e la P.A. Con particolare riferimento

<sup>10</sup> Tale fattispecie, costituente una particolare categoria dei reati di furto, presuppone che, a seguito dello spoglio, vi sia una restituzione spontanea della refurtiva dopo l'uso momentaneo (*ex multis*, Cassazione penale, sez. V, sentenza n. 6431 del 29.12.2014).

<sup>11</sup> Sulla operatività del principio di frammentarietà ed *extrema ratio* nei reati contro il patrimonio si rimanda a S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, CEDAM, Padova 1988, pp. 13-46.

al rispettivo rapporto con le facoltà insite nel diritto di proprietà e l'interesse patrimoniale di cui privato o Amministrazione siano titolari si possono evidenziare notevoli differenze:

- il privato proprietario di un bene immobile, ai sensi dell'art. 42 della Costituzione ha la facoltà di goderne la disponibilità e disporne liberamente secondo la libera disposizione della volontà del soggetto che normalmente è volta al guadagno, ma che ben potrebbe anche essere rivolta ad attività non finalizzate al vantaggio economico, potendo il proprietario donare il bene, tenerlo libero da cose e persone, rinunciare a locarlo, più in generale a gestirlo in modo remunerativo;
- la pubblica Amministrazione, pur quando titolare del diritto dominicale sul bene, a differenza del privato, è vincolata nella gestione della proprietà dall'esercizio della propria funzione che ne costituisce la fonte d'esistenza<sup>12</sup>; infatti, ai sensi dell'art. 97 Cost. nonché delle disposizioni del legislatore, la P.A. ha un obbligo costituzionale e legale di gestire gli immobili per fini remunerativi, avendo come vincolo quantomeno il raggiungimento un equilibrio tra le spese sostenute per il mantenimento del patrimonio immobiliare statale ed i mezzi finanziari di cui essa può disporre, in ossequio ai canoni di buona amministrazione.

La P.A., quand'anche esercita una attività *iure privatorum*, non perde la qualità di ente istituito per la cura e la tutela degli interessi pubblici, in quanto la volontà dell'ente amministrativo è vincolata nel fine, a differenza della volontà dei privati; nel caso in cui l'Amministrazione sia proprietaria di un bene immobile, la facoltà di godimento del bene non è una mera potestà passiva di esclusione legittima di azioni turbative del possesso (facoltà in ogni caso risarcibile in caso di lesioni), ma è la condizione fondamentale per l'esercizio della funzione pubblica.

L'occupazione illegittima per l'Amministrazione rappresenta non un danno-conseguenza eventuale – danno che, seguendo il suesposto orientamento che ne esclude la qualifica di danno *in re ipsa*, necessita di una prova in merito alla volontà finalizzata all'uso economico attivo del bene – ma una lesione dell'esercizio della facoltà di cura e tutela degli interessi pubblici che non può ammettere prove contrarie. Ove fosse consentito all'occupante di provare che la P.A. fosse disinteressata al bene immobile ovvero, come nel caso trattato dalla Corte d'Appello di Torino, l'occupante eccepisse possibili destinazioni alternative del bene, vi sarebbe una chiara usurpazione di poteri amministrativi discrezionali in ordine alla tutela degli interessi pubblici, quasi che il privato possa decidere il merito amministrativo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sul punto, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1075 e ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 452 e ss.

Tale lesione è un *vulnus* per la collettività, pertanto sanzionabile anche penalmente<sup>14</sup>, ma che necessita di un ristoro economico immediato, differenziato a seconda del caso circostanziato:

- nel caso in cui il bene occupato sia già ordinariamente adoperato per usi economici prescelti dalla P.A. (ad esempio, occupazione di un bene locato o di un ufficio pubblico), l'Amministrazione ha il diritto di vedersi risarcito il danno per lucro cessante e mancato guadagno, secondo gli ordinari criteri della responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.*, anche in merito alla prova della destinazione che la P.A. deve fornire;
- nel caso in cui il bene occupato non sia già stato adoperato per usi economici, l'Amministrazione ha diritto al risarcimento per i mancati introiti che quel bene avrebbe avuto, *danno figurativo*, basato cioè sul valore in sé del bene, non essendo tuttavia necessaria una prova, neppure presuntiva, in merito alla destinazione del bene, in quanto la lesione della facoltà di godimento del bene (danno *in re ipsa*) è intrinsecamente ed inseparabilmente connessa all'esercizio dell'uso attivo dello stesso.

<sup>14</sup> Sul punto, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto penale*, Wolters Kluwer, Vicenza 2017, pp. 977 e ss.

Francesco Di Sabato  
Specializzato in Professioni Legali

## Diritto penale

### La legge cd. "Spazzacorrotti" e i suoi riflessi sull'esecuzione della pena: portata applicativa nel tempo della disciplina e sua legittimità costituzionale.

#### abstract

*The regulation that by effect of the act n. 3/2019 makes more difficult the access to alternative measures to detention and prevents the suspension of the sentence execution order in order to comply, in the absence of a transitory regulation, with the Constitution and the EDU Charter, must be considered applicable only to convictions become enforceable after its entry into force.*

#### keywords

*Enforcement of the sentence – Alternative measures to detention – Principle of non-retroactivity.*

#### abstract

*La disciplina che, per effetto della legge n. 3/2019, rende più difficoltoso l'accesso alle misure alternative alla detenzione nonché impedisce la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, per essere conforme, in assenza di una disciplina transitoria, alla Costituzione e alla Carta EDU, deve ritenersi applicabile solo alle condanne divenute esecutive dopo la sua entrata in vigore.*

#### parole chiave

*Esecuzione della pena – Misure alternative alla detenzione – Principio di Irretroattività.*

Il presente articolo trae spunto da una recente pronuncia – l'ordinanza del 8/7/2019 resa all'esito del procedimento ex art. 666 c.p.p. n. 747/19 – del Tribunale di Napoli, nella quale il Collegio A della quinta sezione penale, in qualità di giudice dell'esecuzione, ha preso posizione in merito alla retroattività di parte della riforma e alla conformità della medesima alla Costituzione e alla C.E.D.U. all'interno del dibattito giurisprudenziale, sorto all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019.

La fattispecie che ha dato origine al giudizio riguarda l'esecuzione di una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 317 c.p. – concussione – emessa in primo grado e successivamente confermata in appello.

Tale sentenza, che riguarda un reato commesso nel 2006, è divenuta esecutiva in data 30.5.2019, quindi successivamente alla data di entrata in vigore della l. n. 3/2019, ovvero il 31.1.2019.

Per comprendere appieno i termini della questione, occorre preliminarmente evidenziare quali sono le principali novità apportate dalla summenzionata riforma.

L'art. 1, sesto comma, lett a) e b) della l. n. 3/2019 ha modificato l'art. 4-bis<sup>1</sup> della l. n. 354/1975, contenente le norme sull'ordinamento penitenziario, inserendo i principali reati contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati per i quali la concessione dei benefici e delle misure alternative alla detenzione è subordinata alla condizione che i detenuti collaborino con la giustizia, impedendo che dal reato possano derivare ulteriori conseguenze, fornendo all'autorità elementi di prova utili oppure aiutando ad individuare gli altri responsabili o le somme e le altre utilità derivanti dal reato da sequestrare.

<sup>1</sup> Il primo comma dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario dispone che "l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16 nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni".

Se la conseguenza diretta della novella è consistita, quindi, per i reati di cui sopra, nell'inasprimento dei presupposti per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, l'inserimento dei reati contro la p.a. nel comma 1 dell'art. 4-bis ha modificato indirettamente anche la disciplina normativa dell'esecuzione delle sentenze di condanna emesse per tali delitti.

Al riguardo, viene in rilievo l'art. 656 c.p.p., quinto comma, il quale dispone che "se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-ter, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione. [...]". Il successivo nono comma dell'art. 656 c.p.p. preclude la sospensione dell'ordine di esecuzione, tra l'altro, per le condanne per i delitti di cui all'art. 4-bis della l. n. 354/1975.

Pertanto, l'inserimento, ad opera della l. n. 3/2019, nell'art. 4-bis ord. pen dei delitti contro la p.a. ha comportato, per l'effetto del combinato disposto del quinto e nono comma dell'art. 656 c.p., l'impossibilità per il pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione della condanna, pur sussistendone gli altri presupposti.

In conseguenza di ciò, ai condannati per i reati contro la p.a. non è precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione tuttavia, per ottenerne la concessione, questi potranno presentare la relativa istanza senza fruire della sospensione dell'esecuzione.

Venendo al caso di specie posto all'attenzione del collegio, la riforma suesposta ha impedito la sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna, lasciando al condannato la possibilità di chiedere l'accesso alle misure alternative alla detenzione mentre è ancora ristretta la sua libertà personale.

Tale conseguenza è stata ritenuta dalla difesa del condannato contraria all'art. 25 Cost. così come interpretato alla luce dell'art. 7 CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU formatasi in materia e per tali motivi ha chiesto l'annullamento o la sospensione dell'ordine di esecuzione, sollecitando, inoltre, la rimessione della questione di legittimità alla Corte Costituzionale.

Il Collegio ha rilevato preliminarmente che il giudice dell'esecuzione, nelle ipotesi in cui non sia stata erroneamente disposta dal p.m. la sospensione dell'esecuzione, può esclusivamente sospendere il medesimo e rimettere in libertà il condannato, il quale potrà presentare da uomo libero l'istanza di accesso alle misure alternative alla detenzione.

Il giudice dell'esecuzione ha poi affrontato la questione di diritto posta alla sua attenzione, rilevando come in base alle coordinate ermeneutiche tradizio-

nali, le norme introdotte dalla l. n. 3/2019, l'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e l'art. 656 c.p.p. devono considerarsi norme di tipo processuale; da tale natura, discende che, in assenza di una disciplina transitoria della riforma legislativa, queste trovino applicazione, in virtù del principio *tempus regit actum*, anche alle condanne comminate per reati precedenti all'entrata in vigore della l. n. 3/2019 ma divenute esecutive dopo il medesimo termine.

Il Collegio ha successivamente saggiato la conformità alla Costituzione della suddetta normativa. In particolare, il giudice ha rilevato come la giurisprudenza consolidata della Corte EDU<sup>2</sup> riconosce natura di norma di diritto sostanziale anche a quelle disposizioni nazionali che, sebbene siano qualificabili in base ai canoni giuridici dell'ordinamento di appartenenza come processuali, abbiano come effetto ultimo e concreto quello di influire sulla qualità e quantità della pena comminata.

L'art. 7 CEDU, infatti, è stato interpretato in una chiave antiformalista dalla Corte EDU, secondo la quale nel concetto di pena confluiscono anche quelle norme che attengono alla sua esecuzione. Diversamente opinando, ragiona la Corte EDU, sarebbe violato il principio di affidamento del cittadino sulla prevedibilità della sanzione penale: com'è avvenuto nel caso di specie, il condannato si è visto prolungare e modificare la qualità della sua pena in virtù di una norma sopraggiunta rispetto al momento del compimento del fatto, da lui all'epoca non preventivabile.

Come ha rilevato il giudice dell'esecuzione, da ciò deriva che in virtù dell'art. 117 della Costituzione, il principio costituzionale dell'irretroattività della norma penale, sancito dall'art. 25, debba essere ritenuto applicabile anche alle fattispecie normative attinenti all'esecuzione della pena che possano comportare gli effetti del medesimo tipo di quelli scaturiti dalla legge n. 3/2019.

Appurata la sussistenza di un contrasto tra l'articolo 25 della Costituzione e la normativa introdotta dalla l. n. 3/2019, il collegio ha, tuttavia, ritenuto di non sollevare la questione di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale, così come altri giudici di merito e anche la I Sezione della Corte di Cassazione hanno recentemente fatto.

Il giudice dell'esecuzione, infatti, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo la quale il giudice *a quo* prima di rimettere la questione di legittimità deve, oltre a verificare la sussistenza dei presupposti della non manifesta infondatezza della questione e della sua rilevanza, verificare se sia possibile risolvere il contrasto tra le fonti adottando tra le possibili ipotesi interpretative della norma, quella che si presenta conforme rispetto alle norme costituzionali.

<sup>2</sup> *Ex multis*, si veda la sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 21.12.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

Il collegio, pur essendo palese la non manifesta infondatezza della questione e l'applicabilità della normativa impugnata alla fattispecie concreta, non ha sollevato la questione di legittimità poiché ha ritenuto praticabile la via dell'interpretazione costituzionalmente conforme della novella legislativa.

Infatti, è stato ritenuto possibile interpretare la disciplina normativa come non applicabile retroattivamente proprio in virtù dell'assenza di una disciplina transitoria, che altrimenti avrebbe imposto come unica via di risoluzione del conflitto la rimessione della questione di legittimità costituzionale; inoltre, il collegio non ha ritenuto preclusivo all'adozione di un'interpretazione costituzionalmente conforme nemmeno il granitico orientamento della giurisprudenza di legittimità, che attribuisce alle norme relative all'esecuzione della pena natura processuale e quindi le ritiene soggette al principio *tempus regit actum*, potendo il giudice discostarsi sempre dall'orientamento dominante ogniqualvolta quest'ultimo risulti in contrasto con la Costituzione e sia possibile accedere ad un'interpretazione alternativa costituzionalmente conforme.

Sulla base di tali argomentazioni, il collegio ha, quindi, dichiarato la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione e ha ordinato la scarcerazione del condannato che ha proposto l'incidente di esecuzione.

Occorrerà verificare se la Corte Costituzionale riterrà insanabile il contrasto, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disciplina, così come riformata dalla l. n. 3/2019, nella parte in cui si applica anche ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, oppure superabile il medesimo in via interpretativa, così come ha ritenuto il giudice della pronuncia, oggetto del presente focus.



Sascha Ferrillo  
Dottoressa in Giurisprudenza

## Diritto amministrativo

### Il diritto di accesso agli atti in materia tributaria (cartella esattoriale ed estratto ruolo).

#### abstract

*Right of access to documents – with regard to fiscal (law) acts such as: tax record, tax roll and related notification – appears to be satisfied by the Collection Agent even just through the issue of the pay-roll extract, when the tax record notification has been carried out through postal service.*

#### keywords

*Right of access to documents – fiscal (law) acts – exhibition – Collection Agent – tax record – tax roll – pay-roll extract – method of service.*

#### abstract

*Il diritto di accesso agli atti – in relazione agli atti tributari quali: cartella esattoriale, ruolo integrale e relativa notifica – risulta soddisfatto dall'Agente della Riscossione anche solo attraverso il rilascio dell'estratto ruolo, quando la notifica della cartella di pagamento sia stata effettuata mediante servizio postale.*

#### parole chiave

*Diritto di accesso agli atti – atti tributari – ostensione – Agente della Riscossione – cartella esattoriale – ruolo – estratto ruolo – modalità di notifica.*

Il presente *focus* – dedicato al diritto di accesso agli atti ed in particolare all'ostensione circa il rilascio degli atti in materia tributaria – ripercorre un filone giurisprudenziale non sempre univoco.

La questione trae origini dalla recentissima sentenza del TAR Campania, Sez. VI, n. 3893/2019, la quale ha definito un giudizio in merito alla richiesta di accesso agli atti, con espresso riferimento a documenti tributari.

La ricorrente, nell'atto introduttivo, chiedeva di ottenere la declaratoria del diritto a conseguire l'ostensione, mediante visione ed estrazione, della copia integrale di una cartella di pagamento, della relativa notifica, nonché del relativo ruolo integrale, in quanto, a seguito della propria istanza avanzata, in tal senso,

nei confronti dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione, quest'ultima adempiva parzialmente, trasmettendo l'estratto ruolo e la relativa notifica della cartella di pagamento.

Il Collegio, all'esito del processo, soffermandosi sulla questione dal punto di vista del principio che disciplina il diritto di accesso agli atti amministrativi, accoglieva il ricorso soltanto in relazione al rilascio del ruolo integrale, rigettando, invece, la richiesta inerente il rilascio della cartella di pagamento.

Al fine di comprendere meglio i termini della questione, risulta utile chiarire il concetto di "diritto di accesso ai documenti amministrativi", disciplinato dalla Legge 241 del 1990, ed in particolare dal Capo V, dagli articoli 22 e seguenti, per poi integrare quest'ultima con la disciplina in materia di accesso agli atti tributari.

Ebbene, l'art. 22 di tale Legge dispone che si intende: "a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi; b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; c) per "controinteressati", tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza; d) per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale; e) per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Il diritto di accesso agli atti rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ed è definito come "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza" (art. 22, comma 2).

Tale diritto rileva in due ambiti: sia all'interno del procedimento, ed in tal caso si parla di accesso *procedimentale*, volto a garantire i diritti di ciascun soggetto all'interno di un procedimento amministrativo, ovvero a tutelare la propria posizione giuridica mediante la visione di tutti gli atti e i documenti acquisiti al procedimento stesso; sia come diritto autonomo, ed in tal caso si parla di accesso *non procedimentale*, che trova esplicitazione al di fuori del procedimento e viene esercitato da chi ha interesse ad esaminare documenti che risultino in possesso di una pubblica Amministrazione. Ed è a questo secondo caso – l'accesso non procedimentale – che la Legge 241/90 dedica l'intero Capo V<sup>1</sup>.

Trattasi di un diritto che sorge nel momento in cui il soggetto che lo richiede vanta un "interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (cfr. art. 22, lett. b), L. 241/90).

Da ciò si deduce che, alla base di una richiesta di accesso agli atti deve sussistere un interesse differenziato nonché la titolarità di una posizione giuridicamente rilevante.

Tale richiesta deve essere motivata e rivolta all'Amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi, ma devono contenere sempre una motivazione.

Il disposto dell'art. 25, comma 4, della Legge suindicata, stabilisce che: "decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta". In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, il richiedente può presentare ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale.

Queste disposizioni, avendo estensione generale, sono applicabili anche all'accesso che abbia come oggetto documenti di procedimenti tributari, rendendo possibile l'accesso anche ai documenti detenuti dagli Agenti della Riscossione. Tuttavia è prevista l'esclusione del diritto di accesso proprio nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano.

A tal riguardo, passando all'esame del caso specifico, oggetto del presente *focus*, il TAR Campania, ha ritenuto di rigettare la richiesta della ricorrente in merito al rilascio della copia integrale della cartella di pagamento, avendo l'Agente della Riscossione specificato nella comunicazione di diniego dell'accesso che la stessa non era più in possesso della copia né semplice né conforme della cartella di pagamento poiché a suo tempo quest'ultima era stata notificata alla debitrice senza trattenerne copia, statuendo che: "è principio generale di ordine logico prima ancora che giuridico

che in tanto può prodursi copia (sia essa semplice o conforme all'originale) di un determinato atto in quanto questo sia nella disponibilità del soggetto cui è richiesta la copia e che, dunque, l'Agenzia non poteva essere obbligata a rielaborare un documento (la cartella di pagamento) non più detenuto".

Quanto dichiarato trova pieno riscontro nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui: "La domanda di accesso ai documenti della P.A. deve riferirsi a specifici documenti esistenti (e non dati, notizie o informazioni) e non può comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta (artt. 22 ss. L. n. 241/1990) (Conferma della sentenza del T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1138/2015)<sup>2</sup>"; e ancora, è stato affermato che "[...] non si può costringere l'Amministrazione ad una attività di ricerca e di elaborazione di dati, per cui la richiesta di accesso non può essere generica, eccessivamente estesa, riferita ad atti non specificamente individuati ovvero tale da impegnare a formare nuovi documenti amministrativi, potendosi il rimedio di cui all'art. 25 della L. n. 241 del 1990 impiegare esclusivamente al fine di ottenere il rilascio di copie di documenti già formati e in possesso della stessa Amministrazione"<sup>3</sup>.

Con espresso riferimento all'ostensione delle cartelle esattoriali, si ritiene necessaria una breve disamina sulla questione.

In materia di diritto di accesso agli atti tributari, la disciplina di cui al Capo V della Legge sul Procedimento amministrativo, deve essere necessariamente integrata con le disposizioni del D.P.R. n. 602/1973, concernente la riscossione delle imposte sui redditi.

Invero, il disposto dell'art. 22, comma 1, della Legge n. 241/90, sopra indicato, deve essere coordinato, in materia di accesso agli atti tributari, con quanto previsto all'art. 26, comma 4, del D.P.R. n. 602/1973, il quale dispone che: "Il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione". Per cui, decorsi cinque anni dall'avvenuta notificazione della cartella di pagamento, il diritto del contribuente alla ostensione delle cartelle di pagamento emesse a suo carico, non potrebbe ritenersi più sussistente.

Ciò trova conferma nell'orientamento unanime della giurisprudenza amministrativa in materia di diritto di accesso agli atti tributari, secondo cui: "l'obbligo di ostensione documentale a carico dell'amministrazione si fonda sul suo obbligo di custodire i documenti e gli atti attraverso i quali sono stati regolati i rapporti giuridici con i consociati. Tale stretto legame, trova fondamento sul principio di affidamento

<sup>1</sup> Cfr. *Manuale di diritto amministrativo*, M. CLARICH, Terza edizione, pag. 147, Bologna 2018.

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, Sent., 30/05/2016, n. 2271.

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent., (ud. 13/06/2019) 29-07-2019, n. 5345.

e di leale collaborazione che vale reciprocamente tra amministrazione ed amministrati. L'ordinamento giuridico, infatti, in ogni suo settore di disciplina, conferisce rilievo all'inadempimento di un obbligo solo ove sia configurabile in capo all'obbligato il potere-dovere di adempiere. [...] In altre parole, l'obbligo a carico dell'amministrazione di ostendere la documentazione richiesta con l'esercizio del diritto di accesso sussiste solo se in capo all'amministrazione sussista un obbligo di custodia degli atti o dei documenti di cui si chiede l'accesso. [...] Trattandosi di richiesta di accesso alle cartelle esattoriali, viene in rilievo la normativa speciale dettata dall'art. 26, comma 4, del D.P.R. n. 602/1973. La norma, nella specie, impone all'amministrazione esattrice di custodire la relata e la cartella di riscossione solo per cinque anni. Trascorso tale termine, dunque, deve ritenersi legittimo il comportamento dell'amministrazione che denega l'accesso a documenti amministrativi dei quali non è più in possesso ovvero deve ritenersi infondata la pretesa ad accedere alla documentazione stessa<sup>4</sup>.

Chiarito quanto suesposto, risulta utile soffermarsi sulla parte della predetta sentenza del TAR Campania che ha accolto il ricorso in merito al rilascio del ruolo integrale, trattandosi, questa, di una questione dibattuta in giurisprudenza.

Tale pronuncia statuisce che il ruolo e l'estratto ruolo devono essere considerati documenti diversi nonostante la tendenziale omogeneità contenutistica tra i due atti e che, dunque, l'onere incombente sull'Agente della Riscossione in materia di diritto di accesso agli atti non può ritenersi adempiuto mediante il rilascio dell'estratto ruolo in luogo del ruolo integrale.

A sostegno della propria statuizione, il TAR Campania ha richiamato quanto dichiarato dal Consiglio di Stato, secondo cui: "L'accesso ai documenti amministrativi non può essere soddisfatto dall'esibizione di un documento che l'amministrazione, e non il privato ricorrente, giudica equipollente. Elemento fondante dell'*actio ad exhibendum* è la conformità del documento esibito al privato all'originale, non avendo neppure rilievo susante l'esistenza per la pubblica amministrazione di impedimenti tecnici. [...] In materia di accesso ai documenti amministrativi, il ruolo nominativo costituisce certamente atto amministrativo ai sensi dell'articolo 22, comma 1, lett. d), legge n. 241 del 1990, trattandosi di rappresentazione grafica ovvero elettromagnetica del contenuto di atti detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse<sup>5</sup>".

Sul punto, si registrano interpretazioni contrastanti in giurisprudenza.

Ed invero, una parte della giurisprudenza, in li-

nea con la predetta pronuncia del TAR Campania, fa leva sulla distinzione tra i vari documenti, quali cartella esattoriale, ruolo ed estratto ruolo, dichiarando che: "Sussiste il diritto del contribuente, che risulti debitore di somme all'Erario, di prendere visione degli atti che legittimano detto debito e ne costituiscono il titolo esecutivo, intendendosi per tali le copie conformi delle cartelle esattoriali, con la rituale relata di notifica. Pertanto, non ottempera al detto obbligo di esibizione, il concessionario che esibisce estratti di ruolo con numero di cartella e data di notifica, in quanto la cartella di pagamento è un atto distinto dall'estratto di ruolo<sup>6</sup>. Ancora si afferma che "in materia di accesso agli atti amministrativi laddove l'istanza di accesso abbia ad oggetto una cartella esattoriale, l'amministrazione non può esibire l'estratto di ruolo ma proprio il richiesto documento<sup>7</sup>" e che "L'estratto di ruolo non può essere considerato alla stregua delle cartelle di pagamento. In particolare, la cartella esattoriale è prevista dall'art. 25 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, quale documento per la riscossione degli importi contenuti nei ruoli e deve essere predisposta secondo il modello approvato con decreto del Ministero delle Finanze. Gli estratti di ruolo sono invece degli elaborati informatici formati dall'ente impositore contenenti, in sintesi, gli elementi della pretesa creditoria. La differenza ontologica tra i due documenti nemmeno può essere superata dalla tendenziale omogeneità contenutistica dei due atti. Non è infatti permesso all'Amministrazione e al privato che eserciti funzioni pubbliche di sostituire arbitrariamente il documento richiesto, con istanza di accesso agli atti, con altro, sebbene equipollente (Conforme alla sentenza del Tar Campania, Salerno, n. 2283/2016)<sup>8</sup>".

Da tali pronunce si desume che il diritto di accesso agli atti tributari non risulta soddisfatto se a seguito di un'istanza volta ad ottenere l'ostensione non solo della cartella di pagamento ma anche del ruolo integrale, il Concessionario rilascia, in luogo di quest'ultimo, l'estratto ruolo.

Si evidenzia, pertanto, la mancanza di una giurisprudenza consolidata in materia di diritto di accesso agli atti, risultando opportuno analizzare volta per volta il caso concreto.

In particolare, nel caso di accesso agli atti tributari deve ritenersi utile, si ribadisce, l'importanza dell'integrazione tra la disciplina di cui al Capo V della Legge 241 del 1990 con le disposizioni del D.P.R. n. 602 del 1973, inerenti la riscossione delle imposte, sicché necessario è il richiamo agli artt. 10 e 49 di tale Decreto, dai quali si deduce che il "ruolo" costituisce titolo esecutivo e viene formato e trasmesso dall'Ente Impositore all'Agente della Riscossione.

Ed infatti, partendo da tale assunto, l'altra parte

<sup>4</sup> TAR Reggio Calabria, 13 febbraio 2016, n. 160; (cfr *ex multis* Cons. Stato sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7486; TAR Lazio, 13 luglio 2016, n. 1338).

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12/05/2014, n. 2422.

<sup>6</sup> TAR Lazio Latina, Sez. I, 29/03/2018, n. 182.

<sup>7</sup> TAR Lombardia Milano, Sez. III, 12/10/2018, n. 2272.

<sup>8</sup> TAR Campania Salerno, Sez. I Sent., 17/10/2016, n. 2284.

della giurisprudenza, discostandosi dall'orientamento fin'ora esposto, afferma che: "laddove si ritenga di chiedere l'accesso al "titolo esecutivo" nella sua materialità, occorrerebbe rivolgersi all'ente impositore che lo ha formato e lo detiene; viceversa, qualora si intenda chiedere l'accesso al ruolo inteso come elenco in cui sono iscritte le somme dovute da ciascun contribuente e ci si rivolga all'agente della riscossione, questi non può che ostendere il solo estratto di ruolo, che è nella sua detenzione"; ancora: "Il Concessionario del servizio della riscossione redige la cartella di pagamento in modalità informatica sulla base del ruolo, trasmesso con modalità digitale, dall'Ente impositore e ne forma poi un unico esemplare cartaceo che è quello notificato al contribuente (la cartella una volta pervenuta all'indirizzo del destinatario, deve ritenersi ritualmente consegnata a quest'ultimo, stante la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., superabile solo se il medesimo dia prova di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di prenderne cognizione (cfr. Cass. civile, sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 23902)<sup>9</sup>".

Aggiungasi che è orientamento consolidato in giurisprudenza che la cartella di pagamento altro non è che la "riproduzione fedele ed integrale del ruolo" contenente in sé tutti gli elementi necessari al contribuente ed idonei, quindi, a verificare la pretesa azionata dall'Amministrazione; con la conseguenza che qualora la richiesta del ricorrente sia incentrata sul rilascio di un possibile originale o matrice del documento stesso, detenuto in formato cartaceo dell'Agente della riscossione, essa sia impossibile da soddisfare<sup>10</sup>.

Tale interpretazione risulta sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità che, a tal riguardo, dichiara che: "la cartella esattoriale, non è altro che la stampa del ruolo in unico originale notificata alla parte e ... l'estratto di ruolo è una riproduzione fedele ed integrale degli elementi essenziali contenuti nella cartella esattoriale. Esso contiene tutti i dati essenziali per consentire al contribuente di identificare a quale pretesa dell'amministrazione esso si riferisce ... perché contiene tutti i dati necessari ad identificare in modo inequivoco il contribuente, ovvero nominativo, codice fiscale, data di nascita e domicilio fiscale; tutti dati indispensabili e necessari per individuare la natura e l'entità delle pretese iscritte a ruolo, ovvero il numero della cartella, l'importo dovuto, l'importo già riscosso e l'importo residuo, l'aggio, la descrizione del tributo, il codice e l'anno di riferimento del tributo, l'anno di iscrizione a ruolo, la data di esecutività del ruolo, gli estremi della notifica della cartella di pagamento, l'ente creditore (indicazioni obbligatoriamente previste dall'art. 25 del D.P.R. n. 602/1973<sup>11</sup>".

Pertanto, non registrandosi in giurisprudenza un orientamento costante in materia di accesso agli atti, un'utile ed importante apporto deve ritenersi quello fornito dalla pronuncia del Consiglio di Stato, il quale ha precisato che in materia di diritto di accesso agli atti, l'accesso alle cartelle esattoriali va declinato con riguardo alle diverse modalità di notifica adottate nei casi concreti, poiché un limite obiettivo per l'esplicazione di tale diritto può riscontrarsi esclusivamente nella configurazione materiale dell'atto, oggetto della richiesta<sup>12</sup>.

Orbene, fondamentale è il richiamo al quadro normativo.

È l'art. 26 del D.P.R. n. 602 del 1973, a disciplinare le diverse modalità di notifica.

Dal dato letterale della norma si desume che la stessa può avvenire attraverso: ufficiali della riscossione o altri soggetti, servizio postale con l'invio di raccomandata con avviso di ricevimento e a mezzo posta elettronica certificata, ai sensi del D.P.R. 11.02.2005, n. 68.

Soltanto nel caso della notifica tramite ufficiali della riscossione o mediante posta certificata risulta possibile conservare l'originale dell'atto e, dunque, soddisfare il diritto del debitore in materia di accesso agli atti.

Il problema sorge, quindi, in relazione alla notifica avvenuta tramite il servizio postale, come nel caso della sentenza oggetto del presente *focus*.

A tal riguardo, in linea con l'orientamento consolidato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui: "la cartella esattoriale altro non è [...] che la stampa del ruolo in un unico originale notificata alla parte, il titolo esecutivo è costituito dal ruolo [...]. L'estratto ruolo è una riproduzione fedele ed integrale degli elementi essenziali contenuti nella cartella esattoriale [...]", il Consiglio di Stato, nella medesima sentenza, è giunto ad affermare che: "L'agente della riscossione può legittimamente rispondere a una richiesta di accesso agli atti producendo copia degli estratti di ruolo delle cartelle di pagamento e delle relate di notifica ovvero dei pertinenti avvisi di ricevimento. Inoltre l'agente, a piena tutela dell'interesse del privato, è comunque tenuto ad attestare – con una specifica dichiarazione formale, della quale si assume la responsabilità, contenuta nella copia dell'estratto di ruolo prodotta o in un autonomo documento – che i dati riportati nell'estratto corrispondono alle risultanze dei ruoli e che né presso di sé né presso altra Amministrazione esistono gli originali richiesti".

Ebbene, quest'ultimo orientamento è avallato dalla recentissima giurisprudenza del TAR Roma<sup>13</sup>, già richiamata in precedenza, secondo cui: "Nel dettaglio, l'estratto costituisce un riassunto del contenuto del-

<sup>9</sup> TAR Roma, (Lazio) sez. II, 24/04/2019, (ud. 19/03/2019, dep. 24/04/2019), n.5201.

<sup>10</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1338; Consiglio di Stato, sentenza del 6.11.2017, n. 5128.

<sup>11</sup> Cass. Civ. III sez., 29 maggio 2015, n. 11141.

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 22.06.2018, n. 3850.

<sup>13</sup> Cfr. TAR Roma, (Lazio) sez. II, 24/04/2019, (ud. 19/03/2019, dep. 24/04/2019), n.5201.

la cartella (e a sua volta del ruolo) che può ritenersi esaustivo poiché “tale documento è necessariamente la riproduzione fedele e integrale del ruolo e reca perciò tutti gli elementi per consentire al contribuente di identificare a quale pretesa dell’Amministrazione esso si riferisca, con la conseguenza che non risulta possibile soddisfare eventuale richiesta della cartella di pagamento riferita ad un possibile originale (o matrice) detenuta in formato cartaceo dall’Agente del servizio della Riscossione (Tar Lazio, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1338). Deve pertanto affermarsi che l’estratto è lo strumento con cui si consente tanto l’accesso alla cartella di pagamento notificata via posta che l’accesso al ruolo, riproducendone fedelmente il contenuto, grazie all’osservazione di conformità<sup>14</sup>”.

In conclusione, si può guardare con favore all’apporto offerto da queste recentissime pronunce del Consiglio di Stato nonché del TAR Roma, utili a fornire un’interpretazione unanime in giurisprudenza in tema di diritto di accesso agli atti in materia tributaria, in virtù della potenziale riproposizione della medesima questione in numerosi casi analoghi nonché delle particolari difficoltà che potrebbero verificarsi successivamente in un eventuale giudizio di ottemperanza circa la obiettiva impossibilità di poter ottemperare.

<sup>14</sup> TAR Roma, (Lazio), sez. II, 24/04/2019, n. 5201.





## Recensioni

SISTEMA ISTITUZIONALE DI DIRITTO COMUNE  
di Gianpiero Paolo Cirillo, Wolters Kluwer Cedam, 2019 ..... 842  
di Enzo Napolano



## Sistema istituzionale di diritto comune di Gianpiero Paolo Cirillo, Wolters Kluwer Cedam, 2019

Con il “*Sistema istituzionale di diritto comune*” l’A. completa – aprendo una nuova fase – un percorso ed una riflessione che porta avanti già da molto tempo, riguardante, nel particolare, quegli argomenti che si pongono a confine tra diritto amministrativo e diritto civile e, in generale, la tematica del progressivo assottigliamento/superamento della distinzione da diritto amministrativo e diritto civile.

Il tema è, già da tempo, oggetto di attenzione, sia da parte della dottrina, con opere più propriamente speculative, sia, in misura maggiore con trattazioni, propriamente, manualistiche e “di raccolta”, destinate agli studenti di concorsi pubblici superiori (anche per la ricorrenza di tracce “di confine” nei pubblici concorsi).

Le ragioni di tale progressivo avvicinamento – per l’A. un vero e proprio superamento – risiedono, come già osservato in altre sedi da diversi autori, in diverse cause e tra queste: la modifica dei modelli di amministrazione, un progressivo ampliamento, anche nel diritto civile, del controllo del Giudice sull’autonomia, gli influssi della normativa e della giurisprudenza Comunitaria, ecc..

La novità che distingue, nettamente, il *Sistema Istituzionale di diritto comune* da opere con tema simile è che, per la prima volta, si passa da mere trattazioni – in altra sede, già definite sterili - di “temi di confine” a quello che lo stesso A. definisce un “tentativo” di sintesi, costituito dalla messa a “sistema” di un “nuovo” diritto comune dei rapporti giuridici complessi.

Questo nuovo diritto comune è il frutto dell’incontro – ovvero, anche, della penetrazione, secondo l’A. – del diritto civile con il diritto amministrativo, dando luogo ad un diritto che, per l’A., e secondo una visione unitaria, non è possibile (e, neanche, utile, a questo punto) ricondurre, secondo criteri di prevalenza, né all’uno, né all’altro ramo tradizionale; ma che, invece, costituisce un complesso di regole e principi nuovo ed autonomo, applicabile a particolari rapporti giuridici complessi.

La tematica del se questo nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi sostituisca il diritto amministrativo (ed il diritto civile), ovvero si affianchi a

questi, è posto dall’A. in termini di superamento di tale distinzione, per approdare ad una visione unitaria, e di sintesi, del diritto quale insieme di strumenti – come pure è stato detto, in altra sede, una “cassetta degli attrezzi” – riconducibili, tradizionalmente, all’una o all’altra disciplina cui attingere al fine di disciplinare – in sede di accordo, amministrazione o giudizio – la singola situazione.

Una visione pratica e moderna del diritto che, tuttavia, al fine di mantenere il carattere della certezza, deve avere una propria sistemazione, cui l’A. mette mano con successo, attraverso uno sforzo di sistematicità e completezza che dimostra conoscenza ampia e profonda, in termini teorici e pratici, di tutti gli istituti giuridici di diritto pubblico e privato, che deriva all’A., oltre che dalla Sua esperienza e conoscenza di alto Magistrato, dal suo ininterrotto impegno di in ambito accademico e di docenza.

Il libro è suddiviso in cinque Capitoli (I sistemi e le fonti; l’attività giuridica; I soggetti dell’attività giuridica; i beni, i patrimoni e la proprietà; la responsabilità e la tutela), secondo uno schema tipico di una trattazione sistematica di una branca giuridica..

Ciascun capitolo è ripartito in paragrafi concernenti specifici argomenti e tematiche, sia generali che relativi a particolari aspetti problematici, procedendo a rielaborare tutti gli istituti giuridici (sia di diritto amministrativo, che di diritto civile), che assurgono, quindi, ad istituti giuridici del nuovo diritto comune.

Una ulteriore specificità dell’O. è che, sebbene abbia un grado di approfondimento notevole delle questioni trattate, è priva di note in calce; il che consente una lettura agevole e chiara, tipica dei testi manualistici, agevolata anche dai numerosi tioletti a margine, oltre che dallo stile di scrittura dell’A., scorrevole e chiaro.

Il libro, è, dallo stesso A. dichiaratamente, destinato – oltre che dedicato – agli studenti per la preparazione dei concorsi superiori; ma, al contempo, non può essere considerato, per i contenuti e le riflessioni, un mero testo manualistico e riepilogativo, costituendo, invece, un libro di alta dottrina, riflessione ed approfondimento, oltre che originale, ricco di temi e concetti nuovi; in cui tutti i temi trattati sono rielab-

borati e guardati da un punto di vista, sistematico e metodologico, del tutto originale ed innovativo.

Il tempo potrà confermare se la direzione indicata dall'A. con il Sistema sarà seguita. Di certo può dirsi che una "messa a sistema" degli "strumenti necessari" a regolare situazioni giuridiche complesse – e cioè, attualmente, la quasi totalità di quelle in cui è coinvolta una pubblica amministrazione – costituisca, oramai, una necessità, al fine di mantenere quel minimo di certezza giuridica, pur nella complessità delle situazioni, necessario per garantire una piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive.

E questo costituisce, sicuramente, un ulteriore merito dell'Opera.

## Indice delle sentenze

### Diritto Civile

#### CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. I, 26.06.2019, n. 17100

(con noa di Barbuzzi)

Cass., 16.07.2019, n. 18946

(con nota di Tais)

Cass., sez. lav., 09.08.2019, n. 21287

(con nota di Sorrentino)

Cass., sez. III, 30.09.2019, n. 24222 s.m.

Cass., sez. III, 30.09.2019, n. 24221 s.m.

Cass., sez. III, 30.09.2019, n. 24223 s.m.

Cass., sez. un., 07.10.2019, n. 25021 s.m.

Cass., sez. II, 10.10.2019, n. 25542 s.m.

Cass., sez. II, 14.10.2019, n. 25837 s.m.

Cass., sez. I, 22.10.2019, n. 26946 s.m.

Cass., sez. III, 23.10.2018, n. 26701

(con nota di Ranucci)

Cass., sez. un., 30.10.2019, n. 27842 s.m.

Cass., sez. un., 04.11.2019, n. 28314 s.m.

#### TRIBUNALE

Tribunale di Lanciano, 07.05.2019 s.m.

Tribunale di Roma, 28.05.2019 s.m.

Tribunale di Chieti, 10.06.2019 s.m.

Tribunale di Ancona, 20.06.2019 s.m.

Tribunale di Modena, 27.06.2019 s.m.

Tribunale di Roma, 08.07.2019 s.m.

Tribunale di Spoleto, 09.07.2019 s.m.

Tribunale di Catanzaro, 25.07.2019 s.m.

Tribunale di Salerno, 23.07.2019 s.m.

Tribunale di Ravenna, 30.07.2019 s.m.

Tribunale di Castrovillari, 11.09.2019 s.m.

Trib. Napoli, sez. VIII, 21.11.2019, n. 10429

(con nota di Scuotto)

### Diritto Penale

#### CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 6, sent. 12.09.2019, n. 41461 s.m.

Cass., sez. 1, sent. 12.09.2019, n. 39570 s.m.

Cass., sez. 1, sent. 6.06.2019, n. 39560 s.m.

Cass., sez. 3, sent. 5.06.2019, n. 42144 s.m.

Cass., sez. un., sent. 30.05.2019, n. 41736 s.m.

Cass., sez. un., sent. 30.05.2019, n. 40847 s.m.

Cass., sez.un., sent. 30.05.2019, n. 38954

(con nota di Pignatelli)

Cass., sez. III, sent. 16.05.2019, n. 34091

(con nota di Carfora)

Cass., sez. 1, sent. 15.04.2019, n. 41641 s.m.

#### TRIBUNALE

Nola, G.M., sent. 18.07.2019, n. 2104 s.m.

Nola, G.M., sent. 10.10.2019, n. 2523 s.m.

Nola, G.M., ord. 23.10.2019, n. 211 s.m.

Nola, G.M., sent. 18.07.2019, n. 2104 s.m.

Nola, G.M., sent. 13.09.2019, n. 2207 s.m.

#### CORTE DI APPELLO

Napoli, sez. II, sent. 18.10.2019, n. 7138 s.m.

Napoli, sez. III, sent. 15.10.2019, n. 7079, s.m.

Napoli, sez. V, sent. 15.10.2019, n. 6952 s.m.

Napoli, sez. II, sent. 8.10. 2019, n. 6674 s.m.

### Diritto amministrativo

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.A.R. Napoli, sez. V, 23.09.2019, n. 4534 s.m.

T.A.R. Napoli, sez. V, 16.09.2019, n. 4513 s.m.

#### CONSIGLIO DI STATO

Cons. di Stato, sez. V, 20.09.2019, n.6251 s.m.

Cons. di Stato sez. III, 18.09.2019, n. 6212 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 02.09.2019, n.6024 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 02.09.2019, n. 6017 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 02.09.2019, n. 6026 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 24.09.2019, n. 6419 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 12.09.2019, n. 6148 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 02.09.2019, n. 6015 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 10.10.2019, n. 6907 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 20.09.2019, n. 6251 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 08.10.2019, n. 6793 s.m.

#### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63.18  
(con nota di Spizuoco)

### Diritto Internazionale

CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA  
CGUE, Prima sezione, 3.10.2019, causa C-208.18  
CGUE, Decima sezione, 24.10.2109, causa C-515.18

CORTE EUROPEA DEI DIRITTO DELL'UOMO  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 5 settembre  
2019



# 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**

## DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento  rinnovo l'abbonamento

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

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

